X CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

CODAIP
GEDAI

UFPR
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANAIS DO X CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

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

Editora Universitária
GEDAI
EDITORA

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

GEDAI/UFPR

SOME RIGHTS RESERVED
BY NC ND

Esta obra é distribuída por meio da Licença
Creative Commons 3.0
Atribuição/Uso Não-Comercial/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil

GEDAI
Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial

Prof. Dr. Marcos Wachowicz
(organizador)

ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

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

Curitiba
Universidade Federal do Paraná
2016

Anais do X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (2016: Curitiba, PR)
Coordenadores: Marcos Wachowicz, Marcia Carla Pereira Ribeiro, Sérgio Staut Jr e José Augusto Fontoura Costa

EDIÇÃO EM FORMATO IMPRESSO E DIGITAL

Disponível em: www.gedai.com.br

ISSN: 2178-745X

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

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

PREFIXO EDITORIAL 67141

Kiko Garcia
Ilustração (capa)

Marco Tulio Braga de Moraes
Projeto gráfico e capa

Marco Tulio Braga de Moraes
Marcelle Cortiano
Monica Arjomand
Diagramação

Rodrigo Otávio Cruz e Silva
Heloisa Medeiros
Rodrigo Vieira
Monica Arjomand
Revisão

Universidade Federal do Paraná - UFPR
Faculdade de Direito
Praça Santos Andrade, n, 50
CEP. 80020 300
Curitiba - Paraná
Fone:(55) 41 33102750 / 41 3310 2688
E-mail: gedai.ufpr@gmail.com
Site: www.gedai.com.br

X CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO
WORKSHOP DOS GRUPOS DE ESTUDOS
ANAIS DO X CODAIP

REALIZAÇÃO

UFPR
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

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

APOIO

CAPES

MINISTÉRIO
DA CULTURA

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PPGD

CAHS

UNICURITIBA
CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA

CONSELHO EDITORIAL

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRJ
Carla Eugenia Caldas Barros – UFS
Beatriz Bugallo - Uruguai
Carlos A. P. de Souza – ITS/Rio
Dario Moura Vicente – Univ.Lisboa/Portugal
Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor
José A. F. Costa - USP
José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal
J. P. F. Remédio Marques – Univ.Coimbra/Portugal
Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha
Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra
Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF
Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Marcos Wachowicz – UFPR

GEDAI
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.

Coordenador Geral
Prof. Dr. Marcos Wachowicz – UFPR (coordenador)

Comissão organizadora do congresso
Prof. Dr. Marcos Wachowicz – UFPR
Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Prof. Dr. Sérgio Staut Júnior – UFPR
Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa – USP

Comissão científica do congresso
Prof. Dr. Marcos Wachowicz – UFPR
Profa. Dra. Laura Valentina Delich – Flacso/Argentina
Prof. Dr. Guillermo Palao Moreno – Univ.de Valência
Prof. Dr. Dário Moura Vicente – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Allan Rocha de Souza – UFRRJ
Prof. Dr. Felipe Palau Ramirez – Univ. de Valência
Prof. Dr. Manuel David Masseno – IPbeja-Portugal
Profa. Dra. Beatriz Bugallo – Urou-Uruguai

Pesquisadores/integrantes do GEDAI
Doutora Liz Beatriz Sass
Doutoranda Heloísa Medeiros
Doutorando Rodrigo Vieira
Doutoranda Amanda Madureira
Doutorando Guilherme Coutinho

Doutorando Rodrigo Otávio Cruz e Silva
Doutorando Alexandre Pesserl
Mestre Manuela Gomes Magalhães Biancamano
Mestre Christiano Lacorte
Mestre Francisco Viegas Neves da Silva
Mestre Rangel Trindade
Especialista Marco Tulio Braga de Moraes
Graduada Emmy Otani
Graduado Guilherme Crepaldi Formanski
Graduado Pedro Henrique Reschke
Graduado Victor Kist
Graduado Ruy Barros
Graduado Sarah Helena Linke
Graduado Antônio Gouveia

Pesquisadores/Graduação
Alice de Perdigão Lana
Ana Luisa Rocha
Marcelle Cortiano
Rafael Stremel
Murilo Cesar Taborda Ribas
Stephanie Gruszka Vendruscolo
Nathalia Alves
Fernando Almeida Struecker
Camile Wiederkehr
Isadora Schumacher Schlindewein
Mateus Domingues Graner
Matheus Moraes Kavalco
Fernando Botareli Cesar
Natália Graton
Rafael Borg

SUMÁRIO

14 || **APRESENTAÇÃO**

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

19 || **PRECISAMOS FALAR SOBRE O STREAMING: UM PANORAMA GERAL ACERCA DA GESTÃO COLETIVA NO BRASIL**
Autores: Marcos Wachowicz e Bibiana Biscaia Virtuoso

35 || **PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR: OBSERVAÇÕES SOBRE DIREITOS AUTORAIS E PATENTES DE INVENÇÕES**
Autores: Alejandro Knaesel Arrabal ; Ana Paula Colombo

55 || **A REGULAÇÃO JURÍDICA DAS OBRAS ÓRFÃS: LEGISLAÇÃO, POLÍTICAS INSTITUCIONAIS E EFETIVIDADE**
Autor: Eduardo Altomare Ariente

77 || **O COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS PELA INTERNET COMO FORMA DE CONCRETIZAR A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL**
Autores: Jéffson Menezes de Sousa; Fernanda O. Santos; Paulo. R. Vitória

97 || **CONTROVÉRSIAS PRESENTES NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE REA NO BRASIL**
Autora: Renata Rita Rangel

115 || **DIREITO AUTORAL, LIVROS PROIBIDOS E TECNOLOGIA: ALGUNS APONTAMENTOS TEÓRICOS**
Autor: Sérgio Said Staut Júnior

135 || **O ACESSO ABERTO AO CONHECIMENTO CIENTÍFICO E AS POLÍTICAS INSTITUCIONAIS DE ACESSO ABERTO**
Autor: Wemerton Monteiro Souza

II – DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS: Direitos Culturais e a regulamentação dos Direitos Autorais

159 || **DIREITOS DO AUTOR, MÚSICA E TECNOLOGIA: REFLEXÃO JURÍDICA SOBRE SUA CONCILIAÇÃO**
Autores: Adriana Carvalho Pinto Vieira; Clarissa Melo Indalêncio

181 || **A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO CONTRATO E A INCLUSÃO CULTURAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**
Autores: Allan Rocha de Souza; Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks

205 || **A RELAÇÃO ENTRE O FENÔMENO DO CROWDFUNDING E A ATUAÇÃO ESTATAL NO CONTEXTO DA PRODUÇÃO AUDIOVISUAL NACIONAL SOB O OLHAR DA ECONOMIA CRIATIVA**
Autora: Ana Luíza de Faria Canassa

233 || **O DESAFIO DA REGULAÇÃO DA MODA NO BRASIL**
Autores: Bruna Santos; Eduardo Magrani

249 || **ANÁLISE DA INCIDÊNCIA E ALCANCE DA BOA-FÉ NO DIREITO AUTORAL**
Autores: Camila Lidizzia de Carvalho ; Marianna Mancini Malafaia

269 || **O LUGAR DO AUTOR PELA ANÁLISE DO CONTO "A MEMÓRIA DE SHAKESPEARE, DE JORGE LUIS BORGES**
Autora: Flávia Sangiorgi Dalla Bernardina

287 || **OBRAS SOB ENCOMENDA: UMA ANÁLISE TEÓRICA E PRÁTICA**
Autoras: Sarah Helena Linke; Heloísa Gomes Medeiros

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

309 || **NOVOS DIREITOS AUTORAIS PARA UMA CULTURA DE LIBERDADES DE CRIAÇÃO SOB OS PARÂMETROS DOS DIREITOS HUMANOS**
Autor: Alexandre Henrique T. Saldanha

331 || **AS LIMITAÇÕES DOS DIREITOS AUTORAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
Autores: Allan Rocha de Souza; Luisa Lemos Ferreira

357 || **DIREITO DE AUTOR *VERSUS* DIREITO DE ACESSO À CULTURA: POSSIBILIDADES E TENDÊNCIAS PARA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DA TEORIA CONSTITUCIONAL**
Autores: Eduardo Pires; Luiz Gonzaga Silva Adolfo

377 || **A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO AUTORAL**
Autoras: Gabriela Helena de Oliveira Campos Mesquita; Lorranne Carvalho da Costa

401 || **DIGRESSÕES SOBRE A NATUREZA DO COPYLEFT NO EXEMPLO DO CREATIVE COMMONS**
Autores: João Ademar de Andrade Lima; Geraldo Magela Freitas Tenório Filho

421 || **O DIREITO À IMAGEM DA PESSOA PÚBLICA - LEADING CASE EDUARDO HENRIQUE ACCIOLY CAMPOS**
Autora: Maria Stephany dos Santos

455 || **IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS À PROPRIEDADE INTELECTUAL: NECESSIDADE DE AÇÃO POR ARENAS SOCIAIS**
Autor: Rangel Oliveira Trindade

475 || **O DISCURSO DE ÓDIO EM DOMÍNIO PÚBLICO: Uma análise da proibição do livro 'Minha Luta' de Adolf Hitler.**
Autor: Gustavo Fortunato D'Amico

IV – PROPRIEDADE INTELECTUAL: Desenvolvimento, Inovação e Mercado

505 || **ANALISE DOS ATOS INTERNACIONAIS BILATERAIS VINCULADOS À PROPRIEDADE INTELECTUAL**
Autores: Júlio Cesar Zilli, Adriana Carvalho Pinto Vieira

535 || **PROPRIEDADE INTELECTUAL, INOVAÇÃO E CONCORRÊNCIA: REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA DE PATENTES**
Autora: Ana Maria Nunes Gimenez

571 || **A DEGENERESCÊNCIA DAS MARCAS E A NULIDADE DECORRENTE**
Autor: Daniel Dammski Hackbart

585 || **REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA INTERNACIONAL DE PATENTES -POR UM NOVO MODELO DE ACESSO AO CONHECIMENTO PARA O BRASIL**
Autora: Heloisa Cortiani de Oliveira

605 || **PROPRIEDADE INTELECTUAL NO SETOR DE DEFESA: UMA ANÁLISE DO DEPÓSITO DE PATENTES POR EMPRESAS ESTRATÉGICAS DE DEFESA**
Autor: Lenilton Duran Pinto Corrêa.

633 || **REFLEXÕES SOBRE A PROTEÇÃO AUTORAL CONCEDIDA ÀS BASES DE DADOS: o big data e a inteligência artificial em perspectiva.**
Autor: Luca Schirru

659 || **A PROPRIEDADE INTELECTUAL E OS CONFLITOS NA PROTEÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR: novos desafios para a sociedade da informação.**
Autor: Marco Tulio Braga de Moraes

687 || **A REGULAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NOS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO**
Autores: Michele Alessandra Hastreiter; Marcos Wachowicz

721 || **O CONTENCIOSO ARBITRAL DA PHILIPP MORRIS CONTRA O URUGUAI E A AUSTRÁLIA: EXPROPRIAÇÃO DO DIREITO DE MARCA OU POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE LEGÍTIMA**
Autoras: Monique Munarini; Michele Hastreiter

745 || **SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR: DO REGIME AUTORAL PARA O "PROGRAMA EM SI" À PATENTEABILIDADE DO SOFTWARE**
Autora: Patrícia Naomi Asakura

771 || **INTEGRAÇÃO TECNOLÓGICA NA NOVA ECONOMIA: UMA ANÁLISE NO LIMIAR DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E ANTITRUSTE**
Autora: Valeska da Cunha Chrestani

797 || **OBRA RADIODIFUNDIDA E COMUNICAÇÃO PÚBLICA**
Autora: Maria Victória Rocha

814 || **INFORMAÇÕES SOBRE O GEDAI**

APRESENTAÇÃO

O **X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (X CODAIP), teve como temática central os "Direitos Autorais em perspectiva: o despertar para o interesse público"**, tendo sido realizado nos dias 7 e 8 de novembro de 2016, no grande auditório da UniCuritiba, propiciou o debate entre os diversos setores da academia, profissional e artístico e a sociedade interessada no debate sobre os desafios atuais do Direito de Autor em meio ao novo ambiente tecnológico da Sociedade da Informação.

O **X CODAIP, promovido pelo Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI / UFPR**, alcançou o objetivo principal de realizar o intercâmbio de informações e a reflexão sobre os temas relacionados à propriedade intelectual.

Com uma abordagem interdisciplinar e enfocando os aspectos jurídicos, sociológicos, tecnológicos e econômicos, acreditamos que o Direito Autoral deve estimular a difusão do conhecimento e, nessa perspectiva, repensar os mecanismos jurídicos adequados para sua efetiva tutela é um desafio na Sociedade da Informação.

A 10ª edição do CODAIP é um espaço que reúne a academia e especialistas para uma discussão que envolve não apenas o Direito de Autor em sua dimensão privada, mas na dimensão do Interesse Público que envolve os bens intelectuais.

Nesta edição de 2016 se realizou uma reflexão dos últimos dez anos dos avanços que ocorreram no campo da propriedade intelectual frente às novas tecnologias da informação. Além de esboçar novas perspectivas para que no futuro se alcance uma sociedade mais justa e igualitária no que se trata da difusão dos bens intelectuais.

O evento foi estruturado para atender interesses específicos relativamente ao público acadêmico e profissional, da seguinte forma:

(i) **DIREITOS AUTORAIS EM PERSPECTIVA**: no qual se destacou o despertar para o interesse público nos estudos mais recentes realizados pela academia;

(ii) **DIREITOS AUTORAIS E USO DAS TECONOLGIAS DA INFORMAÇÃO**: no qual se destacou o uso das novas tecnologias em questões polêmicas e atuais, como a música na internet através do streaming, da rádio web e da gestão coletiva na internet

(iii) **WORKSHOP DOS GRUPOS DE PESQUISA**: Espaço aberto para apresentação de papers dos grupos de pesquisa do país que se dedicam ao estudo da propriedade intelectual.

(iv) **OFICINAS DE DIREITOS AUTORAIS E CULTURAIS**: Espaço para capacitação de profissionais da área de produção do conhecimento, cultura e tecnologia.

O **X CODAIP** promovido pelo o **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR)** em parceria com a **Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR e o Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba**, com apoio do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFPR e da Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Ensino Superior – CAPES.

Agradecemos também todo o apoio recebido da Ordem dos Advogados do Paraná, da Secretaria de Cultura do Estado do Paraná e da Fundação Cultural de Curitiba que divulgaram o evento.

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

Como resultado da produção científica do evento, o GEDAI/UFPR lança os **Anais do X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**, uma obra coletiva que contou com a participação de autores-pesquisadores de diversos grupos de estudos em matéria de propriedade intelectual, dentre os quais destacamos e desse já agradecemos a participação: • Centro de Tecnologia e Sociedade – CTS/FGV DIREITO RIO • Comissão Estadual de Direito Eletrônico e Crimes de Alta Tecnologia da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/SP • Grupo de Estudo da Universidade Federal de Goiás – UFG • Grupo de Estudo de Direito de Autor no constitucionalismo contemporâneo

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC • Grupo de estudo do Centro Universitário – UNINTER • Grupo de Estudos da Escola de Direito da Católica Porto/PORTUGAL • Grupo de Estudos da Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUCG • Grupo de Estudos da Universidade Federal da Bahia – UFBA • Grupo de Estudos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – campus de Santo Ângelo/RS. • Grupo de Estudos das Faculdades Integradas Santa Cruz • Grupo de Estudos de Direito Ambiental na sociedade de Risco da Universidade Federal de Santa Catarina – GPDA /UFSC • Grupo de Estudos de Direito Cultuais da Universidade de Fortaleza – UNIFOR • Grupo de Estudos de Direito de Autor e Industrial da Universidade Federal do Paraná – GEDAI/UFPR • Grupo de estudos de Direitos autorais, criatividade e liberdades na Cibercultura da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE • Grupo de Estudos do NEDAC - PPED/UFRJ • Grupo de Estudos em Cultura e Sociedade da Universidade Federal da Bahia – UFBA • Grupo de Pesquisa GPCult da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro UFRRJ/ITR • Instituto de Economia – Universidade Federal do Rio de Janeiro (IE-UFRJ) • Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais da Universidade Federal do Rio de Janeiro – NEDAC/UFRJ • Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade da Universidade Federal do Paraná – UFPR • Núcleo de Pesquisa em Direito Civil e Constituição das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil • Observatório de Economia Criativa - Rio de Janeiro (MinC/UFF/IACS) • Programa de Políticas Públicas e Desenvolvimento da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

Com o lançamento desta obra o **GEDAI/UFPR** tem a maior satisfação em poder contribuir para o aprofundamento de questões fundamentais para o estudo da Propriedade Intelectual e para o desenvolvimento do país.

A todos o nosso muito obrigado!

Coordenação Científica:

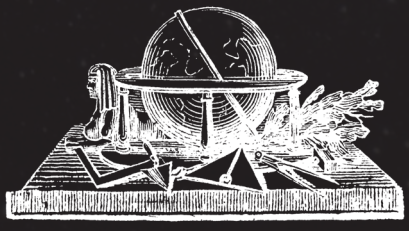
Prof. Dr. **Marcos Wachowicz** – GEDAI/UFPR

Prof. Dr. **Marcia Carla Pereira Ribeiro** – UFPR

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

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

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



PRECISAMOS FALAR SOBRE O *STREAMING:* UM PANORAMA GERAL ACERCA DA GESTÃO COLETIVA NO BRASIL

Autores: Bibiana Biscaia Virtuoso e Marcos Wachowicz
Instituição: Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Resumo: O presente estudo busca compreender de forma mais aprofundada o fenômeno do *Streaming*. Este serviço permite que o usuário pague para ter acesso a acervos quase ilimitados de músicas e filmes. O download acaba deixado de lado, pois nas plataformas basta ter acesso à internet e um cadastro para aproveitar as obras disponíveis. Com a popularização de plataformas como *Netflix* e *Spotify*, o streaming surge como alternativa à pirataria digital. Há uma maior interatividade entre os usuários e uma maior facilidade no acesso às obras. Aqui está a importância da internet e deste tipo de serviço: as obras deixam de ser uma posse para ser um acesso. Embora apresente um crescimento cada vez maior, há quem veja o serviço com maus olhos. Cantores e compositores alegam que o serviço não é suficiente para retribuir o trabalho empenhado. Ainda há um caminho extenso a ser percorrido. É uma forma alcançável de se ter acesso às obras fonográficas. Contudo, ainda se deve tomar o cuidado em relação aos artistas e sua remuneração, pois as plataformas ainda não encontraram um equilíbrio na forma de pagamento dos direitos autorais. Aqui entra a questão da gestão coletiva de direito autoral, responsável por auxiliar os titulares das obras na arrecadação dos valores devidos e controle de seu repertório. Ainda se faz necessário um estudo mais aprofundado e um acordo, de forma a garantir o direito dos artistas, o acesso dos usuários e o lucro dos produtores.

Palavras-chave: Streaming – ECAD – Gestão coletiva

1. INTRODUÇÃO

Com a crescente expansão da internet, verifica-se um número cada vez maior de delitos, principalmente nos que dizem respeito à pirataria. Filmes, músicas, arquivos e programas são compartilhados ilegalmente em rede todos os dias. A pirataria digital se tornou corriqueira e indubitavelmente fora de controle. A indústria do cinema e da música tiveram suas vendas despencando nos últimos anos. O CD e o DVD foram quase extintos e mesmo as salas de cinema foram esvaziadas.

Buscando uma solução para isto, surgiram os serviços de *streaming*. A palavra *stream*, em inglês, significa fluxo. Popularizado a partir das plataformas de filmes como o *Netflix* e de música, como o *Spotify* e o *Deezer*, funciona em tempo real, como as rádios. No caso do *Spotify*, por exemplo, é possível compartilhar a seleção de músicas com outros usuários. Os acervos deste tipo de serviço possuem um número quase ilimitado de obras. O acesso geralmente é pago, mas há casos em que há a opção gratuita. Esta, mais limitada, porém com um acervo ainda amplo.

Com o surgimento do *streaming*, verifica-se um número cada vez menor de *downloads.* Os usuários preferem pagar pelo acesso em detrimento de guardar o arquivo em seus dispositivos. A interatividade destes serviços é outro chamariz. Enquanto os *downloads* se mantem estáticos, o *streaming* permite uma interação entre os usuários, bem como possibilita uma melhor organização dos arquivos. A exemplo do *Netflix*, é possível criar uma lista de filmes e séries a serem assistidos. O serviço está se popularizando de tal forma que, a exemplo da América Latina, 81% afirmam utilizá-lo, numero superior aos 70% que afirmam ver TV aberta[1].

A indústria parece ter encontrado uma solução para o impasse da pirataria. De um lado, consegue pagar os criadores das obras a partir das mensalidades dos usuários. O *Spotify*, por exemplo, afirma ter distribuído U$3 bilhões em direitos autorais desde 2008. De outra forma, o *streaming*

1 GONZAGA, Yuri. **Streaming já é mais importante que TV aberta na América Latina**. Publicado em: 04 nov. 2015. Acesso em: 04 nov. 2015. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/tec/2015/11/1701904-streaming-ja-e-mais-importante-que-tv-aberta-na-america-latina.shtml?cmpid=facefolha

consegue atrair um número grande de consumidores, uma vez que o custo baixo do serviço, aliado ao grande acervo, é um incentivo.

Contudo, há autores que não concordam com este tipo de serviço e veem o *streaming* com maus olhos. Recentemente a mídia colocou sob os holofotes a cantora estadunidense Taylor Swift. O motivo foi a retirada do acervo da cantora do programa *Spotify*. Se o serviço é pago, por que o conteúdo foi tirado do ar?

A resposta vem da própria cantora. Swift alega que a pirataria e o *streaming* dificultam a venda dos álbuns. Segundo ela, há um trabalho de uma vida inteira envolvido na obra e, por isso, seus autores, escritores, produtores e artistas deveriam ser melhor pagos.

No final de março, a cantora fechou um contrato com o serviço do *Tidal*, do também cantor e compositor estadunidense Jay-Z. Diferente do *Spotify*, o *Tidal* seria totalmente pago, de forma a garantir maior lucro para seus autores. A estimativa é que cada artista ganhe em torno de 0,006 e 0,0084 dólares por cada *stream*[2].

A discussão não acabou por aí. No dia 21 de junho, Swift publicou uma carta aberta criticando a Apple. A cantora estaria descontente com a forma que a empresa estava negociando com os artistas para o seu novo serviço de streaming, o *Apple Music*. A proposta da empresa era de oferecer três meses de serviço gratuito aos usuários e não pagar os artistas neste período, pagando os valores mais altos depois. Swift então, se recusou a disponibilizar o álbum "1989" no catálogo. A repercussão da carta foi grande e, horas depois, a empresa anunciou que mudaria sua política, pagando os artistas mesmo nestes três meses de uso gratuito do serviço[3].

---

2 Agência EFE. **Spotify chega a 75 milhões de usuários; 20 milhões são assinantes**. Publicado em: 10 jun. 2015. Disponível em: http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Resultados/noticia/2015/06/spotify-chega-75-milhoes-de-usuarios-20-milhoes-sao-assinantes.html. Acesso em: 10 jun. 2015.

3 ÉPOCA. **O dia em que Taylor Swift venceu uma briga com a Apple**. Disponível em: http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/o-dia-em-que-taylor-swift-venceu-uma-briga-com-apple.html. Acesso em: 28 jun. 2015.

2. DA METODOLOGIA EMPREGADA

Devido à escolha do tema ser de origem recente, faz-se necessário fazer estudos de casos existentes, pois ainda não há uma concreta legislação sobre o assunto nem um número significativo de estudos feitos. A partir destes casos existentes é possível sustentar um conhecimento jurídico maior e mais profundo sobre o assunto.

A internet ainda é um fenômeno recente, não há muitos estudos comprovados em relação a ela. No que diz respeito ao *streaming*, a melhor alternativa é a coleta e compreensão de casos já ocorridos ou em trâmite no direito, assim, possibilitando prever várias situações que possam ocorrer no futuro e até mesmo estudar brechas para evitar que novas situações surjam.

Em relação às fontes de pesquisa, serão utilizadas leis e sentenças existentes em arquivos públicos (para a análise de caso). Por haver pouca bibliografia acerca do assunto, serão utilizados majoritariamente artigos científicos, livros que versam sobre o Direito Digital e artigos de periódicos e veiculados na mídia.

3. GESTÃO COLETIVA

Por gestão coletiva, compreende-se como "atividade administrativa que permite aos titulares de direitos autorais e conexos receberem a remuneração pelo uso de suas obras[4]". Autores e titulares se unem em associações, as quais são entes que atuam como mandatários de diversos titulares de direitos autorais, podendo, inclusive, recolher os valores devidos a título de uso das obras.

É difícil para os autores e titulares controlarem, individualmente, o uso de suas obras e garantir o recebimento pelo uso das mesmas. Desta forma, o sistema da gestão coletiva surge para facilitar esta fiscalização e diminuir os custos deste processo.

4 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming:** ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.113.

No caso da execução pública das obras musicais, este custo é muito alto. O recolhimento deve ser feito por diversos usuários, tais como rádios, televisão, casas de show, hotéis, estabelecimentos comerciais. Ademais, com a fragmentação dos titulares sobre uma mesma música, obrigaria o usuário a conseguir a autorização de cada um. Ainda, não há um registro central de quem possui os direitos autorais de cada obra[5].

Isto só demonstra como a gestão individual é insustentável, principalmente para os usuários menores.

O ente de gestão coletiva é compreendido como um ente intermediador entre os usuários e os artistas, reduzindo custos e redistribuindo os valores arrecadados entre os titulares dos direitos autorais[6].

3.1. A GESTÃO COLETIVA NA LEI 9.610 DE 1998

A gestão coletiva encontra-se positivada nos artigos 97 a 100 da Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/98).

O artigo 97 dispõe acerca da possibilidade dos autores e os titulares de direitos conexos associarem-se sem intuito de lucro, a fim de garantir os seus direitos. Trata, ainda, da função social das associações e da liberdade de filiação e transferência dos autores.

O artigo 98, por sua vez, discorre acerca da delegação dos titulares às associações responsáveis por defender seus direitos. Ainda, dispõe sobre a possibilidade dos autores de praticarem pessoalmente os atos de gestão, desde que haja comunicação prévia à entidade na qual é filiado. É neste dispositivo que se encontra o cerce da gestão coletiva. Ou seja, as associações como mandatárias dos titulares das obras, gerindo seus interesses[7].

5 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming:** ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.116.

6 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming:** ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.117.

7 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming:** ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.118.

O artigo 100 dispõe acerca do direito de fiscalização dos filiados da associação, por meio de requerimento de um terço dos associados.

3.2. ECAD

É no artigo 99 da Lei de Direitos Autorais que trata acerca do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, o ECAD.

> **Art. 99**. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.

Instituído pela Lei 5988 de 1973, o ECAD é uma associação das associações de titulares de direito autoral, voltadas para a gestão coletiva. É uma instituição privada, sem fins lucrativos, a qual arrecada os valores devidos pelos usuários e repassa para as associações. Estas, por sua vez, repassam os valores aos titulares dos direitos autorais de seu repertório[8].

Atualmente o ECAD é composto por sete associações[9]:

i. Abramus - Associação Brasileira de Música e Artes

ii. Amar - Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes

iii. Assim - Associação de Intérpretes e Músicos

iv. Sbacem - Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música

v. Sicam - Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais

vi. Socinpro - Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais

vii. UBC - União Brasileira de Compositores

8 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming:** ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.123.

9 Informações retiradas do site do ECAD: http://www.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/associacoes/Paginas/default.aspx

4. A EXECUÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

No Brasil, a discussão gira em torno da possibilidade do ECAD cobrar dos serviços de *streaming*, partindo da premissa de que se fala em execução pública. O direito autoral garante a necessidade de autorização prévia e expressa do titular para que seja realizada a execução pública de suas obras[10].

A execução pública encontra-se positivada no art. 68 da Lei de Direito Autoral:

> **Art. 68**. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.
>
> § 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de freqüência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.
>
> **§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de freqüência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.**
>
> **§ 3º Consideram-se locais de freqüência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.**

10 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming:** ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.111.

> § 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.
>
> § 5º Quando a remuneração depender da freqüência do público poderá o empresário, por convênio com o escritório central, pagar o preço após a realização da execução pública.
>
> § 6º O empresário entregará ao escritório central, imediatamente após a execução pública ou transmissão, relação completa das obras e fonogramas utilizados, indicando os nomes dos respectivos autores, artistas e produtores.
>
> § 6º O usuário entregará à entidade responsável pela arrecadação dos direitos relativos à execução ou exibição pública, imediatamente após o ato de comunicação ao público, relação completa das obras e fonogramas utilizados, e a tornará pública e de livre acesso, juntamente com os valores pagos, em seu sítio eletrônico ou, em não havendo este, no local da comunicação e em sua sede.
>
> § 7º As empresas cinematográficas e de radiodifusão manterão à imediata disposição dos interessados, cópia autêntica dos contratos, ajustes ou acordos, individuais ou coletivos, autorizando e disciplinando a remuneração por execução pública das obras musicais e fonogramas contidas em seus programas ou obras audiovisuais.
>
> § 8º Para as empresas mencionadas no § 7º, o prazo para cumprimento do disposto no § 6o será até o décimo dia útil de cada mês, relativamente à relação completa das obras e fonogramas utilizados no mês anterior. (Grifo nosso)

A partir deste dispositivo, entende-se que não há distinção da finalidade da execução musical. O recolhimento dos valores é sempre devido. A cobrança se dá em razão da realização de todo tipo de evento que envolva música e que tenha o mínimo envolvimento de dinheiro[11].

4.1 O ***STREAMING*** COMO EXECUÇÃO PÚBLICA

Como ficaria o *streaming* nesse caso? Há quem defenda que este tipo de serviço seria uma forma de execução pública. Contudo, a ideia é

11 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming:** ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.111.

afastada a partir de alguns julgados, como o da empresa de telefonia OI[12] e o site *MySpace*[13] . Em ambos se discute o *webcasting* (transmissão de áudio e vídeo utilizando a tecnologia), semelhante ao formato *do streaming*. Como se verifica nas sentenças, nenhum dos casos foi considerado como execução pública:

> *"Simulcasting* é mero exercício da radiodifusão e que o streaming (webcasting) não se trata de modalidade de execução pública. (...)
>
> No caso em comento, embora o acervo musical esteja disponibilizado no site da rádio ao acesso público, resta evidente que uma vez selecionado pelo usuário o conteúdo que deseja ouvir, será iniciada uma transmissão individual e dedicada, cuja execução da obra musical será restrita apenas a localidade daquele usuário. A transmissão de música pela Internet na modalidade *webcasting,* tal como descrita na presente hipótese, não se configura como execução pública de obras musicais, nem em local de frequência coletiva[14]".
>
> (...) O webcasting é uma execução de conteúdo de obras musicais de distribuição individualizada de fonograma, e não uma execução pública musical (...).
>
> (...) "É possível concluir que a prática de transmitir música por meio da Internet (streaming), através do sistema de webcasting não configura uma performance pública do conteúdo, na medida em que a transmissão é cedida individualmente ao usuário.
>
> 39. Admitir-se que outras pessoas possam estar próximas ao computador ou à volta de um aparelho telefônico (smartphone) para enquadrar o streaming como execução pública é forçar demais aquilo que normalmente ocorre (art. 335 do CPC). Não se pode aceitar aqui meras ilações da parte.
>
> 40. Diante disso, conclui-se que não cabe ao ECAD fiscalizar e cobrar os direitos autorais pretendidos nesta demanda, uma vez que eles decorrem da distribuição individualizada de fonograma. Tal atuação caberá, apenas, aos artistas ou gravadoras.

12 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Recurso Especial Cível nº 017495845.2009.8.19.0001**. Rel. Des. Nilza Bitar. Publicado em 13 de maio de 2013.

13 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível N.º 0386089-3.2009.8.19.0001**. Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Publicado em 04 de fevereiro de 2015.

14 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Recurso Especial Cível nº 017495845.2009.8.19.0001**. Rel. Des. Nilza Bitar. Publicado em 13 de maio de 2013.

> 41. Isso porque o artigo 99 da Lei de Direitos Autorais, em sua redação original e mesmo após as alterações introduzidas pela Lei 12.853, atribui ao ECAD apenas a cobrança pelas execuções públicas das obras musicais, o que, como visto, não é a hipótese dos autos[15]".

A discussão tomou proporções tão grandes que o Superior Tribunal de Justiça realizou uma consulta pública neste ano, a fim de discutir o que seria a execução pública e como os direitos autorais se inserem na nova tecnologia dos serviços de *streaming*[16]. De um lado está o ECAD, de outro, as grandes gravadoras. O monopólio antes existente em relação às *majors* não existe mais. Hoje há um emponderamento dos intermediários. A gestão coletiva surge para garantir a fiscalização dos direitos do autor, uma vez que o ambiente em rede impossibilita a atuação por parte do titular[17].

5. O STREAMING NA MÍDIA

Apesar do crescimento expressivo do uso das plataformas de streaming, este tipo de serviço ainda apresenta certa resistência por parte dos cantores e compositores. A principal alegação é de que não há transparência por parte das plataformas, além da remuneração ser muito abaixo do que seria devido.

O caso mais icônico é o da cantora e compositora Taylor Swift. Swift é responsável pela turnê que mais arrecadou em 2015 (cerca de US$ 250,4 milhões e uma média de público de 42.893 pessoas em suas 83 apresentações)[18]. Além disto, seu último álbum, "1989", foi um dos mais vendidos nos últimos anos.

15 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível N.º 0386089-3.2009.8.19.0001**. Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Publicado em 04 de fevereiro de 2015.

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ promove audiência pública para debater tecnologia streaming e direitos autorais.** Publicado em: 29 out. 2015. Acessado em: 01 nov. 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/STJ-promove-audi%C3%AAncia-p%C3%BAblica-para-debater-tecnologia-streaming-e-direitos-autorais.

17 ARENHART, Gabriela. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Necessidade de Supervisão Estatal**. Publicado em: 25 jul. 2014. Disponível em: http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/gest%C3%A3o-coletiva-de-direitos-autorais-e-necessidade-de-supervis%C3%A3o-estatal

18 FORBES BRASIL (Ed.). **10 artistas que mais lucraram com shows em 2015**. 2016. Disponível em: <http://www.forbes.com.br/listas/2016/01/10-artistas-que-mais-lucraram-com-shows-em-2015/>. Acesso em: 07 set. 2016.

Devido ao sucesso estrondoso que foi o álbum, foi um choque para os usuários do *Spotify* quando Swift anunciou que não iria disponibilizar suas obras na plataforma.

A cantora alega que a pirataria e o *streaming* dificultam a venda dos álbuns. Segundo ela, há um trabalho de uma vida inteira envolvido na obra e, por isso, seus autores, escritores, produtores e artistas deveriam ser melhor pagos.

Além do *Spotify*, Swift criticou – em carta aberta – o serviço de *streaming* da gigante *Apple*. A proposta da empresa era oferecer três meses de serviço grátis aos usuários, pagando os direitos autorais dos artistas mais tarde. A repercussão da carta foi tão grande que, em poucas horas a *Apple* mudou a sua política, garantindo a remuneração dos artistas desde o inicio[19].

Mais recentemente, Taylor assinou um carta que se opõe à forma com que o *YouTube* disponibiliza conteúdo. A cantora, ao lado de Paul McCartney e a banda U2, pede a revisão da Digital Millennium Copyright Act (D.M.C.A.), lei nos Estados Unidos que regula a distribuição de direito autoral em meios digitais no país. A alegação dos artistas e das gravadoras é de que o *YouTube* utiliza os conteúdos artísticos com licenças que podem não ser renovadas.

A defesa do site defende que, direta e indiretamente, rende bilhões de dólares aos envolvidos no meio musical e que novas ferramentas contribuem para que os donos dos direitos consigam coibir a pirataria dentro do site[20].

A cantora acabou fechando um contrato com o serviço do *Tidal*, do também cantor e compositor estadunidense Jay-Z . Diferente do *Spotify*, o *Tidal* seria totalmente pago, de forma a garantir maior lucro para seus autores. Outros artistas de peso seguiram Swift e migraram para o *Tidal,*

19 ÉPOCA. **O dia em que Taylor Swift venceu uma briga com a Apple**. Disponível em: http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/o-dia-em-que-taylor-swift-venceu-uma-briga-com-apple.html. Acesso em: 28 jun. 2015.

20 PAULO, Estado de S.. **Taylor Swift assina carta que se opõe à forma com que o YouTube disponibiliza conteúdo:** Cantora se junta ao U2 e a Paul McCartney em luta para revisão de lei norte-americana que regula distribuição de direito autoral no meio digital. 2016. Disponível em: <http://emais.estadao.com.br/noticias/gente,taylor-swift-assina-carta-que-se-opoe-a-forma-com-que-o-youtube-disponibiliza-conteudo,10000058521>. Acesso em: 02 set. 2016.

sendo eles Coldplay, Rihanna, Daft Punk, Alicia Keys, Calvin Harris, Jack White, Madonna, Usher, Arcade Fire, Deadmau5, e Beyoncé[21].

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *streaming* é um fenômeno que toma proporções cada vez maiores. Com a popularização da internet, este tipo de serviço ganha um maior protagonismo. A música deixa de ser uma posse – o *download* – para se tornar um acesso. Com mensalidades acessíveis, o usuário pode desfrutar de um acervo imenso, muito maior do que quando se utiliza de downloads. É possível escutar música em qualquer lugar, bastando o acesso à rede.

Com a queda nas vendas de CD's, plataformas como o *Spotify* e o *Deezer* surgem para salvar uma indústria em crise. Observa-se uma queda nos downloads ilegais e um número cada vez maior de usuários dos serviços de streaming. A qualidade e facilidade das plataformas atrai o ouvinte, levando a se afastar da pirataria.

Contudo, embora o streaming se mostre uma excelente ferramenta de combate às infrações de direitos de autor, ainda há um caminho a ser percorrido. É necessária uma legislação específica acerca da gestão coletiva em rede. A consulta realizada pelo Ministério da Cultura já é um passo em relação a isto.

Rever o monopólio do ECAD sobre os entes de gestão coletiva é um dos elementos fundamentais. Tendo em vista os recentes casos midiáticos, como o de Taylor Swift, nos mostra que ainda não há um equilíbrio entre o ente arrecadador, as plataformas e o artista.

Ademais, deve-se buscar uma solução para a falta de transparência das plataformas de *streaming*. Com o repasse usuário – ECAD – associação de gestão coletiva – autor, é mais difícil individualizar o ganho.

Outra questão é a de considerar este tipo de serviço como execução pública. O *streaming* não se enquadra nos elementos do artigo 68 da

21 Relação disponibilizada no site http://www.go2web.com.br/pt-BR/blog/tidal-artistas-fazem-pacto-pelo-streaming-de-musica-justo-com-novo-servico.html

Lei de Direito Autoral. Aqui, deve-se considera-lo como uma utilização particular, sem fins lucrativos. Uma cobrança como se fosse execução pública seria indevida e oneraria de forma excessiva o usuário.

Há de se ter em mente o reconhecimento do trabalho envolvido na criação musical, seja ela por parte do intérprete ou do produtor. Assim, deve-se chegar a uma equação em que o artista, o produtor, o distribuidor e o consumidor se sintam satisfeitos.

REFERÊNCIAS

Agência EFE. **Spotify chega a 75 milhões de usuários; 20 milhões são assinantes**. Publicado em: 10 jun. 2015. Disponível em: http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Resultados/noticia/2015/06/spo.... Acesso em: 10 jun. 2015.

Após deixar Spotify, Taylor Swift disponibilizará suas músicas no serviço de streaming de Jay-Z. Disponível em: http://www.tudocelular.com/curiosidade/noticias/n51949/Apos-recursar-Spo.... Acesso em: 16 abr. 2015.

ARENHART, Gabriela. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Necessidade de Supervisão Estatal**. Publicado em: 25 jul. 2014. Disponível em: http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/gest%C3%A3o-coletiva-de-direitos-autorais-e-necessidade-de-supervis%C3%A3o-estatal

BRAGATTO, Susana. **Qual é a (sua) música?:** A disputa entre serviços de streaming populariza no país uma nova versão das coletâneas e sets de DJs, a curadoria de playlist. Folha de S. Paulo. São Paulo, 11 set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9610**, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Lex**. Brasília.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Recurso Especial Cível nº 017495845.2009.8.19.0001.** Rel. Des. Nilza Bitar. Publicado em 13 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível N.º0386089-3.2009.8.19.0001**. Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Publicado em 04 de fevereiro de 2015

CARRERA, Isabella. **Taylor Swift x Spotify**: como artistas lidam com a mudança da indústria audiofônica. Disponível em: http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2014/11/btaylor-swift-x-spotifyb-c.... Acesso em: 14 abr. 2015.

ÉPOCA. **O dia em que Taylor Swift venceu uma briga com a Apple**. Disponível em: http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/o-dia-em-que-taylor-swift-ve.... Acesso em: 28 jun. 2015.

FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming:** ECAD, Direito Autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p.

GONZAGA, Yuri. **Streaming já é mais importante que TV aberta na América Latina**. Publicado em: 04 nov. 2015. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/tec/2015/11/1701904-streaming-ja-e-mais-importante-que-tv-aberta-na-america-latina.shtml?cmpid=facefolha. Acesso em: 04 nov. 2015

PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet)**: Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasilia: Ministério da Cultura, 2014.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Manuella. **Direito Autoral na Era Digital:** Impactos, controvérsias e possíveis soluções. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZANIOLO, Pedro Augusto. **Crimes Modernos:** O Impacto da Tecnologia no Direito. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR: OBSERVAÇÕES SOBRE DIREITOS AUTORAIS E PATENTES DE INVENÇÕES[1]

Autores: Alejandro Knaesel ARRABAL[2]; Ana Paula COLOMBO[3]
Instituição: Universidade Regional de Blumenau (FURB)

Resumo: Este artigo procura explicitar as possibilidades e limites à Propriedade Intelectual de Programas de Computador no contexto dos Direitos Autorais e dos Direitos de Propriedade Industrial. Embora seja corrente o entendimento de que o Programa de Computador (em si) é objeto de proteção por meio dos Direitos Autorais, merecendo no Brasil legislação específica, a implementação de invento operada a partir de instruções computacionais encontra tutela no âmbito da Propriedade Industrial. Estruturado em duas partes, a primeira explora o conceito de Programa de Computador, bem como os conceitos de expressividade e originalidade que qualificam os Direitos Autorais. Na segunda são abordadas as possibilidades de patente de inventos implementados por meio de Programas de Computador, considerando, em especial, as atuais diretrizes de exame adotadas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI.

Palavras-chave: Programa de Computador. Direitos Autorais. Patentes.

1 Este ensaio é fruto de atividades realizadas no âmbito do Núcleo de Inovação Tecnológica da FURB e do Doutorado em Direito Público do Programa de Pós-graduação Interinstitucional – DINTER UNISINOS/FURB.

2 Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do "Vale dos Sinos – UNISINOS, convênio DINTER UNISINOS/FURB - Edital 002/2013. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor da Universidade Regional de Blumenau e do Centro Universitário de Brusque - UNIFEBE. E-mail: arrabal@furb.br

3 Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Coordenadora de Propriedade Intelectual do Núcleo de Inovação Tecnológica da FURB. E-mail: anapaulabnu@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Há muito é reconhecida a importância social e econômica das Tecnologias de Informação para a sociedade. O emprego de computadores cresceu no cenário global de tal modo que, provavelmente, restam poucas atividades econômicas não relacionadas direta ou indiretamente ao uso de Programas de Computador.

Estudo recente realizado pela Associação Brasileira de Empresas de Software em conjunto com a *International Data Corporation* aponta que, em 2015, o mercado Internacional de Programas de Computador e Serviços correlatos atingiu a marca de U$ 1.124 bilhões (ABES; IDC, 2016, p. 8). Sua expressão econômica revela, por consequência, a importância da adequada compreensão dos instrumentos jurídicos capazes de conferir tutela aos Direitos de Propriedade Intelectual neste setor.

Assim, este artigo trata das possibilidades e limites à proteção da Propriedade Intelectual de Programas de Computador, via Direitos Autorais e Direitos de Propriedade Industrial. Embora seja corrente o entendimento de que os Programas de Computador são objeto de proteção por meio dos Direitos Autorais, merecendo no Brasil legislação específica, a implementação de inventos operada a partir de instruções computacionais encontra tutela também no âmbito da Propriedade Industrial.

O panorama normativo brasileiro reconhece o Direito Autoral como regime jurídico aplicável ao Programa de Computador. Entre as obras protegidas elencadas no artigo 7º da Lei autoralista (9610/98), o inciso XII o refere. Especialmente a Lei 9609/98 informa que "O regime de proteção à Propriedade Intelectual de Programa de Computador é o conferido às obras literárias pela legislação de Direitos Autorais e Conexos vigentes no País".

Por sua vez, a Lei de Patentes (9279/98) em seu artigo 10, expressamente afasta o Programa de Computador (em si) do âmbito de tutela conferida às invenções e modelos de utilidade. Contudo, ainda que pareça evidente à incidência exclusiva do Direito Autoral, é preciso

avaliar com mais atenção o alcance deste regime jurídico para efeito de proteção à Propriedade Intelectual de Programas de Computador, bem como o sentido da restrição prevista na Lei de Patentes.

O Direito Autoral não foi o primeiro mecanismo legal cogitado para a proteção do Programa de Computador. Inicialmente o direito patentário surgiu como principal solução ao regime protetivo dos programas em si, todavia se mostrou inviável em razão da falta dos requisitos de patenteabilidade exigidos pela legislação. Na década de setenta, estudos realizados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI sinalizaram a hipótese de um regime jurídico "*sui generis*". No entanto a proteção por meio do direito de autor consolidou-se na década de oitenta e foi gradualmente acolhida internacionalmente diante da demanda por uma solução rápida e eficaz (SANTOS, 2008, p.17).

Todavia, há de se considerar que o Direito Autoral, em razão de sua natureza limitada, não abrange todos os traços existentes em um Programa de Computador, isto porque, a funcionalidade decorrente deste extrapola a tutela conferida pelo regime autoralista. O desenvolvimento de inovações constituídas por meio de sistemas computacionais tem crescido nas últimas décadas, automatizando ações antes realizadas de forma mecânica. Na medida em que estas soluções produzem efeito técnico, é possível identificar características compatíveis com a proteção patentária.

Em diversas nações, a exemplo dos Estados Unidos e de países europeus, decisões judiciais apontam que a proteção autoral é insuficiente para a tutela de interesses patrimoniais sobre Programa de Computador, levando a uma expansão significativa da proteção pelo sistema de patentes de forma coexistente ao Direito Autoral (SANTOS, 2008, p. 20). Inclusive no Brasil, esta é a leitura atual do INPI. Contudo, as discussões sobre o tema permanecem dividindo opiniões e trazendo a tona questões latentes do ponto de vista socioeconômico. Deste modo, é necessária a distinção adequada dos limites de proteção conferidos pelo Direito Autoral e pela Propriedade Industrial aos Programas de Computador.

2. O PROGRAMA DE COMPUTADOR "EM SI" COMO OBJETO DE DIREITO AUTORAL

O Direito Autoral consiste em um conjunto de prerrogativas de ordem patrimonial e moral, conferidas ao sujeito (autor), em relação à criação (obra) por ele realizada. Em síntese, trata-se do reconhecimento de *exclusividade* no uso, fruição e disposição, bem como a garantia de preservação do vínculo nominal, da integridade da obra, entre outras de ordem moral, direitos estes incidentes sobre uma *expressão* manifesta e não simples ideia, como se verá mais adiante.

Consolidou-se o entendimento de que, para efeito de tutela de direito de propriedade sobre Programas de Computador, adota-se o regime autoralista. O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - TRIPS, recepcionado pela ordem jurídica brasileira, estabelece que "Programas de Computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna" (BRASIL, Decreto 1.355/94, artigo 10.1). No Brasil, emprega-se esta orientação por meio de legislação específica, de modo que emerge um desdobramento normativo: têm-se as normas gerais aplicáveis às criações literárias, artísticas e científicas e um regime especial, parcialmente diferenciado, afeto aos Programas de Computador. Dentre as distinções aplicáveis, a título de exemplo, pode-se aludir a limitação quanto ao reconhecimento de direitos morais, bem como a temporalidade dos direitos patrimoniais.

Quadro 1 - comparativo regime geral / específico

Regime Geral	**Regime Específico**
Incidem Direitos Patrimoniais e Direitos Morais	Há restrições quanto aos Direitos Morais
Tempo de proteção: a vida do autor mais 70 anos	Tempo de proteção é de 50 anos

Fonte: Elaborado pelos autores

Esta diferença demanda a compreensão sobre o sentido da categoria "Programa de Computador", para efeito de Direitos Autorais. O "sentido" não é algo irremediavelmente preso às coisas do mundo, de maneira que o Programa de Computador pode ser compreendido de modos distintos a partir de perspectivas distintas. Assim, o *utente* (usuário) reconhece o programa como algo inerente (e imanente) a um artefato utilitário. Prevalece, portanto, o interesse sobre as funcionalidades do equipamento. Nesta linha, por exemplo, tornou-se popular o emprego das expressões "mp3" e "mp4" para designar os *aparelhos* portáteis destinados a reprodução de áudio e vídeo, embora se refiram originariamente a *protocolos* (instruções) de compactação de arquivos digitais de áudio e vídeo.

O *criador* (programador ou desenvolvedor), por sua vez, considera não exclusivamente ou prioritariamente a destinação (aplicação), mas especialmente aquilo que o Programa representa enquanto objeto criado, sua "ontologia" distinta, mas irremediavelmente integrada a um artefato eletrônico. Neste sentido emerge, desde o advento da arquitetura computacional de Von Neumann (KOWALTOWSKI, 1996) a tradicional diferença entre *Hardware* e *Software* sendo este alegoricamente a "alma" que anima aquele. Sem o *Hardware*, sem o artefato materialmente sensível, não subsiste razão à existência do *Software.* O mesmo pode-se dizer de modo contrário, ou seja, não há razão de existência do *Hardware* sem *Software*.

Ontologicamente, ou seja, na perspectiva que procura descrever o "ser em si" das coisas, afirmar-se que o Programa de Computador corresponde a um *conjunto de instruções*. Trata-se, portanto, de comandos e rotinas, protocolos expressos por meio de *linguagem*. A linguagem representa, assim, a "substância" ou "matéria prima intangível" por meio da qual o programador *constitui formas e modelos simbólicos* que constrangem a matéria física (a máquina) a operar de modo *programado*.

O Conceito de Programa de Computador previsto no artigo 1º da Lei 9609/98 caminha neste sentido, ou seja, reconhece como objeto de Direitos de Autor as *instruções* (evidentemente ordenadas) enquanto expressividade *autônoma*, é dizer, o Programa compreende a *expressão*

de um conjunto de instruções, independente da linguagem empregada, independente dos atributos da matéria física que a sustenta, independente da natureza tecnológica do artefato e, também, da funcionalidade resultante (efeito estético ou técnico), obtida a partir da ingerência do programa no artefato.

Figura – Programa de Computador: expressão instrucional

Fonte: Elaborada pelos autores

Assim encontra-se o referido dispositivo legal:

> Programa de Computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados. (BRASIL, Lei 9609/98, art. 1)

Cumpre considerar que, para a tradição autoralista, há dois atributos necessários à caracterização do objeto de tutela autoral: a *expressividade* e a *originalidade*. O que é expresso é perceptível de algum modo, sensível à visão, audição, paladar, olfato ou tato. O que não é expresso corresponde a uma *ideia*. Desde Platão (1994), as ideias residem em um plano metafísico e, neste sentido, são desprovidas de forma sensível. Assim, uma ideia (con) forma múltiplas expressões, mas não se (con)funde com nenhuma delas. O homem é o indutor e, consequentemente, o originador (e proprietário) de *formas*, mas não de *ideias*. É neste primado filosófico o Direito Autoral assenta suas raízes, reconhecendo direito de exclusiva apenas sobre o que

se apresenta enquanto expressividade. Costa Netto (1998, p. 53) observa que "a maioria dos juristas que se dedicam ao estudo da matéria procurou deixar claro que o objeto da proteção não deve ser a ideia (que originou a obra), mas sim, a sua concepção estética – a sua forma de expressão".

Por sua vez, a *originalidade,* que não é sinônimo de *novidade*, implica na ideia de *origem*, ou seja, no reconhecimento de que a criação (obra) provém de um criador (autor). Lipszyc (1993, p. 65) explica que "as obras também podem ser novas, mas o Direito Autoral não exige a novidade como uma condição necessária para a sua proteção. É suficiente que a obra tenha *originalidade ou individualidade: que expresse o que é próprio de seu autor*". Disto resulta a noção de que a personalidade do autor está "impressa" na obra, de modo que ela é manifesta na própria *expressividade* que a constitui. Na esteira de Newton P. Teixeira dos Santos, Costa Netto (1998, p. 60) observa que, para efeito de tutela, é irrelevante qualquer juízo sobre o mérito estético do objeto criado, de modo que "[...] toda obra original é protegida, mesmo que ela seja banal, horrível, chocante ou sem significação". A novidade, como se verá adiante, é uma categoria que, necessária à Propriedade Industrial, pressupõe a distintividade de um objeto criado em relação aos demais objetos do mundo, não por sua *origem*, mas por sua singularidade técnico-funcional.

Assim, pode-se considerar que um Programa de Computador comporta *dois níveis de expressão* autoral: um, que corresponde à instrução materializada por meio de qualquer linguagem que seja interpretada pela máquina (código fonte e código objeto); outro, que consiste em toda a expressão sensível ao ser humano cuja emergência decorre do sincretismo entre instrução (código) e máquina (hardware). Nesta categoria encontram-se, por exemplo, a interface gráfica, ícones, elementos visuais, sons, entre outras expressões que, independentemente do seu apelo técnico funcional, enquadram-se no rol do artigo 7º da Lei 9610/98. Estes dois níveis, portanto, sugerem a possibilidade de tutela autoral híbrida, de modo que, para o código, incide o regime estrito da Lei 9609/98 e, para os elementos emergentes das instruções (como o ambiente gráfico), considera-se o regime geral da Lei 9610/98. Tal observação é importante,

pois estes dois regimes (geral e específico), embora radicados nos mesmos pressupostos (expressividade e originalidade) apresentam diferenças em relação aos direitos conferidos, conforme já mencionado acima.

3. A PATENTE DE INVENÇÃO IMPLEMENTADA POR PROGRAMA DE COMPUTADOR

A Propriedade Industrial consiste em um *monopólio* conferido pelo Estado, mediante Patente, sobre criação que atenda aos requisitos de *novidade*, *atividade ou ato* i*nventivo* e aplicação industrial. De forma mais específica e considerando o que dispõe a Lei 9279/96 (Lei de Propriedade Industrial), a novidade abrange o que não estiver relacionado ao estado da técnica, ou seja, aquilo que ainda não se tornou de conhecimento público em âmbito nacional ou internacional (Art.. 11, § 1º). A atividade ou ato inventivo determina que, para o olhar de um técnico no assunto, o engenho não pode decorrer de maneira evidente ou óbvia/comum ou vulgar do estado da técnica (Art. 13 e 14). A aplicação industrial é requisito que determina que a criação deve ser passível de produção ou utilização industrial (Art. 15). Por fim, para conquistar a proteção patentária, o inventor deve ainda demonstrar suficiência descritiva, detalhando sua criação de forma que permita ser reproduzida (Art. 24).

A patente surge da necessidade de uma *solução técnica* para um *problema técnico existente*, por meio da contribuição intelectual humana. O produto ou processo advindo, necessariamente deverá possuir um *efeito técnico* e atender a todos os requisitos legais mencionados. O titular de uma patente obtém um direito, limitado no tempo, que lhe confere domínio na exploração de uma tecnologia (BARBOSA, 2003). O limite temporal será determinado de acordo com a natureza da proteção, que poderá ser uma Invenção ou Modelo de Utilidade. A primeira diz respeito a produtos ou processos novos que possuam efeito técnico. Por sua vez, o Modelo de Utilidade, caracteriza-se por constituir um melhoramento introduzido ao uso ou processo de fabricação de um objeto de uso prático.

A Lei 9.279/96, em seu art. 10, exclui o que não é suscetível de receber privilégio como patente de invenção ou modelo de utilidade pelo diploma legal. Ou seja, "Uma criação é considerada invenção quando os recursos utilizados para a solução do problema que está sendo resolvido não se encontram em um campo incluído nos incisos do Art. 10 da LPI" (INPI, 2012). O Programa de Computador "em si", como já mencionado, não faz parte das matérias passíveis de proteção industrial. Por consequência, em razão desta determinação legal, não se cogita a possibilidade de "Patentes de Software" no Brasil.

Todavia, apesar do Programa de Computador em si não estar amparado pela Propriedade Industrial, há de se considerar outra perspectiva pela qual é possível obter este tipo de proteção. A expressão "em si" pressupõe uma distinção das características que compõem o Programa de Computador. Isto porque, está se falando apenas no código fonte ou código objeto, que representam dimensões expressivas do programador que encontram proteção por meio do Direito de Autor. Contudo, todo programa produz funcionalidades. Estas funcionalidades podem consistir em método ou processo que, atendendo aos requisitos exigidos por lei, enquadra-se como objeto de patente. Essa interpretação é reconhecida pelo INPI (2016a), que assim informa:

> O Programa de Computador em si, de que trata o inciso V do artigo 10 da LPI, refere-se aos elementos literais da criação, tais como código objeto ou código fonte, entendido como um conjunto organizado de instruções escrito em linguagem natural ou codificada. Enquanto conjunto de instruções, código ou estrutura, o Programa de Computador em si é objeto de Direito Autoral e, portanto não é considerado invenção, não sendo objeto de patente por ser mera expressão autoral de um programador para uma solução técnica.

O método ou processo, contudo, podem ser objeto de patente, pois não incidem na vedação legal, configurando uma *Invenção implementada por um Programa de Computador* (INPI, 2016a). Neste caso, haverá invenção, quando a criação industrial resolva um problema técnico e possua alcance técnico, não se restringindo ao modo como este programa

é escrito (INPI, 2012). Assim, "[...] a proteção autoral da arquitetura do programa não se estende ao método de funcionamento; mas, na medida em que este constituía a implementação de uma solução técnica, pode ser objeto de patente" (SANTOS, 2008, p. 420). A proteção do Programa de Computador através do Direito Autoral não pode ser confundida com a proteção conferida pelo sistema de patentes. Os Direitos Autorais são responsáveis por proteger especificamente a expressão do programa (em si), ou seja, seu código, bem como as demais *expressões emergentes* a partir dele. A patente por sua vez resguarda *as características de um novo método*, ou seja, sua funcionalidade (AIPPI, 2006). Desta forma, um Programa de Computador compreende três âmbitos de tutela, dois em relação aos Direitos Autorais e um no contexto da Propriedade Industrial, proteções estas não excludentes entre si.

O INPI sempre manteve o entendimento de que não é possível conceder "patentes de software", pois esta pretensão é incompatível com o disposto da legislação vigente. Entretanto, na hipótese de uma Invenção sem implementada por meio de um Programa de Computador, as características técnicas do processo (e não o programa), poderão ser patenteadas (INPI, 2012b).

Cabe mencionar que o método, que transcreve a proteção concedida às patentes implementadas por Programa de Computador, é interpretado em sede de análise de mérito, como sendo um algoritmo. Segundo o entendimento do INPI (2012), considera-se algoritmo "[...] uma sequência de passos lógicos a serem seguidos para a resolução de determinado problema. De acordo com essa definição, um algoritmo consiste em um método ou processo e, portanto, deve ser reivindicado como tal". Ou seja, configura-se como um conjunto de regras que definem uma sequência de operações com o objetivo de resolver um problema técnico.

Neste sentido, e coadunando com as demais interpretações dadas à legislação nacional sobre o tema, é possível verificar diversas situações de patentes de invenções implementadas por Programa de Computador, concedidas pelo INPI, como se extrai dos exemplos abaixo:

Quadro 2 – Patentes invenções implementadas por Programa de Computador

PI0304945-0	Método e sistema para configuração de comutador de rede	Titular: Dell Products L.P.	Concessão em 15/12/2015
PI0305439-0	Método e sistema para facilitar interação entre um renderizador de vídeo e um acionador de dispositivo gráfico e meio eletronicamente acessível	Titular: Microsoft Technology Licensing, LLC.	Concessão em 31/05/2016
PI 9507311-6	Sistema interativamente controlado por meio de um controle remoto e método de exibição de dados de guia de programa de televisão em um display	Titular: Prevue International, Inc.	Concessão em 15/04/2003
PI8602558-9	Método para a compressão e descompressão de um conjunto de dados	Titular: IBM	Concessão em 06/09/1994

Fonte: INPI (2016)

A matéria reivindicada pode ou não especificar que a criação envolve um Programa de Computador para sua implementação. O código fonte é também dispensável, haja vista ser Direito Autoral e, portanto, excluído do privilégio. O que de fato importa é a demonstração clara do algoritmo, ou seja, a sequência de passos a ser seguida para que ocorra o efeito técnico. Dos exemplos acima mencionados, é possível verificar no conteúdo das reivindicações o exposto (DELL, 2003): "[...] Método para configurar comutadores de rede [...] caracterizado pelo fato de que compreende: definir uma configuração [...]; carregar a configuração definida [...]; inicializar os comutadores; [...]"

Não é primordial para o INPI se a inovação é realizada por meio de Programa de Computador ou não, pois esta pode vir a ser implementada também de forma mecânica. A proteção conferida reside no efeito técnico decorrente do método ou processo novo e de que forma este soluciona o problema técnico enfrentado.

Comumente se tem a ideia de que patentes envolvendo Programa de Computador estão sempre atreladas a existência de um hardware específico ou como popularmente é denominado "software embarcado". Neste sentido, "O conceito de Software embarcado adotado é o que se refere a um Programa de Computador que determina o comportamento de um dispositivo dedicado" (INPI, 2012). No entanto, a atual interpretação contempla também a possibilidade deste privilégio ser concedido a implementações desvinculadas de plataformas dedicadas, conferindo igual proteção às inovações que são aplicadas a computadores de uso geral.

Importante salientar que patentes implementadas por computador somente podem ser concedidas por meio de invenção. Não é possível que uma patente com essas características tenha natureza de modelo de utilidade. Isto porque, a proteção conferida ao modelo de utilidade, está atrelada à forma ou disposição física do produto que visa proteger. Por óbvio, as patentes implementadas por Programa de Computador não possuem forma física que possa ser associada a uma funcionalidade (INPI, 2016b).

Apesar da interpretação conferida pelo INPI não contar ainda em publicação oficial, o Instituto promove ampla divulgação do seu entendimento, inclusive por meio de cursos nos quais informa aos usuários de que modo o exame substantivo desta espécie de patentes é realizado. Em 2012 a referida autarquia submeteu à consulta pública uma proposta de diretrizes para a análise dos processos, como forma de "[...] uniformizar os procedimentos de exame de pedidos de patente envolvendo criações que se referem ou se baseiam em implementações por Programa de Computador" (INPI, 2012). Este iniciativa contou com a participação da sociedade a fim de aperfeiçoar o modelo a ser aplicado nas análises de mérito relacionadas a estas patentes.

A consulta pública reuniu comentários e sugestões de grandes e pequenas empresas tecnológicas, instituições de ensino, empresários do setor, entre outros. A maior parte das manifestações se deu no sentido contrário à ideia de patentes envolvendo Programas de Computador. Dentre as objeções mais citadas, é possível destacar o monopólio

comercial de grandes corporações, o desestímulo à inovação e a concessão de "patentes de software" em afronta ao determinado pelo diploma legal (INPI, 2012). A consulta pública realizada pelo INPI também foi alvo de críticas em razão do prazo de sessenta dias disponibilizado para manifestações, considerado insuficiente para a discussão aprofundada da questão. De acordo com o texto:

> Não se pode discutir as diretrizes de exame de patentes de software sem que antes seja feito um amplo e inclusivo debate sobre os riscos e oportunidades de tal patenteamento, bem como estudos independentes sobre os eventuais impactos positivos e negativos que as patentes de invenções implementadas por Programa de Computador podem ter sobre o Brasil (LIMA, 2013).

De acordo com a AIPPI (2006) nos últimos anos, a patenteabilidade de inovações relacionadas a Programa de Computador tem sido objeto de diversos debates entre usuários do sistema de patentes e especialistas em tecnologia da informação. Tigre e Marques (2009, p. 557) observam que "[...] os critérios de patenteabilidade para as invenções implementadas em computador não são claros e, em decorrência disso, vêm sendo interpretados de forma diferente nos diversos países, gerando problemas comerciais transfronteiras."

Dentre as principais questões apontadas pelos grupos favoráveis e contrários à aplicação de patentes envolvendo Programas de Computador, é possível esquematizar da seguinte forma:

Quadro 2 – Patentes em sede de Software: prós e contras

Grupo favorável à Proteção	**Grupo contrário à Proteção**
Grandes corporações do setor de TIC	Conjunto abrangente de atores: comunidades software livre e código aberto; instituições acadêmicas; pequenas e médias empresas
Reivindicam manutenção/aumento da proteção	Reivindicam redução/eliminação da proteção

Restrições às patentes relacionadas a Software acarretam perda de empregos de alta qualificação em P&D	Patentes desestimulam Inovação por concentrar mercado. Favorece contencioso judicial de grandes contra pequenos empreendedores. Por tratar-se de um bem não rival, deve ser produzido e distribuído livremente. A distribuição livre do código fonte favorece inovação, competitividade, interoperabilidade e padronização de programas.

Fonte: Elaborado pelos autores a partir de Tigre e Marques (2009, p. 552-553)

A Câmara de Deputados publicou em 2013, estudos sobre a necessidade de revisão da atual lei de Propriedade Industrial, que contemplou recomendações acerca das patentes envolvendo Programas de Computador. O texto rechaçou de forma veemente a atual interpretação legal dada pela autarquia e destacou no documento que "o INPI estaria legislando por conta própria, sem que haja sequer um entendimento jurisprudencial sobre o assunto no Brasil, e sem que tenha havido qualquer tipo de debate ou estudo independente sobre os riscos e benefícios de tais patentes". A consulta pública realizada pelo INPI também foi alvo de críticas em razão do prazo de 60 dias disponibilizado para manifestações, considerado insuficiente para a discussão aprofundada da questão (LIMA, 2013). De acordo com o texto:

> Não se pode discutir as diretrizes de exame de patentes de software sem que antes seja feito um amplo e inclusivo debate sobre os riscos e oportunidades de tal patenteamento, bem como estudos independentes sobre os eventuais impactos positivos e negativos que as patentes de invenções implementadas por Programa de Computador podem ter sobre o Brasil (LIMA, 2013).

Teme-se que conceder patentes de inventos implementados por Programa de Computador é o mesmo que possibilitar a patente para o conjunto, incluindo o programa em si, ou seja, indiretamente, o Programa de Computador seria patenteado. De acordo com este entendimento, a

concessão destas patentes como processos ou métodos representa um meio de burlar a legislação e conferir Patentes a Softwares (LIMA, 2013).

A Câmara de Deputados propôs a suspensão na aplicação das diretrizes até que fossem realizados estudos técnicos independentes e a proposição de uma diretriz que fosse condizente com a economia e o desenvolvimento tecnológico e social do Brasil (LIMA, 2013). Todavia, o INPI continua a aplicar este entendimento em suas decisões de mérito, em que pese o texto das diretrizes não ter sido publicado formalmente ao público por meio de resolução. Em respostas às manifestações contrárias identificadas pela consulta pública, o INPI (2012) informou que "Todos os pedidos a serem examinados, independentemente de sua data de depósito, seguirão os procedimentos conforme estabelecidos pelas diretrizes de exame". No último curso realizado pelo INPI (2016) foi reiterado que, apesar de sua momentânea "informalidade", o texto das diretrizes é utilizado como "manual" pelos examinadores no exame substantivo, independente da área técnica examinada. Atualmente, o texto encontra-se na Procuradoria da Autarquia para aprovação final, que deve ocorrer em breve, o que evidencia a necessidade de um maior debate sobre a questão neste momento.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Divergências a respeito dos modelos de proteção à Propriedade Intelectual de Programas de Computador existem, pelo menos, desde o início da segunda metade do século XX. Debate este inserido em um cenário ainda maior, qual seja, a questão própria legitimação dos Direitos de Propriedade Intelectual. De um lado, aqueles que, fundados na liberdade de pensamento e expressão, no direito de acesso livre à informação e à cultura, propugnam pela defesa do ideal libertário de produção e circulação de bens intelectuais. De outro lado, àqueles que reconhecem a *singularidade* e a *exclusividade* como fatores inerentes e necessários à sustentabilidade e ao desenvolvimento social, econômico e tecnológico, em um ambiente global de relações mercantis.

O Programa de Computador revela-se como um bem complexo de múltiplas significações em razão de sua imaterialidade e atual onipresença, típicas de "bens culturais comuns" como a própria linguagem. Ao mesmo tempo, representa um objeto de significativa expressão econômica, de modo que se projeta como bem jurídico cuja incidência de prerrogativas proprietárias é também demandada, social e economicamente.

Assim, este artigo procurou explorar e explicitar as possibilidades de tutela incidente sobre Programas de Computador via Direitos Autorais e Direitos de Propriedade Industrial. Em síntese, observaram-se três vetores de proteção: dois deles via Direitos Autorais, dado que o Software representa, neste contexto, um conjunto de instruções e, também, expressões de ordem estética emergentes destas instruções na máquina; e um terceiro via Patentes, dado que métodos e processos novos e de vocação técnico-resolutiva, implementados a partir de instruções computacionais, podem ser qualificados como Inventos suscetíveis de monopólio industrial.

REFERÊNCIAS

ABES; IDC. **Mercado Brasileiro de Software:** panorama e tendências. São Paulo: ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software, 2016. Disponível em: <http://central.abessoftware.com.br/Content/UploadedFiles/Arquivos/Dados%202011/ABES-Publicacao-Mercado-2016.pdf>. Acesso em 20 set. 2016.

ABRANTES, Antonio Carlos Souza de. Patentes de invenções implementadas por computador e seu papel na promoção da inovação tecnológica. **Revista Eletrônica do IBPI**, n. 7, 2013. <http://ibpieuropa.org/?media_dl=366>. Acesso em: 12 ago. 2016.

AIPP Special Committee Q132. **Patent protection for computer software related inventions.** 2 jan. 2006. Disponível em: <https://aippi.org/download/commitees/132>. Acesso em: 6 ago. 2016.

BARBOSA. Denis Borges. **Uma introdução à Propriedade Intelectual.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 ago. 2016.

BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. **Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.** Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. **Regula direitos e obrigações relativos à Propriedade Industrial.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 9 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre a proteção da Propriedade Intelectual de Programa de Computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em: 9 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre Direitos Autorais e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 9 ago. 2016.

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

DELL Products L.P. Welmin Pan; Yinglin Yang. **Método e sistema para configuração de comutador de rede.** BR n. PI0304945-0, 28 out. 2003, 15 dez. 2015.

IBM. **Método para compressão e descompressão de um conjunto de dados.** BR n. PI8602558-9, 06 set. 1994.

INPI. **Aviso de Consulta Pública nº 01/2012, publicada no DOU de 16 mar. 2012.** 2012b. <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/consultas-publicas>. Acesso em: 15 set. 2016.

INPI. **Oficina de Software.** Rio de Janeiro. Evento realizado em 13 set. 2016b

INPI. **Procedimentos para o exame de pedidos de patente envolvendo invenções implementadas por Programa de Computador.** 2012a. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/consultas-publicas/arquivos/consulta_publica_1_versao_final__24_07_2012.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

INPI. Resolução nº 169, de 15 de julho de 2016. **Institui as Diretrizes de Exame de Pedidos de Patente - Bloco II - Patenteabilidade.** 2016a. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/legislacao-patente-1>. Acesso em: 15 set. 2016.

KOWALTOWSKI, Tomasz. Von Neumann: suas contribuições à computação. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 10, n. 26, p. 237-260, jan./apr. 1996. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141996000100022>. Acesso em: 10 jun. 2016.

LIMA, Newton et al. **A Revisão da Lei de Patentes:** inovação em prol da competitividade nacional. Câmara dos Deputados. Brasília: Edições Câmara, 2013. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/14796>. Acesso em: 26 set. 2016.

LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos.** Argentina: Zavalía; França: UNESCO, 1993.

MICROSOFT Technology Licensing, LLC. Stephen J. Estrop. **Método e sistema para facilitar interação entre um renderizador de vídeo e um acionador de dispositivo gráfico e meio eletronicamente acessível.** BR n. PI0305439-0, 14 abr. 2003, 31 maio 2016.

PLATÃO. **A república.** São Paulo: Edipro, 1994.

PREVUE Internacional Inc. **Sistema interativamente controlado por meio de um controle remoto e método de exibição de guia de programa de televisão em um display.** BR n. PI9507311-6, 15 abr. 2003.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **A proteção autoral de Programas de Computador.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TIGRE, Paulo Bastos; MARQUES, Felipe Silveira. Apropriação tecnológica na economia do conhecimento: inovação e Propriedade Intelectual de software na América Latina. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 18, n. 3 (37), p. 547-566, dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v18n3/v18n3a05>. Acesso em: 12 jul. 2016.

A REGULAÇÃO JURÍDICA DAS OBRAS ÓRFÃS: LEGISLAÇÃO, POLÍTICAS INSTITUCIONAIS E EFETIVIDADE

Autor: Eduardo Altomare Ariente
Instituição: Universidade Presbiteriana Mackenzie- SP

Resumo: O presente artigo procura analisar a regulação jurídica das obras órfãs na Europa, Estados Unidos e Brasil Verificaremos que apesar de algumas iniciativas legislativas recentes, do ponto de vista prático, a resposta jurídica ao problema ainda foi deveras insuficiente. Especialistas no assunto atestam que o direito de autor ainda constitui uma barreira para a digitalização dos acervos. Consultaremos legislação, doutrina, bem como políticas adotadas em universidades e bibliotecas. Compararemos essas análises com pesquisas práticas que procuraram digitalizar acervos para fundamentar nossas conclusões. Ao final, foi possível afirmar que no intuito de resguardar hipotéticos direitos patrimoniais do presente, é interditado o direito coletivo de acesso às obras passadas.

Palavras-Chave: Obras órfãs, Direitos autorais, digitalização

1. INTRODUÇÃO

Matéria jornalística veiculada recentemente anunciou que o Mosteiro de São Bento, localizado no centro da Capital paulista, possui a biblioteca mais antiga do Brasil. Tal acervo, dotado de 115 mil livros, fica fechado ao público. Apenas 40 monges beneditinos possuem autorização para manusear os livros nas prateleiras. Os alunos de filosofia da mesma instituição somente têm acesso aos livros mediante reserva. A Bíblia de Lutero, de 1656, a enciclopédia *"História Natural do Brasil"*, de 1658, os tratados de Aristóteles, de 1607, são algumas das raridades encontradas nas prateleiras.

Segundo informou o diretor da biblioteca, cerca de 75% do acervo são catalogados em fichas de papel. Conforme declaração desse mesmo responsável, *"Essa biblioteca é uma descoberta diária. Eu não sei todas as obras que estão aqui. Vamos andando pelos corredores e descobrindo"*. (NOGUEIRA, 2016)

Em outros acervos, as obras perecem de forma acelerada enquanto não se chega a um consenso sobre os valores cobrados pelos titulares dos direitos autorais. Isto ocorre com obras originais de Guimarães Rosa, da Biblioteca Brasiliana, situada na USP e *A Hora e a Vez de Augusto Matraga*, de Leonardo Villar, da Cinemateca Brasileira, também de São Paulo. (DIAS, 2010)[1].

A primeira coisa que nos veio à mente foi o motivo pelo qual estas obras, pelo menos as consideradas de relevante valor histórico, ainda não foram digitalizadas para o acesso público. Além disso, qual seria o empobrecimento cultural e informativo de todos nós caso todas as bibliotecas restringissem a visitação pública dessa maneira e dependêssemos da boa vontade de algumas pessoas para preservar o nosso patrimônio histórico. Afora o receio dos monges de danificação das obras durante o processo de digitalização, das famílias dos autores de serem

1 Convém registrar que, infelizmente, a Cinemateca sofreu grande incêndio no ano de 2016, que consumiu cerca de 500 obras, algumas delas matrizes da filmografia nacional. (STOCHERO; REIS, 2016) Fonte: http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/incendio-na-cinemateca-destruiu-cerca-de-500-obras-diz-coordenadora.html Acesso em 25/08/2016

lesadas e dos custos envolvidos nos processos de digitalização em escala, resta sabermos se há empecilhos de natureza jurídica em questão.

Quando se trata de obra criada dois séculos atrás, tudo indica que ela esteja em domínio público. Todavia, para edições, publicações e criações mais recentes, a resposta demanda respostas mais precisas, que talvez somente possam ser concedidas após buscas, pesquisas e consultas a algumas instituições.

Com efeito, o presente estudo procura analisar a situação jurídica das obras órfãs diante da necessidade de digitalização de conteúdos analógicos. Pretendemos verificar a eficiência das respostas jurídica aos problemas práticos surgidos para a preservação de arquivos volumosos, como aqueles de bibliotecas e centros de documentação.

Obras órfãs não possuem uma definição precisa em nossa legislação. A partir de conceitos previstos em normas estrangeiras, podemos dizer que são materiais protegidos pela legislação autoral, mas cujos titulares não foram identificados ou não se tem notícia deles após procura diligente e de boa-fé.

Estes acontecimentos normalmente ocorrem pelo desinteresse, fechamento da editora, ou ausência de herdeiros conhecidos dos titulares. Mesmo que uma pessoa interessada desejasse pagar pelos direitos autorais correspondentes, não haveria quem possua legitimidade para recebê-los.

Efetivamente, a maior parte do conhecimento humano produzido no Século XX, muito embora esteja indisponível comercialmente, ainda está protegido por direitos de autor. Hoje em dia, pode-se afirmar que a maior parte dos filmes e livros pode ser considerada obra órfã (BOYLE, 2008, p. 09-10; 203; HANSEN, 2016, p. 08). Isto pode representar a proibição para acesso, transformação, adaptação e tradução do conhecimento.. Não é necessária muita ousadia para reconhecer que se trata de forma de regulação da cultura grotescamente ineficiente. (BOYLE, 2008, p. 203).

A tensão entre direitos coletivos e privados envolve a necessidade de registrar, proteger e permitir a consulta do patrimônio cultural da

humanidade em face de possíveis ou hipotéticos direitos patrimoniais dos titulares, que poderiam desautorizar a digitalização das obras sem o correspondente pagamento.

Um primeiro caminho desta pesquisa é investigar o teor das legislações da Comunidade Europeia, dos Estados Unidos e do Brasil sobre digitalização e obras órfãs. Em seguida, verificaremos se o ato de *escanear* uma obra poderia ser considerado violação dos direitos dos autores ou se haveria margem para a classificação desta ação como uso justo (*fair use*). O terceiro passo segundo se apoiará em algumas políticas institucionais já colocadas em pratica até o momento para preservar e digitalizar o seu acervo.

Por último, importa consultar especialistas que já depararam com processos de digitalização para que possamos aprender com suas experiências. Convém aferir se os regramentos normativos das obras órfãs correspondem às necessidades concretas dos bibliotecários e pesquisadores, de acordo com artigos acadêmicos sobre as dificuldades enfrentadas em processos de digitalização pelas autoras Barbara Stratton e Maggie Dickinson divulgados em publicações acadêmicas especializadas.

2. REGULAÇÃO JURÍDICA DAS OBRAS ÓRFÃS NOS EUA, EUROPA E BRASIL.

Nos Estados Unidos, o tema vem merecendo estudos da academia e dos órgãos estatais, como o *US Copyright Office*. As obras órfãs não receberam menção específica na legislação ordinária, o *Copyright Act* de 1976. É certo, todavia, que as bibliotecas mereceram margens mais elásticas no parágrafo 108 do referido diploma do que cidadãos comuns, empresas e demais instituições. (ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, 2015a; HANSEN, 2016, p. 16).

O *US Copyright Office*, desde 2005, divulga estudos sobre a maneira pela qual as obras órfãs podem conviver no ambiente dos direitos autorais. Tanto para as obras órfãs, como também para a digitalização em massa, a conclusão foi a mesma: a situação ainda depende de normas

para proteger o pesquisador de boa-fé, que após pesquisa diligente, não encontra os titulares dos direitos. Ademais, indicou que seria prudente restringir eventuais indenizações diante da particularidade da situação. (US COPYRIGHT OFFICE, 2015. p. 105-106). Enquanto tais leis não são aprovadas, a situação fica a depender da posição adotada pelas Cortes nos casos e elas submetidos. Estimativas indicam que os litígios podem atingir 150 mil dólares por cada uma das obras copiadas sem autorização do titular. (HANSEN, 2016, p. 19).

Nesse sentido, houve recente e importante decisão da Suprema Corte dos EUA sobre a digitalização dos acervos. Cuida-se do caso *Authors Guild et al. v. Google, Inc.*. Em 2005, a primeira entidade, associação de defesa dos interesses de autores, acompanhada de diversos escritores, processou a empresa de tecnologia em razão do projeto *Google Books Library Project*. Tal iniciativa pretende efetivar uma digitalização de larga escala. Segundo estimativas do *Authors Guild*, desde 2004, o Google foi responsável pelo escaneamento de cerca de 20 Milhões de livros. (AUTHORS GUILD, 2016 a)

A ação teve como objeto pedir reparação civil por violação dos direitos autorais. A entidade dos escritores alega que o problema central não foi o ato de digitalização em si, mas o fato de um gigante da tecnologia com fins lucrativos estar por detrás das ações. Ademais, sustentou que o uso das obras não foi transformativo, mas apenas mecânico. (AUTHORS GUILD, 2016 b). No dia 18/04/2016, a Suprema Corte dos EUA recusou rever a decisão proclamada pela Corte de Apelações situada na Califórnia, tornando-a definitiva (*United States Court of Appeals for the Second Circuit*). A segunda instância entendeu que o uso comercial do projeto não é incompatível com o uso justo (*Fair Use*). O tribunal entendeu que, considerando a previsão contida no parágrafo 107 do Copyright Act, que trata das modalidades de uso justo (*fair use*), a empresa de tecnologia deu ensejo a uso transformativo dos livros digitalizados, proporcionou acesso ao público sobre a existência de várias obras e ofereceu pela Internet acesso ao conteúdo dessas obras num montante aceitável. (ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, 2015a).

Cumpre ressaltar que em 2011 a *Authors Guild* processou a plataforma de digitalização *HatiTrust*, criada por um grupo de Universidades norte-americanas, por razões semelhantes, mas a associação foi vencida novamente em razão do reconhecimento do uso justo das obras escaneadas. O *HatiTrust* possui acervo de mais de 10 Milhões de obras, das mais antigas às mais recentes e de diversos campos do conhecimento. (*Authors Guild, Inc. v. HathiTrust. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Case 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014)*).

Pamela Samuelson, especialista em Propriedade Intelectual e professora da Faculdade de Direito de Berkeley, acredita que as decisões citadas forma possíveis graças à forma de tratamento legal das limitações autorais, especialmente dos usos justos (*fair use*), que no direito dos EUA, possuem formas mais flexíveis do que noutros regimes legais. (SAMUELSON, 2014. p. 3-4). Com efeito, os tribunais norte-americanos iluminaram os caminhos para a digitalização dos acervos. A situação das obras órfãs, contudo, ainda está a merecer melhor resposta jurídica.

A União Européia, no contexto do programa de democratização do acesso à informação e promoção da inovação HORIZON 2020, disciplinou o assunto das obras órfãs mediante a Diretiva n.º 2012/28/EU. (COMUNIDADE EUROPÉIA, 2012) Tal norma determina que, para usar ou digitalizar licitamente uma obra órfã, incluindo-se livros, revistas, sons e imagens, deve-se efetuar uma busca diligente e de boa-fé sobre os autores, herdeiros e titulares em fontes adequadas. (COMUNIDADE EUROPÉIA, 2012, Art. 3º, inciso 1) A norma se destina a bibliotecas, estabelecimentos e ensino, museus e demais instituições de interesse público e não diretamente ao público em geral. (COMUNIDADE EUROPÉIA, 2012, Art. 1º).

As obras catalogadas como órfãs devem ser registradas num cadastro único, acessível à coletividade, no *Instituto de Harmonização do Mercado*. (COMUNIDADE EUROPÉIA, 2012, Art. 1º, Art. 3º, inciso 6). Além disso, o reconhecimento de obra órfã por um Estado-membro implica o reconhecimento simultâneo dos demais. Os países membros devem criar em suas normas internas limitações aos direitos de autor

que permitam a reprodução das obras órfãs, independentemente de autorização dos titulares, em bibliotecas, instituições sem fins lucrativos, e radiodifusão de serviço público. (COMUNIDADE EUROPÈIA, 2012, (20), 6º, inciso 1). Tais instituições apenas podem utilizar as obras órfãs para a divulgação do conhecimento e democratização da informação. Quaisquer receitas advindas da exploração comercial dessa atividade obrigatoriamente precisam ser revertidas para pagar os custos da digitalização. (COMUNIDADE EUROPÈIA, 2012, (20), 6º, inciso 2).

Os titulares das obras consideradas órfãs podem pôr fim a essa denominação e receber uma justa remuneração cujos critérios de fixação devem ser criados internamente pelos países (COMUNIDADE EUROPÈIA, 2012, art. 5º, 6º, inciso 5)

Países como Portugal[2], Itália[3] e Espanha[4] regulamentaram a Diretiva

2 *REPÚBLICA PORTUGUESA. Lei n.º 32/2015, de 24 de Abril. 3 - A atribuição da natureza de obra órfã e a sua utilização no âmbito dos objetivos de interesse público prosseguidos pelas instituições está condicionada à prévia realização e registo de pesquisa diligente e de boa-fé, a cargo das entidades mencionadas no número anterior. 4 - São nomeadamente consideradas fontes adequadas para uma pesquisa diligentee de boa-fé: a) A base de dados Virtual International Authority File (VIAF); b) O sistema International Standard Book Number (ISBN); c) O depósito legal; d) Os registos da Biblioteca Nacional de Portugal, que inclui a Bibliografia Nacional Portuguesa, o Catálogo Bibliográfico da Biblioteca Nacional de Portugal, o Catálogo Bibliográfico PORBASE e os registos de International Standard Serials Number (ISSN);e) Os registos da Inspeção-Geral das Atividades Culturais, da Direção-Geral do Livro, dos Arquivos e das Bibliotecas, da Entidade Reguladora para a Comunicação Social e da Direção-Geral do Património Cultural; f) Os registos da Cinemateca Portuguesa-Museu do Cinema, I. P., designadamente do Arquivo Nacional das Imagens em Movimento e do Centro Português de Fotografia; g) As bases de dados das associações de editores e livreiros, das associações de produtores fonográficos, dos órgãos da comunicação social e das entidades de gestão coletiva de direitos de autor e direitos conexos. Fonte: http://publicos.pt/documento/id67072250/lei-32/2015 ACESSO EM 17/07/2016*

3 *Reppublica Italiana. DECRETO LEGISLATIVO 10 novembre 2014, n. 163 Art. 69-septies 1. Le fonti di cui all'articolo 69-quater, comma 2, comprendono le seguenti: a) per tutte le categorie di opere: il Registro Pubblico Generale delle Opere Protette presso il Ministero dei beni e delle attivita' culturali e del turismo; b) per i libri pubblicati: 1) il Sistema Bibliotecario Nazionale, inclusi i registri d'autorita' per gli autori; 2) le associazioni nazionali degli editori e degli autori, gli editori che hanno pubblicato le opere, se noti, e gli agenti letterari operanti in Italia; 3) il deposito legale; 4) la banca dati dell'agenzia italiana ISBN, per i libri pubblicati e per gli editori;5) la banca dati WATCH (Writers, Artists and their Copyright Holders); 6) le banche dati della SIAE e del servizio Clearedi; 7) le banche dati dei libri in commercio ALICE ed ESAIE (per ititoli scolastici);8) l'Anagrafe Nazionale Nominativa dei Professori e dei Ricercatori e delle Pubblicazioni Scientifiche (ANPRePS);Le fonti sopra riportate possono essere consultate o direttamente o attraverso sistemi che ne consentono l'interrogazione integrata quali VIAF (Virtual International Authority Files) e ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works). Fonte: http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/11/10/14G00179/sg Acesso em 19/07/2016*

4 *REINO DE ESPAÑA. . Ley 21/2014 e Real Decreto 224/2016 ANEXO Fuentes a consultar en el procedimiento de búsqueda diligente. Las fuentes a las que se refiere el artículo 4.4 de este real decreto incluyen las siguientes: 1. En el caso de libros publicados:a) el depósito legal, los catálogos de bibliotecas y los ficheros de autoridades mantenidos por bibliotecas y otras instituciones; b) las asociaciones de autores y editores del respectivo país; c) las bases de datos y los registros existentes, WATCH (denominación de «Writers, Artists and their Copyright Holders», base de datos en materia de derechos de autor para escritores, artistas y figuras prominentes en otros campos creativos), ISBN (Número Internacional Normalizado del Libro o «International Standard Book Number» según su denominación original en inglés) y las bases de datos de libros impresos; d) las bases de datos de las pertinentes entidades de gestión colectiva, en particular las entidades que gestionan los derechos de reproducción y de comunicación pública; e) las fuentes que integren múltiples bases de datos y registros, incluidos FAVI/VIAF (Fichero de Autoridades Virtual Internacional o «Virtual International Authority File» según su denominación en inglés) y ARROW (proyecto de registros accesibles e información de derechos sobre obras huérfanas o «Accessible Registries of Rights*

internamente para especificar os passos que devem ser seguidos para que a pesquisa sobre os titulares dos direitos possa ser considerada adequada.

No Brasil, um dos textos mais citados sobre obras órfãs foi escrito em 2008 por Dênis Borges Barbosa. (BARBOSA, 2013, p. 623-632). O autor defende, numa proposta de modificação da Lei autoral, que para configurar uma busca diligente e razoável, a Biblioteca Nacional deve conferir publicidade à intenção de usuário utilizar obra da qual não se conhece o titular.

Passado o prazo de 90 dias sem retorno, o usuário poderia iniciar a exploração da obra sem receio de sanções penais e civis. O uso comercial da obra daria direito à justa remuneração aos titulares que não abriram mão de seus direitos. (BARBOSA, 2013. P. 623-632). Por fim, convém mencionar que, segundo Denis Borges Barbosa, do ponto de vista econômico, as obras órfãs somente serão viáveis caso o chamado custo de transação for reduzido. Caso a situação permaneça como está, a burocracia e as formalidades implicarão significativa perda em termos culturais e econômicos. (BARBOSA, 2013, p. 624).

A atual Lei Brasileira de Direitos Autorais prevê que a inclusão de obra protegida em base de dados demanda de autorização prévia e expressa do autor. (BRASIL, Lei 9.610/98, art. 29, inciso IX). Em caso de infração de direitos autorais, podem ser cumuladas infrações de natureza civil e penal. (BRASIL, Lei 9.610/98, art. 102-110). Não sendo conhecida a quantidade de reproduções ilegais, a indenização poderia ser de 3 mil exemplares. (BRASIL, Lei 9.610/98, art. 103 Parágrafo único).

Podemos afirmar que hoje em dia as limitações autorais são vistas com muita parcimônia, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o que tornaria difícil enquadrar as obras órfãs como formas de uso justo (*fair use*). È correto dizer, entretanto, que esse tema ainda não foi enfrentado diretamente por aquela Corte.[5]

Information and Orphan Works» según su denominación en inglés); f) el Registro General de la Propiedad Intelectual. Fonte: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-5717 acesso em 18/08/2016

5 Inexistem referências aos termos "direito autoral", somado com "obra órfã" ou "digitalização" nos campos de pesquisa do jurisprudência no site do Superior Tribunal de Justiça na Internet.

A Lei brasileira sobre Direitos Autorais, pensada basicamente para proibir cópias em formato analógico, possui dificuldades em dialogar com tempos de Internet e os novos desafios regulatórios propostos pelo mundo digital, inclusive o escaneamento de acervos. Uma primeira resposta, que não chega a ser radical, já adotada uma vez pelo STJ[6], consiste na aplicação da regra dos três passos (*three step test*), originária da convenção de Berna, na redação atualizada pela Conferencia de Estocolmo em 1971, que assim prevê:

> *"Art . 9º, 2) Às legislações dos países da União reservam-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor (BERNA, 1886)*[7]

Desta maneira, inexistindo interesses comerciais dos titulares, a digitalização de acervos poderia ser realizada, sem quaisquer infrações à Lei Autoral, ao menos de acordo com a Conferência de Berna endossada por diversos países, inclusive o Brasil.

3. POLÍTICAS INSTITUCIONAIS SOBRE OBRAS ÓRFAS.

As adversidades jurídicas causadas pela ausência de regulamentação clara do ponto de vista legislativo das obras órfãs não impediram que houvesse políticas e iniciativas de destaque.

Universidades e bibliotecas europeias realizaram parcerias com empresas de tecnologia para digitalizar os seus acervos. Dentre as iniciativas de sucesso, podemos mencionar projetos da *Bavarian State Library (Bayerische Staatsbibliothek)*, desenvolvidos com apoio financeiro da Fundação para a Pesquisa da Alemanha e também da empresa Google. Tal

Consulta em 22/08/2016. Fonte: http://www.stj.jus.br/SCON

6 A bem da verdade, trata-se de alguns precedentes e não de jurisprudência dominante naquela Corte.

7 Para mais detalhes, ver BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos de autor e a observação da regra do teste dos três passos (three step test). P. 260-261. IN PIMENTA, Eduardo Salles. Direitos Autorais: Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: RT, 2007.

biblioteca pretende digitalizar manuscritos, livros de referência histórica, enciclopédias, bem como livros em domínio público e periódicos para consulta pela Internet. Cerca de 1 Milhão de livros já foram digitalizados para a consulta pública e gratuita, desde os escritos dos Irmãos Grimm até Goethe. (Bavarian State Library, 2016).

A Biblioteca Nacional da França *BNF Gallica*, fundada em 1997, possui um dos arquivos mais ricos da Europa. O banco de dados virtual deixou de catalogar apenas imagens e passou a armazenar revistas, jornais, livros, partituras, fotografias e sons em domínio público. Documentos de valor histórico mundial também foram objetos de ações específicas, como manuscritos originais escritos por Rousseau. Em 2014, o repertório armazenado pela Biblioteca chegou a 3 milhões de arquivos. A instituição priorizou a celebração de uma rede de parcerias com outros centros de armazenamento de informações, que hoje possui cerca de 90 integrantes. Recentemente, investiu em aplicativo para telefones celulares, que permite o download total ou parcial de todo o acervo. (BNF GALLICA, 2016)

De forma mais consistente desde 2005, o contexto europeu experimentou uma rica vivência para a digitalização dos acervos. Líderes da França, Polônia, Alemanha, Itália, Espanha e Hungria pressionaram a Comissão Européia para construção de uma biblioteca digital daquele continente. (STRATTON, 2011, p. 07) Três anos mais tarde, finalmente entrou no ar a biblioteca EUROPEANA.[8] Dentre o riquíssimo acervo, encontram-se tratados de Isaac Newton (*Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*), desenhos de Leonardo Da Vinci, e obras-primas da pintura, como a Moça com Brinco de Pérola, de Vermeer . O público valorizou tanto a iniciativa que no primeiro dia de funcionamento, a *Europeana* recebeu 13 Milhões de visitas de internautas por hora, que acarretou na derrubada dos servidores da plataforma. (STRATTON, 2011, p. 07).

A rigor, não se trata exatamente de uma biblioteca virtual única, mas portal que congrega arquivos de diversas 1500 instituições parceiras, como o *Rijksmuseum* , a *British Library* e o *Museu do Louvre*. Vale ressaltar que a mentalidade que presidiu tais dispêndios não foi de situar o projeto como

8 http://www.europeana.eu/portal/pt/about.html

fonte de prejuízo, mas investimento nos setores de cultura, turismo, tecnologia, mídia, inovação e criação de empregos. (STRATTON, 2011, p. 08).

Nos Estados Unidos, a Universidade da Califórnia (U.C.) integrou projeto inovador, juntamente com as Universidades de Michigan, Wisconsin e Florida, para identificar e tornar acessíveis na Internet obras cujos proprietários dos direitos autorais não sejam identificados ou localizados. (UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA, 2016a). Esse projeto busca também pesquisar sobre os titulares das obras e indagar se desejam ou não permitir o acesso livre. A plataforma HathiTrust Digital Library centraliza os arquivos e os soma aos 2,5 milhões de arquivos já disponíveis em domínio público.(HATITRUST, 2016).

Merece destaque, na temática das obras órfãs, declaração enviada ao *Copyright Office* dos EUA em 2013 pelo Conselho das Bibliotecas da U.C. sobre digitalização de acervo. (UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA, 2016b). O documento enfatiza que as demandas sociais por conhecimento não se limitam apenas à digitalização de livros, mas de todo o repertório informativo, que inclui gravuras, mapas, documentos e manuscritos. Tal sistemática favorece não apenas o acesso de alunos, pesquisadores e cidadãos, mas também a preservação do patrimônio cultural e serviços sob demanda dos usuários. Assim, a biblioteca pode cumprir suas missões educacionais e públicas de fomentar o conhecimento. (UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA, 2016b).

Essa política, na medida em que não possui finalidade lucrativa, estaria protegido legalmente pela seção 108 do *Copyright Act*, que trata o *Fair Use*. A dificuldade de se mapear as obras consideradas órfãs pode se tornar não apenas uma barreira jurídica, mas prática. Além de realizar pesquisas sobre herdeiros e titulares de direitos de cada obra, num universo cujas fronteiras são difíceis de delimitar (a UC estima possuir 33 milhões de livros catalogados em suas bibliotecas), o custo dessa pesquisa pode ser proibitivo e contraproducente (UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA, 2016b).

No Brasil, para regulamentar internamente as obras órfãs e os direitos de cópia dos estudantes e pesquisadores, a Universidade de São

Paulo (USP) atendeu os reclamos da comunidade acadêmica, vocalizados pelo Grupo de Trabalho do Livro (GT LIVRO), criado na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH). Os resultados desses estudos e debates promovidos pelo Grupo foram consagrados na Resolução n. 5213, de 02 de Junho de 2005, que regula a extração de cópias reprográficas de livros, revistas científicas ou periódicos no âmbito da Universidade de São Paulo. (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2005).

Em primeiro lugar, a citada norma estipulou que as Bibliotecas devem selecionar as obras esgotadas e sem publicação há mais de 10 anos, estrangeiras indisponíveis no mercado nacional, em domínio público e nos quais o autor expressamente autorize a reprodução. Cópias desse material, segundo a resolução, podem ser feita integralmente, contanto que sejam indispensáveis à disciplina pelos alunos regularmente inscritos (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2005). É certo, contudo, que essa norma, por mais que a consideremos bem elaborada, não poderia imunizar professores e pesquisadores de eventuais ações de reparação de danos civis movidas por titulares de direitos de autor.

4. VIABILIDADE DA DIGITALIZAÇÃO DOS ACERVOS E AS OBRAS ÓRFÃS.

Estudo publicado pela pesquisadora Maggie Dickinson, para fins de identificação de obras órfãs, indicou que foi demasiadamente cara e obteve resultados frustrantes a chamada *"busca diligente"* de pequena amostra de obras sobre data de nascimento dos autores, herdeiros vivos e solicitação de permissão de uso (DICKINSON, 2010. p. 3-5).

Em 2007, a pesquisadora se engajou em projeto de digitalização de todo acervo do político James E. Watson, que viveu no sul dos EUA entre meados do Século XIX e o início do XX. A empreitada se prolongou dois anos, contou com financiamento privado e apoio do *Southern Historical Collection*, da Carolina Digital Library e os arquivos da Universidade da Carolina do Norte em Chapel Hill. (DICKINSON, 2010, p. 02)

A autora obteve autorização da família de Watson, mas houve dificuldades sobre a identificação de materiais de titularidade de terceiros. Na situação posta, herdeiros de autores falecidos depois de 1939 ainda possuiriam direitos patrimoniais. Desta forma, para que o acervo, registro e digitalização fossem completos, haveria necessidade de pesquisas individuais sobre cada uma das obras mais recentes. (DICKINSON, 2010, p. 02).

Não bastasse o total de 3.304 nomes de pessoas que apareceram na pesquisa, que seriam potencialmente autores e cujas famílias precisariam ser procuradas, ainda restaria saber quais dos documentos do acervo teriam sido feitos por encomenda (*work for hire*), cujo prazo para atingir o domínio público seria maior do que os demais. Depois de consultadas diversas fontes, a grande maioria dos autores pôde ser identificada. Todavia, apenas metade deles teve revelada a data de nascimento. (DICKINSON, 2010, p. 03-04).

Em seguida, a pesquisa requereu a repositórios já existentes informações sobre os autores das cartas e documentos. A grande maioria não soube responder as questões ou mesmo não enviou retorno aos pedidos. A família de William Hearst, conhecido magnata das comunicações, que escreveu algumas das cartas a Watson, sequer respondeu as cartas enviadas aos seus endereços. (DICKINSON, 2010, p. 05)

Depois de 9 meses, 450 horas de trabalho, ao custo de USD 8 mil, pouco se descobriu. Apenas 14% do material foi autorizado pela família, outros 21% da amostra estava em domínio público. Contudo, 27% ainda sob regência do *copyright* e dependiam de autorização; outros 31% com *status* legal incerto. (DICKINSON, 2010, p. 05-06).[9]

Resultados equivalentes foram obtidos por Barbara Stratton em seu estudo *"Seeking new Landscapes: A rights clearance study in the context of mass digitisation of 140 books published between 1870 and 2010"* (STRATTON, 2011). Realizado no contexto europeu, o projeto *Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana*

9 O resultado do trabalho sobre a digitalização dos escritos de James E. Watson pode ser acessado no site http://www.lib.unc.edu/dc/watson. Consulta em 24/08/2016

(ARROW) serviu como ferramenta para auxiliar nos esclarecimentos sobre a situação jurídica de certas obras. (EUROPEANA, 2016). Além disso, conforme descrito páginas atrás, as legislações de Itália e Espanha já inseriram a pesquisa ao ARROW como requisito obrigatório na busca diligente das obras órfas.

A metodologia do estudo selecionou amostra de 10 livros por década entre os anos de 1870 e 2010 da *British Library*. Os objetivos do estudo foram: i) identificar o status legal desses documentos e a proporção de obras órfãs; ii) identificar quais são as diligências necessárias para essa classificação; iii) analisar a relação entre interesses comerciais e as atividades das bibliotecas; iv) comparar os resultados obtidos pelos pesquisadores envolvidos em face dos obtidos pela ferramenta *ARROW*. (STRATTON, 2011, p. 04)

Da amostra coletada, 57% ainda eram protegidas por lei, 29% não estavam mais protegidos pelo *copyright* e 14% possuíam status jurídico incerto. Dos 140 livros consultados, 31%.deles foram classificados como obras órfãs. Desse mesmo universo da pesquisa, apenas 21% estavem à venda. A metade destes foi publicada entre os anos de 1990 a 2010. Por opção metodológica, não foram pesquisadas obras inéditas, tampouco material de audiovisual (STRATTON, 2011, p. 05, 51).

A autora destaca que, desde a década de 1980, 50% das obras já poderiam ser consideradas órfãs, percentual muito mais elevado que em outros períodos. Isso talvez se justifique pelo fato de os tempos de proteção legal do copyright terem sido aumentados sucessivas vezes. (STRATTON, 2011, p. 51)

O estudo concluiu que as buscas individuais a cada uma das obras componentes do acervo se mostraram inviáveis no contexto da digitalização em massa dos materiais de bibliotecas. A ausência de uma respota mais eficiente do Direito inflige subfinanciamento à conservação dos acervos e à memória coletiva. Na maioria dos casos, as obras estão efetivamente esquecidas nas prateleiras. Interditar o acesso ao conteudo desses materiais significa prejuízo à compreensão do que ocorreu no mundo no século XX. (STRATTON, 2011, p.05)

Para Stratton, tendo em vista uma media de 4 horas de pesquisas por obra, a análise individualizada de cada uma delas se torna impossível de fazer num contexto de políticas institucionais. Considerado esse tempo de pesquisa, seriam necessários 1000 anos para referenciar 500.000 obras, número ainda insignificante no contexto da quantidade de publicações na Europa. (STRATTON, 2011, p.05).

Por outro lado, houve uma sinalização positiva: o sistema informatizado ARROW de pesquisa que permite buscas diligentes de obras órfãs, o que permitiu reduzir o tempo de pesquisa drasticamente. Ademais, seus resultados coincidiram quase que inteiramente com as conclusões das buscas e pesquisas feitas de forma manual. Por fim, Stratton concluiu que o excessivo tempo de duração do *copyright* não corresponde aos interesses dos autores, e menos ainda da sociedade. (STRATTON, 2011, p.05)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade que a tecnologia nos permite de digitalizar acervos monumentais, antes de ser um problema, representa uma grande oportunidade. A sociedade pode ser beneficiada em termos de acesso à informação, cultura, e até mesmo de abertura de novos mercados.

O direito autoral enfrenta alguns impasses que estão na ordem do dia. Os conflitos entre direitos patrimoniais dos autores e editoras ainda estão a merecer uma resposta definitiva para que haja investimentos em recuperação, preservação e oferecimento dos acervos bibliográficos ao público.

Diante desse impasse, havendo boa-fé do pesquisador, entendemos aceitável aproximar o tratamento jurídico das obras órfãs ao do domínio público. Os motivos principais seriam os seguintes: (i) inexistência de aproveitamento indevido do trabalho alheio, tampouco prejuízo econômico aos titulares; (ii) o investimento inicial na publicação já teria recebido o devido retorno; (iii) o copista/pesquisador não tem intenção de obtenção de lucro.

Pareceu correto também enaltecer a importância da interlocução entre bibliotecários e juristas, uma vez que algumas soluções pensadas isoladamente por profissionais do direito não possuíram muita serventia. A vigorar a necessidade de pesquisa individual para cada obra de acervos gigantescos, quando há fundados receios de que se trata de obras isentas de proteção autoral, estaremos provavelmente interditando a preservação, documentação e acesso à nossa cultura. A autorização prévia dos autores, no contexto de digitalização em massa de acervos, da mesma forma, parece de manifesta inadequação.

Mais correto mostrou ser a mudança de paradigma de violação autoral neste particular. Os detentores dos direitos deveriam notificar as bibliotecas e plataformas digitais sobre suas intenções de explorar comercialmente a obra sem que isso implique automaticamente infrações milionárias ou ensejadoras de danos hipotéticos, como o faz a legislação brasileira. Enquanto ferramentas eletrônicas para buscas diligentes como o ARROW, fundamental para a consolidação e o crescimento da biblioteca EUROPEANA não estão facilmente disponíveis noutras localidades, haverá justificados receios para investidores em projetos de digitalização. Apenas projeto recebedores de grande volumes de recursos prosperariam.

Conforme sustenta James Boyle, será relevante, para um futuro próximo, a redução progressiva do tempo de proteção legal das obras, que chegam facilmente a mais de um século, seja qual o regime jurídico - do *copyright* ou do *droit d'auteur*-, bem como a necessidade de registro das obras para renovação do tempo de proteção, mesmo que por um valor simbólico, apenas para não aumentar o estoque das obras possivelmente consideradas órfãs.

Quem sabe tais propostas possam ser úteis para que as bibliotecas colaborem ainda mais na democratização do acesso à cultura. O que não se deseja é que tais instituições fiquem de portas fechadas ao público, tampouco recusem projetos de digitalização dos acervos, como sucede não apenas com a Biblioteca do Mosteiro de São Bento em São Paulo, mas também em diversas outras.

REFERÊNCIAS

AUTHORS GUILD. https://www.authorsguild.org/ Acesso em 16/08/2016

_____. Authors Guild v. Google: Questions and Answers. https://www.authorsguild.org/authors-guild-v-google-questions-answers/ acesso em 16/08/2016

ARIENTE, Eduardo Altomare. Função Social da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARBOSA, Denis Borges. Direito de autor : Questões fundamentais de direito de autor. Rio De Janeiro: Lumen Juris 2013, p. 623-632

BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos de autor e a observação da regra do teste dos três passos (three step test). P. 260-261. IN PIMENTA, Eduardo Salles. Direitos Autorais: Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: RT, 2007.

BAVARIAN STATE LIBRARY. https://www.bsb-muenchen.de/en/ Acesso em 21/08/2016

BNF GALLICA. http://gallica.bnf.fr/html/und/a-propos

BOYLE, James. Public Domain: Enclosing The Commons Of The Mind. New Haven: Yale University Press, 2008.

BRANCO, Sérgio. O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

COMUNIDADE EUROPÉIA. DIRETIVA 2012/28/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 25 de outubro de 2012, relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs. Fonte: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0028&from=PT Acesso em 17/07/2016

CONVENÇÃO DE BERNA PARA A PROTEÇÃO DAS OBRAS LITERÁRIAS E ARTÍSTICAS. Fonte: http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf Acesso em 22/08/2016

DIAS, Tatiana de Mello. Copyright : A Batalha. Fonte: http://link.estadao.com.br/noticias/geral,copyright-a-batalha,10000044376 Acesso em 22/08/2016

DICKINSON, Maggie. Due Diligence, Futile Effort: Copyright and the Digitization of the Thomas E. Watson Papers . The American Archivist , Vol . 73 (Fall / Winter 2010): p. 626 – 636

EUROPEANA COLLECTIONS. http://www.europeana.eu/portal/pt Consulta em 24/08/2016

HANSEN, David. 2016. Digitizing Orphan Works: Legal Strategies to Reduce Risks for Open Access to Copyrighted Orphan Works. Kyle K. Courtney and Peter Suber, eds., Harvard Library. Fonte: http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:27840430 acesso em 12/08/2016

HATI TRUST DIGITAL LIBRARY. https://www.hathitrust.org/about Acesso em 18/07/2016

NOGUEIRA, Renata. Conheça a biblioteca mais antiga de SP, lar de monges e fechada ao público. Fonte: http://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2016/08/02/uol-conhece-a-biblioteca-mais-antiga-de-sao-paulo-que-e-fechada-ao-publico.htm acesso em 02/08/2016

STRATTON, Barbara. Seeking New Landscapes: A rights clearance study in the context of mass digitisation of 140 books published between 1870 and 2010. The BritishLibrary Board 2011. Fonte: https://www.arrow-net.eu/sites/default/files/Seeking%20New%20Landscapes.pdf

SAMUELSON, Pamela. Mass Digitization as Fair Use, 57 Comm. ACM20 (2014), Available at: http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2349

STOCHERO, Tathiane; REIS, Vivian. Incêndio na Cinemateca destruiu cerca de 500 obras, diz coordenadora. Fonte: http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/incendio-na-cinemateca-destruiu-cerca-de-500-obras-diz-coordenadora.html Acesso em 25/08/2016

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. Authors Guild v. Google, Inc. 13-4829-cv . Acesso em 17/08/2015. Disponível em http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/f502c653-3c33-4676-93b0-3460ed08519c/2/doc/13-4829_opn.pdf#xml=http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/f502c653-3c33-4676-93b0-3460ed08519c/2/hilite/

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. Orphan Works and Mass Digitization. a report of the register of copyrights. June 2015. FONTE: http://www.copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf Acesso em 17/08/2016

UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. UC Libraries expand access to orphan works. Fonte: http://www.cdlib.org/cdlinfo/2011/08/24/uc-libraries-expand-access-to-orphan-works/ acesso em 17/07/2016

_____. Statement of The Council of University Librarians University of California Libraries Concerning Orphan Works Notice of Inquiry, Copyright Office, Library of Congress February 2013 Fonte: http://www.library.ucla.edu/sites/default/files/University-of-California-libraries-response_Orphan-Works-NOI_020413.pdf Acesso em 22/08/2016

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Portaria 5213/2005, que Regula a extração de cópias reprográficas de livros, revistas científicas ou periódicos no âmbito da Universidade de São Paulo. http://www.leginf.usp.br/?resolucao=resolucao-no-5213-de-02-de-junho-de-2005 acesso em 22/07/2016

O COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS PELA *INTERNET* COMO FORMA DE CONCRETIZAR A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Autores: Jéffson Menezes de Sousa; Fernanda O. Santos; Paulo. R. Vitória
Instituições: Universidade Tiradentes (UNIT) e Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha).

Resumo: O presente artigo busca analisar a historicidade da ideia de proteção aos direitos de propriedade intelectual, especificamente com relação aos direitos autorais, bem como entender a construção histórica da ideia, largamente difundida nos dias atuais, de que a propriedade deve cumprir uma função social, ou seja, deve satisfazer aos interesses da coletividade para que seja legítima. Busca propor uma discussão com relação ao fenômeno do compartilhamento de arquivos tornado possível com o advento da *internet*, partindo da hipótese de que ele possibilita que os direitos autorais cumpram a sua função social, através de um acesso mais igualitário e não hierarquizado aos bens culturais, necessários para uma vida digna.

Palavras-chave: Direitos autorais. Função social. Compartilhamento de arquivos.

1. INTRODUÇÃO

A discussão em torno da proteção jurídica aos direitos autorais vem ganhando destaque no meio acadêmico, principalmente em função dos novos paradigmas impostos pela *internet*. A crescente descentralização da produção cultural, aliada à rapidez na transmissão e difusão de dados, possibilitou o advento de um novo e complexo cenário, sendo mais do que necessário que se fomente o debate acerca da legitimidade socioeconômica do atual modelo legislativo, que ainda trata da questão dentro de uma perspectiva cada vez mais, diga-se de passagem, individualista e centralizadora.

Não se pode ignorar os avanços trazidos com a *internet* e as novas tecnologias, a exemplo do mp3, que surgiu na segunda metade da década de 1990, representando uma verdadeira democratização ao acesso de maneira fácil e rápida a milhares de faixas na web, desprendendo o indivíduo do rádio-CD. Isso demonstra a ultrapassagem de barreiras físicas e econômicas que muitas das vezes separavam o público dos artistas.

O presente artigo se propõe a analisar a questão, partindo de uma breve análise histórica da gênese da proteção da propriedade autoral, no contexto da consolidação dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão (BONAVIDES, 2004). Num segundo momento, o texto propõe uma discussão também histórica acerca do conteúdo do princípio da função social da propriedade, para depois relacioná-lo aos direitos de propriedade imaterial a partir de alguns exemplos que retratam a difusão e democratização do conhecimento através do compartilhamento de arquivos pela *internet*.

Embora o trabalho tenha como objeto o estudo dos direitos autorais e sua funcionalização social através do compartilhamento de arquivos, serão utilizados os termos genéricos "propriedade intelectual" ou "imaterial", de maneira mais abrangente, sempre ao se referir a algo também aplicável aos demais casos de propriedade intelectual. Assim, por exemplo, quando se fala em "função social da propriedade intelectual", o conceito não se restringe apenas à espécie "direitos do autor", mas à todo o conjunto de direitos patrimoniais imateriais.

2. DO ATRAVESSADOR AO AUTOR: O PARADIGMA É SEMPRE PATRIMONIALISTA

A proteção jurídica à propriedade imaterial, mais especificamente aos direitos autorais, é historicamente recente. Foi somente no fim da Idade Média que a questão começou a requerer uma maior atenção. A partir da Renascença, com a invenção da prensa de Gutenberg, a disseminação de ideias em larga escala tornou-se possível. Com a facilidade na reprodução de livros, o conhecimento, que até então era restrito a pequenos grupos do clero e da nobreza, passou a ser acessível a um número crescente de indivíduos (COSTA NETO, 1998, p.32), o que representava uma ameaça aos detentores do poder no Antigo Regime. A reprodução "irregular" ou não autorizada de conteúdos também tornava-se realidade nesse novo contexto.

Com a criação dessa máquina surgiram os chamados "livreiros" ou "editores", que eram pessoas dispostas a investir na impressão e no comércio de livros. Obviamente, tais comerciantes visavam à obtenção de lucros e, portanto, passaram a exigir garantias de que não teriam prejuízo devido à ação daqueles que eventualmente reproduziriam as mesmas ideias sem remunerar seu criador (TRIDENTE, 2009, p.4-5).

Nesse momento histórico, o foco principal das garantias a propriedade intelectual não era a proteção do autor, sua ligação moral com a obra, o estímulo à criação, ou ainda, garantir o sustento do criador. A ideia era assegurar aos editores que não haveria prejuízo. Ou seja, o objetivo central das primeiras leis de proteção aos direitos do autor era assegurar o retorno dos investimentos feitos pelos livreiros, mediante concessão de monopólio temporário na exploração da obra.

Na Inglaterra, porém, a outorga desses privilégios teve um duplo viés. Ao mesmo tempo em que as leis de proteção à propriedade intelectual buscavam preservar a garantia econômica dos editores na exclusividade de reprodução, elas serviam como forma de a coroa inglesa impor censura às ideias de seus opositores. Desta forma, em troca dos privilégios econômicos, os editores asseguravam ao rei a não disseminação de ideias políticas contrárias aos seus interesses (SANTOS, 2009, p.31).

Note-se que é apenas com Revolução Francesa que se concretiza a atual visão predominante acerca da proteção aos direitos do autor, estes figurando como extensão de sua personalidade. Assim, a atenção era deslocada do editor ou livreiro para aquele que usou seu intelecto e criou a obra. Nesse sentido, a propriedade intelectual passou a ser definida como o direito real conferido ao autor ou quem tenha direito sobre a obra de explorá-la de forma monopolística, por lapso temporal determinado em lei, diferenciando-se do direito de propriedade *lato sensu*, em função de seu caráter imaterial.

Mesmo com o discurso voltado para a proteção do autor, e não mais do intermediário, o viés econômico permanece como principal estímulo do processo criativo. A doutrina liberal aponta o ideal de progresso como grande motivador "social" para concessão do monopólio na exploração da obra pelo autor. A garantia desse direito seria uma forma de estimular o criador a produzir. Assim, através da competição pelos lucros decorrentes das inovações, os indivíduos produziriam mais e a coletividade resultaria beneficiada. Nesse sentido Alessandra Tridente (2009, p. 16-17) afirma que:

> É a crença compartilhada pela sociedade na importância do progresso contínuo das ciências e das artes que fundamenta e justifica, em última análise, a existência dos direitos autorais. [...]
>
> Tanto no copyright quanto no droit d'auteur, portanto, a exclusividade econômica na exploração das obras deve conferir um incentivo apto a encorajar a produção de novas obras artísticas e científicas, viabilizando, assim, o ideal de progresso contínuo e evitando seu indesejável estancamento.

Como se pode facilmente notar, a concepção dominante parte da premissa de que somente o estímulo econômico é capaz de encorajar a produção intelectual. Surgem, então, alguns questionamentos inevitáveis, os quais serão explorados (embora não necessariamente respondidos) pelo presente trabalho: há outras formas alternativas de se estimular a produção intelectual, dentro de um viés não patrimonialista? Todos os seres humanos são efetivamente beneficiados pela produção intelectual motivada pela competição e pelo lucro? A atual concepção de proteção aos direitos do autor é compatível com o princípio da função social

da propriedade? E com o atual contexto proporcionado pelas novas tecnologias? Quais seriam os possíveis caminhos a serem trilhados na procura por uma ordem jurídica mais democrática?

3. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E INDIVIDUALISMO

No momento em que a burguesia se insurge contra o absolutismo na França, proclama-se solenemente o começo de uma nova era: o ser humano passa a figurar como portador de direitos independentemente da sociedade. A Revolução rompe radicalmente a ordem do Antigo Regime, estabelecendo uma nova relação entre homem e sociedade. Assim, juntamente ao Estado liberal, nasce o paradigma individualista[1].

No terreno do Estado liberal, facilmente florescem e se enraízam as aspirações e os valores burgueses. Reduz-se ao mínimo o papel do Estado, convergindo todos os esforços no sentido de assegurar-se a autonomia privada. A Revolução burguesa transformara tudo em potencial mercadoria. Nesse novo direito, o ser humano se faz sujeito através do patrimônio (material ou imaterial), este, por sua vez, alheio dos interesses comuns da sociedade (TRINDADE, 2011).

O novo paradigma, trazido pela Revolução Francesa, intensificou as desigualdades existentes na Europa. Camuflada (e legitimada) pelo princípio da igualdade formal, a miséria dos "não sujeitos" contrastava com a prosperidade dos donos do direito. A autonomia privada atuava como um rolo compressor, devastando vidas completamente indefesas, pois não havia mais Estado nem sociedade: apenas indivíduos em uma guerra eterna de todos contra todos. Estavam, assim, concretizados os direitos individuais, excludentes por natureza.

A contingência se fez necessidade e os proletários miseráveis se levantaram, em busca de um novo direito, de uma nova estrutura de poder que pudesse, senão acabar com a exploração, ao menos limitá-la, através de garantias sociais. Os trabalhadores queriam, entre outras coisas,

1 Segundo Norberto Bobbio (1992, p. 119), "a concepção individualista da sociedade e da história afirma que primeiro vem o indivíduo, não o indivíduo para a sociedade." Ou seja, o interesse individual antecede completamente o social.

limitar o direito (e o poder) de propriedade, bastião do individualismo burguês. Surge, novamente[2], a ameaça vermelha!

Acuada e dependente – em grande medida – da força dos "excluídos", a burguesia *entrega os anéis para manter intactos os dedos*. Consolidam-se algumas garantias sociais, mas a lógica da estrutura segue a mesma. O "Estado liberal positivista" ganha *status* social. Renasce o Estado, desta vez como garantidor de um mínimo vital, de uma dignidade cuja beleza se perde fora das declarações escritas. Na prática, domestica-se o proletariado e mantêm-se intactos os direitos individuais. A propriedade segue nas mesmas mãos, regida pelos mesmos códigos e interpretada pelos mesmos juízes.

O Estado social encontra limites ao seu papel interventor nas mesmas cercas intransponíveis construídas pelo Estado liberal. Dirigido pelos mesmos interesses, o intervencionismo estatal se vê impotente diante da realidade arquitetada pela burguesia. Deste modo, os direitos sociais já nascem aleijados, predestinados a uma eficácia contida, muitas vezes em que o Estado sequer responsabiliza-se pela sua concretização mínima, isto porque para ele somente seria justificável se representasse um bom negócio, pois na nossa conjuntura social vivemos em uma sociedade dominada pela lógica da propriedade privada, nesse sentido preleciona Helio Gallardo:

> [...] mientras que los [derechos] económicos, sociales y culturales son caracterizados como "progresivos", es decir que los Estados nacionales y la 'comunidad' internacional deberán responsabilizarse por ellos solo si se "posee recursos". ¿Cuándo existirán estos recursos *sociales* em economías/sociedades dominadas por la propriedad y apropriación privadas? Obviamente, o nunca, o solo si esas inversiones constituyen un "buen negocio" o, en ausencia de alternativa, si invertir en condiciones sociales logra paliar la catástrofe de los mismos buenos negocios (GALLARDO, 2008, p. 18).

A função social da propriedade, portanto, nasce no mundo ocidental como um mero acessório do direito de propriedade, este

2 "Novamente", porque mesmo na época da Revolução Francesa havia uma disputa entre duas visões de mundo. Defendendo a igualdade material, estavam os jacobinos e *sans* culote, por exemplo, os quais foram massacrados pelas forças termidorianas e, posteriormente, pela ditadura liberal de Napoleão Bonaparte. Vide, por exemplo, o *Manifesto dos Iguais*, de Babeuf (*apud* TRINDADE, 2011, p. 74).

revigorado pela nova roupagem democrática. O paradigma individualista segue hegemônico.

De qualquer sorte, já não se pode falar em um direito de propriedade absoluto e ilimitado. Mesmo que de forma tímida, a positivação do princípio da função social da propriedade permite que se lute institucionalmente por um novo direito de propriedade, que não confunda individualidade com individualismo, e que realmente limite o poder do indivíduo aos interesses da coletividade. Não há como negar que a tendência, ao menos teórica, é a gradativa publicização do direito privado.

3.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Essa tendência atinge também a propriedade intelectual, que deve atender ao princípio constitucional da função social. A diferença com relação ao direito de propriedade de bens materiais reside na ausência de regulamentação da aplicação do princípio no caso da propriedade imaterial. Como funcionalizar a propriedade intelectual?

> Ao contrário do que é feito em relação à propriedade urbana e à propriedade rural, a Constituição não dá nenhum indicador expresso de como se determinar a função social da propriedade intelectual[3]. Talvez seja este um dos motivos em razão dos quais a ideia de que exista uma função social da propriedade intelectual por vezes passe em branco, ou até seja negada. Ou, ainda, que em razão das referências feitas pelos dispositivos concernentes à função social da propriedade urbana e rural à mediação legislativa, assuma-se que o sistema infraconstitucional de limitações aos direitos autorais seja suficiente para o cumprimento da função social da propriedade intelectual e, assim, sequer se costume empreender um esforço de análise do contexto dos textos de normas referentes aos direitos autorais (MIZUKAMI, 2007, p.427).

Desta maneira o foco da proteção da propriedade imaterial repousa no amparo aos interesses particulares. Desde o nascimento desse

3 Cabe registrar que o simples fato de haver uma previsão constitucional sobre como deve ser efetivado o princípio da função social da propriedade urbana ou rural, não assegura que esta seja suficiente ou satisfatória. Na prática, como se falou anteriormente, a função social não chega a ser uma verdadeira afronta ao direito de propriedade urbana ou rural.

ramo jurídico, há cerca de trezentos anos, as forças econômicas agem pressionando por normas cada vez mais voltadas a garantia do monopólio dos grupos dominantes. A consequência dessa ação é danosa à coletividade, verdadeira destinatária dos bens imateriais. Ocorre uma inversão do objetivo central da lei, visto que a proteção é justificada na ideia de enriquecimento cultural da sociedade. Como afirmado anteriormente, o debate permanece direcionado às questões materiais, transformando a obra da criatividade humana em simples mercadoria. A ideia da função social carece de estar conectada à busca pelo equilíbrio entre os interesses públicos e privados.

> Os direitos autorais refletem internamente o choque entre os interesses privados do autor e demais titulares de um lado, e os interesses coletivos e difusos da sociedade em geral, principalmente no que se refere ao acesso ao conhecimento, daí a necessidade de acesso público à produção e obras artísticas, literárias ou científicas.
>
> Este problema é particularmente caro ao estudo e aplicação dos direitos autorais, pois a expansão a nível internacional dos limites da proteção a partir da última década do século passado gerou legislações nacionais de forte conteúdo privatista, em prejuízo dos interesses maiores da sociedade em geral, de acesso ao conhecimento e cultura.(SOUZA, 2006, p.2343)

Nesse sentido, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (1999) ao tratar do direito de informação e liberdade de expressão destaca o princípio do interesse público, estabelecendo que a informação sempre existiu para atender a um interesse, e esse é o interesse público, é o seu norte, o seu rumo. Discorre ainda sobre o objetivo da informação que para ele "será sempre o de atender uma necessidade humana que é de todos: o compartilhamento de conhecimentos para igualizar os homens, com o fim de melhorá-los e, com isso, alavancar o progresso social" (CARVALHO, 1999, p. 158). Assim, insere-se nessa regra a função social do compartilhamento de bens culturais e imateriais, que tem como fundamento também o progresso social e busca a difusão do amplo acesso a toda coletividade.

Uma das alternativas legais apresentadas na atualidade para "socializar" o acesso aos bens patrimoniais autorais é a entrada de uma

obra no "domínio público" após o lapso temporal estabelecido para o monopólio, hoje fixado em setenta anos (contados a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor). Apesar de o instituto ter claramente potencial para democratizar o acesso aos bens imateriais, não satisfaz o comando da função social, pois o sucessivo alargamento do prazo de monopólio esvaziou a ideia. Atualmente o "domínio público" serve apenas para legitimar o discurso dos defensores do *status quo.*

Da mesma forma que, para a concepção dominante, um latifúndio cumpre a sua função social apenas pelo fato de ser produtivo (não importando seu tamanho, nem a destinação da produção, nem mesmo o tipo de agricultura desenvolvida, desde que lícita), as obras autorais cumprem a sua função social apenas pelo fato de que cairão em "domínio público" setenta anos depois da morte do seu autor.

É mais do que necessário que se questione tais premissas. Afinal, numa sociedade como a brasileira, com milhões de pessoas sem terra, é justo que uma pessoa (apenas uma!) seja proprietária de uma fazenda equivalente ao dobro da cidade do Rio de Janeiro (215 mil hectares)[4]? Será que é justo que apenas os herdeiros do autor de uma obra sejam capazes de colher os frutos de uma criação cultural durante setenta anos? O que vale moralmente mais: o direito individual do latifundiário, ou o direito à moradia, inerente ao princípio constitucional da dignidade humana? O direito individual ao monopólio na exploração da obra ou o direito coletivo ao acesso à cultura, claramente derivado da dignidade humana? Para Sérgio Branco (2007), impedir o acesso à produção cultural tem como consequência direta o desrespeito ao fundamento da dignidade da pessoa humana, pois é impossível entender como digna uma vida desprovida de cultura.

Conclui-se que a função social trilha seu caminho na efetivação do direito à cultura, com ênfase no acesso a esses bens. Impossível, nos dias

4 O exemplo é meramente ilustrativo, mas real. Este é o tamanho da Fazenda Piratininga, localizada no norte do Estado de Goiás, pertencente ao empresário Wagner Canhedo. A fazenda conta, entre outras coisas, com uma malha interna de 3.600 km de estradas (equivalente à distância, em linha reta, entre Porto Alegre e Maceió). Maiores detalhes em: <http://veja.abril.com.br/020800/p_122.html>.

atuais, conceber uma tutela autoral descompromissada com a evolução social. Muitas vezes, o discurso de proteção ao autor é usado por grandes empresas no intuito de legitimar práticas que impedem a democratização dos bens imateriais.

4. O COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS PELA *INTERNET* COMO FORMA DE DAR FUNÇÃO SOCIAL À PROPRIEDADE INTELECTUAL

A discussão sobre a função social dos direitos autorais ganhou novo fôlego com a popularização crescente do acesso ao mundo digital. A *internet* proporciona aos seus usuários acesso a grande arcabouço cultural, além de tornar possível aos artistas independentes a divulgação dos seus trabalhos. Entretanto, causa a ira dos setores criativos conservadores que a enxergam como uma ameaça ao monopólio legal e tentam a todo custo impor restrições ao seu conteúdo.

O advento da rede mundial de computadores trouxe consigo o agravamento da tensão existente entre os anseios públicos e privados. As indústrias fonográfica e cinematográfica declararam "guerra" à *internet*, inclusive com a colaboração de alguns artistas (LESSIG, p.17). Os empresários do entretenimento têm pressionado os governos pela edição de leis mais restritivas, além de movimentar o judiciário, buscando fechar os sites e blogs que hospedam os *links* para *download*. A propaganda também é usada nessa guerra. Dissemina-se o discurso do prejuízo que a pirataria causa a sociedade. Coloca-se no mesmo patamar a reprodução de material protegido com ou sem a finalidade de lucrar, chamando todos de "pirataria".

> [...] En la anécdota de San Agustín, un pirata "bárbaro" subvierte retóricamente el poder imperial de Alejandro, mientras que Brecht evoca la amenaza revolucionaria personificada en una sirvienta, cuya identidad secreta como el Capitán Pirata del Carguero Negro le permite llevar a cabo su venganza final contra la opresión de clase y de género.
>
> Los piratas que amenazan invertir las relaciones de poder apropiándose de cosas menos tangibles que barcos y cuerpos han llegado a

> ser una creciente preocupación para los administradores de la globalización económica del siglo XXI. Apropiándose, modificando y compartiendo una variedad de objetos menos tangibles pero igualmente cruciales, los ladrones de propiedad intelectual trafican hoy con imágenes, música y software (PHILLIP, 2008, p.67).

Como em qualquer roteiro clichê cinematográfico, são criados "vilões" e "mocinhos". Nesse contexto, onde os lucros são altos, o indivíduo ao compartilhar arquivos é comparado a um ladrão. Como podem haver criminalizado uma palavra tão bela como o verbo "compartilhar"? Essas propagandas omitem que o conhecimento deve ser acessível à população, e que somente assim é cumprida a função social.

Inicialmente, deve-se esclarecer uma grande peculiaridade da propriedade intelectual. A despeito de receber tratamento análogo ao destinado à propriedade material, o seu uso por uma pessoa não exclui outras pessoas de usarem também, nem diminui o seu valor. A partir desse raciocínio é possível perceber a inaplicabilidade de alguns conceitos ao tema, por exemplo, "roubo" da propriedade intelectual[5].

O uso descentralizado da *internet* possibilitou que um grande número de pessoas pudesse passar a atuar como agentes de compartilhamento cultural. Na ânsia de manter seus lucros intactos, a indústria luta contra potencialidade de democratização que a *internet* representa. Os avanços tecnológicos são vistos como ameaças, que devem ser combatidas, não como oportunidades para repensar a questão da proteção autoral, bem como a sua eficácia.

A revolução no acesso à cultura causada pela *internet* é semelhante, guardadas as devidas proporções, à invenção da prensa de Gutenberg. Antes da criação da máquina de impressão, o acesso aos livros era restrito à nobreza e ao clero. Da mesma forma, a produção cultural antes da *internet* não alcançava grande parte da população[6].

Com o advento da *internet*, as formas de uso, criação e acesso foram sensivelmente modificadas. A facilidade com que as pessoas têm acesso a

5 Por isso, foi tipificado de forma específica no Título III, art. 184 do Código Penal uma infração para tratar dos casos de violação aos direitos autorais.

6 Importante ressaltar a questão da exclusão digital que, infelizmente, ainda assola o nosso país. Milhões de pessoas estão excluídas dos avanços das novas tecnologias, essa situação não é surpreendente para um país com a renda tão má distribuída como o Brasil.

determinados bens era inimaginável há duas décadas. Não só a facilidade, mas também a diversidade de material produzido e difundido.

> Podemos dizer que, na sociedade da informação, a cultura digital propiciada pela internet guarda certa afinidade com a cultural oral primária (que é anterior ao aparecimento da escrita), principalmente, no que diz respeito à coletivização do saber. Porém, enquanto na cultura oral primária prezava-se a manutenção do saber para que ele pudesse ser difundido às outras pessoas da tribo, a cultura digital tem como base a tecnologia digital, que confere maior liberdade à criatividade humana e maior originalidade ao processo de criação intelectual (CARBONI, 2009, p.12).

Antes as editoras e gravadoras determinavam o que seria consumido pelo público brasileiro. As mídias clássicas, televisão e rádio, tinham seus espaços monopolizados por aqueles contratados pelas grandes empresas. O cenário independente tinha seu acesso restrito à pequena parcela da população, ocupando posição marginalizada na cultura nacional.

Em contraposição aos argumentos apocalípticos[7], a cultura vivencia momento de efervescência. O cenário musical alternativo tem conquistado um público fiel na *internet*[8], igualmente novos escritores têm conseguido propagar sua arte em blogs e afins. A segregação causada pelo império da indústria cultural perdeu força, em razão da existência da *internet* como mecanismo democratizador, tanto para o artista quanto para o público.

Além disso, o ambiente digital garante uma maior liberdade criativa ao autor da obra. Sem as pressões da indústria cultural e as exigências do mercado, o criador fica livre expressar suas ideias. Pode-se,

7 Ana Holanda, antiga ministra da cultura, afirmou que a "pirataria" da *internet* vai acabar com a cultura do Brasil. (DIAS, Tatiana de Mello. Pirataria pode 'matar a cultura',diz minc. **Link**, São Paulo, 21 mar. 2012. Disponível em: <http://blogs.estadao.com.br/link/pirataria-pode-matar-a-cultura-brasileira-diz-minc>).

8 Vários artistas aderiram à ideia de disponibilizar seus conteúdos gratuitamente na *internet*, por exemplo, Mundo Livre S/A, Karina Buhr, Mombojó. A banda Teatro Mágico fez sucesso com o discurso "pirateiem nosso trabalho". O famoso escritor Paulo Coelho também apoia a livre circulação de ideias.

observar casos pontuais, onde artistas lançados na *internet* conseguem espaço nas mídias tradicionais[9].

Outro ponto positivo é a facilidade de acesso aos bens retirados do mercado por não trazerem mais lucros. No contexto cultural controlado pelas grandes empresas, comprometidas somente com a garantia dos seus lucros, a preservação das nossas raízes culturais passa longe de ser uma prioridade.

Todos os dias são lançados hits que viram moda, logo, o capital direciona seus investimentos para a nova "sensação da estação". As portas são fechadas para aqueles que não se amoldam as tendências de mercado. Por exemplo, samba de coco, maracatu, forro pé de serra, entre outros ritmos que compõe a riqueza da música nacional.

Mudança significativa também ocorreu com relação entre o criador e o seu público. O espaço digital permite ao público sair da passividade de outrora. Afinal, a simplicidade no manejo dos programas de computador permite aos usuários que possam manifestar-se artisticamente, por exemplo, remixando músicas e editando vídeos. Criando a partir do que já foi criado, viés antropofágico da cultura digital. (KLANG, 2010, p.82)

Os benefícios não ficam restritos ao público e aos artistas do cenário alternativo, artistas consagrados pelo grande público tem utilizado a *internet* como meio de divulgação dos seus trabalhos, disponibilizando algumas músicas inéditas para download, até mesmo o disco completo para ser compartilhado ou ouvido em determinado *site*. Na grande rede, por vezes, são colocadas versões não contidas nos meios de reprodução pagos[10].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A demanda da era digital é superação da noção de direito autoral como algo restrito à órbita privada, buscando compatibilizá-lo com as necessidades sociais. O compartilhamento de arquivos é uma realidade.

9 Com o advento de novos formatos de difusão da música a partir da *internet*, a exemplo, com o mp3, inúmeros artistas amadores conseguiram de forma independente apresentar ao mundo o seu trabalho, com a hospedagem gratuita de músicas em plataformas como *Bandcamp* e *Soundcloud.*

10 Recentemente podemos citar os serviços de streaming como *Spotify, Deezer, Tidal* e *iTunes* como novos personagens legalizados na indústria da música em ambientes digitais.

O direito não pode permanecer omisso diante das inovações tecnológicas ou agir somente de forma reacionária tentando frear a evolução.

Assim, a superação do entendimento que a função social estaria satisfeita com a existência do rol taxativo de limitações da LDA (lei de direitos autorais) é necessária ao alcance de uma ordem jurídica voltada para a coletividade. O compartilhamento de arquivos não pode receber o estigma da ilegalidade, sem que antes seja feita uma reflexão profunda dos prós e contras.

Enquanto os poderes públicos não se manifestam sobre o tema apresentando uma possível solução para o impasse, surgem grupos que levantam a bandeira do acesso aos bens, sem olvidar do atendimento aos desejos do autor.

Exemplo ilustrativo é o *creative commons* criado como alternativa ao modelo de licenças vigente, buscando proporcionar maior autonomia ao criador, para permitir ou não certos usos da sua obra.

A licença *creative commons* não concorre com o direito autoral. A base dela é o empoderamento do criador para definir quais usos serão permitidos à sua obra. Logo, percebe-se a utilização do conceito de autoria da legislação vigente, porém com a flexibilização dos seus reflexos.

Também nessa busca por alternativas ao modelo vigente surge o *software livre* com base na colaboração, pois a construção do *software* é feita por pessoas de todo mundo, sem o recebimento de remuneração. Desconstruindo assim, a noção de que a única maneira de promover o desenvolvimento é com a concessão de monopólios de exploração (LIMA; SANTINI, 2008, p.126). Sérgio Amadeo *apud* Pedro Paranaguá pondera:

> O movimento software livre é a maior expressão da imaginação dissidente de uma sociedade eu busca mais do que a sua mercantilização. Trata-se de um movimento baseado no princípio do compartilhamento do conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva conectada na rede mundial de computadores (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, p.111).

Esses movimentos tentam flexibilizar o direito autoral, adequando-o as necessidades da era digital. O ponto peculiar dessas formas de enxergar

a tutela autoral é a origem popular, isto é, não são imposições estatais, mas resultam da criação de caminhos para modernização do direito de autor. Como se pode notar, exemplos de luta contra o monopólio da produção cultural não faltam.

A *internet* tornou-se um imenso campo de batalha na atualidade, pois representa uma grande possibilidade de democratização da produção cultural, além de quebrar o monopólio dos grandes grupos midiáticos. É evidente que as poderosas corporações que comercializam a informação, o esquecimento e a cultura "enlatada", estão tratando de buscar meios de "ocupar" todas as brechas abertas pela *internet*, seja com a pressão por leis mais restritivas, seja pela apropriação do espaço virtual através da criação dos mega-portais de notícias, entretenimento e variedades.

É mais do que necessário que se busque alternativas à ditadura do *Copyright*. A produção cultural deve atender prioritariamente às demandas sociais e a atual estrutura legislativa atende apenas aos interesses das grandes corporações da indústria cultural. O debate acerca da função social da propriedade intelectual, apesar de incipiente, parece extremamente importante para que se construa uma sociedade verdadeiramente democrática.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marco Antônio Sousa. "Genealogia e crítica do direito autoral: colocando em questão o autor e asformas de fomento e proteção das criações intelectuais". In: **XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, Brasília, 2008. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.p.6452 - 6468. Disponível em: <http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/472937/Genealogia_e_critica_do_direito_autoral_colocando_em_questao_o_autor_e_as_formas_de_fomento _e_protecao_das_criacoes_intelectuais.> Acesso em: 28 set. 2016.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007.

_____, A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. **Sur, Rev. int. direitos humanos**, São Paulo, v. 4, n. 6, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 set. 2016.

CARVALHO, Francisco José. **Função social da propriedade**. São Paulo/SP, 2007. 315fls. Dissertação (mestrado em Função Social do Direito). Faculdade Autônoma de Direito-FADISP.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARBONI, Guilherme C. **Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor**, 2009. Disponível em:<https://www.academia.edu/20086246/Aspectos_Gerais_da_Teoria_da_Fun%C3%A7%C3%A3o_Social_do_Direito_de_Autor>. Acesso em: 28 set. 2016.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil.** São Paulo: Editora FTD, 1998.

DIAS, Tatiana de Mello. Pirataria pode 'matar a cultura', diz minc. **Link**, São Paulo, 21 mar. 2012. Disponível em: <http://blogs.estadao.com.br/link/pirataria-pode-matar-a-cultura-brasileira-diz-minc/>. Acesso em: 28 set. 2016.

FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. **A propriedade relativizada por sua função social**. Disponível em: <http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/propriedade_funcao_social_luiz_fornerolli.pdf.> Acesso em: 28 set. 2016.

GALLARDO, Helio. **Teoría crítica**: matriz y posibilidad de Derechos Humanos. [S.L.]: Gráficas F. Gómez, 2008.

KLANG, Helena. "Políticas culturais na era digital ou a Revolução Caraíba contemporânea".In: **Contemporânea**.ed.15. vol.8.n.2.2010.p.82-94. Rio de Janeiro. Disponível em: < http://www.contemporanea.uerj.br/pdf/ed_15/contemporanea_n15_07_Klang.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

LESSIG, Lawence. **Cultura livre**. Disponível em:<http://www.culturalivre.org.br/wp/pt/tag/creative-commons/>. Acesso em: 15 nov.2015.

LEMOS, Ronaldo. Creative commons, mídia e propriedade intelectual. In:CRIBARI, Isabela (Org.). **Propriedade cultural e propriedade intelectual**. Recife: Editora Massangana, 2006. p.132-140.

LIMA, Clóvis Montenegro de; SANTINI, Rose Marie. Copyleft e licenças criativas de uso de informação na sociedade da informação. **Ci. Inf.**, Brasília, v. 37, n. 1, Apr. 2008. p. 121-128. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010019652008000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 set. 2016.

MANSO, Eduardo J. Vieira. **O que é direito autoral**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

MARQUES, Ricardo Luiz Pereira. "Os direitos autorais e os chamados 'resumos críticos' de obras". In: **XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, Manaus, 2006. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Manaus: Fundação Boiteux, 2006. p.2553-2564.Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/ricardo_luiz_pereira_marques.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função social da propriedade intelectual:** compartilhamento de arquivos e direitos autorais na Constituição Federal/88. São Paulo/SP, 2007 537fls. Dissertação (mestrado em Direito do Estado).Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP.

MORAES, Rodrigo. **A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias**. Brasil, 2004. 115fls. (Concurso Nacional de Monografia sobre direitos autorais). Ministério da Cultura.

NIGRI, Deborah Fisch. **Cadernos de Direito da Internet**: direito autoral e a convergência de mídias. v. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio Janeiro: FGV, 2009.

PHILLIP, Kavita Nómadas ¿Qué es la autoría tecnológica? La piratería y la propiedad intelectual.Traduzido por: Ana Rita Romero. **Universidad Central Bogotà**, Colombia. Nómadas (Col), núm. 28, abril, 2008, pp. 66-81. Disponível em: < http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=105116292007>. Acesso em: 28 set. 2016.

PIRES, Eduardo; TOLOTTI, Stella Monson. " A função social do direito de autor e a cópia privada". In: **XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, Manaus, 2006. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Manaus: Fundação Boiteux, 2006. p.4315 4329. Disponível em:<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/eduardo_pires.pdf>.Acesso em: 28 set. 2016.

PRONER,Carol. **Propriedade intelectual**: para uma outra ordem jurídica possível. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital**: impactos, controvérsias e possíveis soluções. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Allan Rocha de; Souza, João Paulo de Aguiar Sampaio. "Os direitos autorais, a cópia integral privada e a interpretação dos limites da proteção jurídica no Brasil". In: XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Manaus, 2006. **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Manaus: Fundação Boiteux, 2006. p. 2333-2347. Disponível em:<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/allan_rocha_de_souza.pdf >. Acesso em: 28 set. 2016.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O domínio público e a função social do direito autoral. **Liinc Revista**, vol. 7, n. 2, 2011, Rio de Janeiro, p. 664-680. Disponível em: < http://revista.ibict.br/liinc/index.php/liinc/article/viewFile/428/311 >. Acesso em: 28 set. 2016.

SEGUNDO, Jeorge. Tropa de elite perde ou ganha pra pirataria?. **OVERMUNDO**. João Pessoa, 10 out. 2007. Disponível em: <http://www.overmundo.com.br/overblog/tropa-de-elite-perde-ou-ganha-pra-pirataria>. Acesso em: 28 set. 2016.

TRIDENTE, Alessandra. **Direito autoral**: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2011.

CONTROVÉRSIAS PRESENTES NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE REA NO BRASIL

Autora: Renata Rita Rangel[1]
Instituição: Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ/ ITR)

Resumo: O Movimento do Acesso Aberto contribuiu com uma visão muito mais democrática do acesso ao conhecimento. Esta iniciativa vem rompendo barreiras antes tidas como intransponíveis e é neste cenário que surgem os REA, instrumentos que permitem o acesso a materiais didáticos voltados à educação, que podem ser acessados no ambiente virtual e com licenças livres. Este trabalho tem como objetivo analisar quais são os entraves que prejudicam a inserção e a eficácia das políticas públicas de REA no país. Tal análise foi feita a partir do estudo de dois projetos de lei estaduais: um do Distrito Federal e um do estado de São Paulo. A metodologia empregada foi a pesquisa documental e a análise comparativa. Como resultado parcial, entendemos que ainda há muito desconhecimento acerca do que é REA e este é um dos principais obstáculos para sua aplicação como política pública. Concluímos que os propósitos dos Recursos Educacionais Abertos devem ser mais divulgados no âmbito governamental, primordialmente aos gestores e à equipe executiva das instituições públicas. Dessa forma, compreendemos que parte da resistência do poder público em promover política pública de REA advém da justificativa de realização de ações educativas na internet, por meio de portais, bibliotecas digitais e repositórios institucionais. No entanto, é imprescindível destacarmos que nem todos os recursos educacionais disponíveis gratuitamente na rede são REA e que toda sociedade seria beneficiada com ações concretas, uma vez que elas implicam em redução dos custos orçamentários do governo e no acesso democrático ao conhecimento.

Palavras-chave: REA, Direitos Autorais, Políticas Públicas.

1 Acadêmica de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ-ITR). Pesquisadora de Direitos Autorais do NEDAC sob orientação do Profº Dr. Allan Rocha de Souza, Professora Especialista em Ensino-Aprendizagem da Língua Portuguesa – Universidade Federal do Pará (UFPA), Licenciada em Letras – Universidade Anhanguera. E-mail: renata.letras@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, o acesso ao conhecimento evidencia um momento histórico importantíssimo que vem se desenvolvendo desde o final do século XX: a ascensão e a disseminação das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC). Desenvolvimento, tecnologia, inovação e acessibilidade são algumas das características que permeiam, até mesmo, novos modelos didáticos de ensino-aprendizagem no Brasil e no mundo.

É evidente que a comunidade global é constituída por nações heterogêneas que detêm necessidades e interesses diversos em relação ao seu próprio desenvolvimento. Independente de vivenciarmos a efervescência de novos mecanismos de tecnologia – que contribuem enormemente com a promoção do acesso ao conhecimento –, muitos são os entraves que permeiam tal demanda. Dessa forma, é imprescindível que a comunidade acadêmica científica, em conjunto com demais atores sociais, como por exemplo: instituições públicas e sociedade civil proponham ações que esclareçam e maximizem os resultados que podem ser adquiridos a partir de práticas educacionais no âmbito tecnológico.

Em 2002, a Iniciativa de Acesso Aberto de Budapeste *(BOAI-Budapest Open Access Initiative*) enfrentou a necessidade de se estabelecer mudanças diante do conteúdo científico produzido, como a sua concepção e o seu acesso. Assim, registrou o apelo e a importância do empenho mundial para a consolidação deste momento histórico no campo científico-educacional:

> A nova tecnologia é a internet. O avanço histórico que eles possibilitam é a distribuição da literatura acadêmica arbitrada por toda a extensão do globo e o acesso totalmente irrestrito e gratuito por parte de qualquer cientista, acadêmico, professor, estudante ou outro interessado. Desfazer as barreiras que impedem o acesso a esta literatura irá acelerar a pesquisa, fortalecer a educação e difundir o conhecimento de maneira geral, tirando dela seu máximo proveito e assentando as bases para a união da humanidade em uma ampla e inédita conversação intelectual comum em sua marcha pelo conhecimento.

Além disso, expôs publicamente o termo "*Open Access*", que no Brasil ficou conhecido como Acesso Aberto. Neste sentido, de acordo com a BOAI, ele expressa a seguinte acepção:

> Por "acesso aberto" a esta literatura, nos referimos à sua disponibilidade gratuita na internet, permitindo a qualquer usuário a ler, baixar, copiar, distribuir, imprimir, buscar ou usar desta literatura com qualquer propósito legal, sem nenhuma barreira financeira, legal ou técnica que não o simples acesso à internet. A única limitação quanto à reprodução e distribuição, e o único papel do *copyright* neste domínio sendo o controle por parte dos autores sobre a integridade de seu trabalho e o direito de ser propriamente reconhecido e citado.

O Acesso Aberto, portanto, permite a inclusão de estratégias que potencializam uma nova forma de se pensar, acessar, transformar e produzir o conhecimento científico que ainda é monopolizado pela comunidade acadêmica, pelas grandes editoras e, em grande parte, beneficiando um público seleto e de forma não democrática.

É notório que o Movimento de Acesso Aberto – mesmo constituindo-se uma iniciativa contemporânea – detém o objetivo central de promover atitudes que rompem obstáculos essenciais à sua eficácia, obstáculos que, por intermédio da tecnologia, mostram-se ousados e viáveis.

Ademais, é imperioso observar que o seu escopo estabelece um panorama de sociedade global mais integrada, que garante direitos fundamentais aos indivíduos por meio do conhecimento, o intercâmbio de identidade cultural das etnias, bem como pode estreitar a solidariedade mútua entre diversos povos. Também esclarece que as nações dispõem de autonomia para incorporarem o AA em seu meio social, inclusive transparecendo a possibilidade da recepção de outros recursos que demonstrem a exequibilidade do propósito do Movimento.

A partir dessa concepção e exemplificando a materialização da promoção do AA, a Unesco, em 2002, promoveu o *Forum on the Developing Countries* e implementou o termo *Open Educational Resources* (OER), no Brasil, REA (Recursos Educacionais Abertos), que é definido como:

> (...) os materiais de ensino, aprendizagem e investigação em quaisquer suportes, digitais ou outros, que se situem no domínio público

> ou que tenham sido divulgadas sob licença aberta que permite acesso, uso, adaptação e redistribuição gratuitos, por terceiros mediante nenhuma restrição ou poucas restrições. O licenciamento aberto é construído no âmbito da estrutura existente dos direitos de propriedade intelectual, tais como se encontram definidos por convenções internacionais pertinentes, e respeita a autoria da obra.

Logo, é necessário esclarecer que as características que diferenciam os REA em detrimento de outros recursos educacionais disponíveis gratuitamente são as suas licenças abertas que permitem ao usuário: 1) **reusar** – utilização do material, de forma ilimitada, fazendo a citação do autor, vinculando-o à obra, dessa forma, fica evidente a proteção do direito de autor; 2) **revisar** – possibilidade de modificar ou atualizar o instrumento de acordo com a finalidade; 3) **remixar** – adaptação do REA a um determinado fim didático; 4) **redistribuir** – que tem como objetivo o compartilhamento, a distribuição e disseminação do produto do REA; 5) **reter** – o 5º R do REA proposto por David Wiley e recepcionado pela comunidade REA Brasil permite guardar uma cópia do conteúdo, mesmo que o usuário não esteja mais ligado a uma instituição de ensino.

Em outras palavras, o REA surge como uma ferramenta de democratização do conhecimento que oferece: mais autonomia ao autor, contribui para o desenvolvimento científico global, promove a inclusão social, entre outros pontos importantes destacados pela Declaração REA de Paris, 2012.

Este trabalho, portanto, tem como objetivo analisar quais são os entraves que prejudicam a inserção e a eficácia das políticas públicas de REA no país, visto que muitas são as dificuldades existentes no plano educacional brasileiro no que tange aos aspectos da produção e distribuição de materiais didáticos pela administração pública na Educação Básica e quanto às produções acadêmicas financiadas pelo governo no Ensino Superior. Além disso, verificar como a Lei de Direitos Autorais tem sido aplicada na construção de políticas públicas de REA e os seus efeitos. Logo, acreditamos que com a inserção de políticas públicas de REA no Brasil, os recursos estatais possam ser empregados de forma otimizada, além de oferecer uma educação mais inclusiva a todos os cidadãos brasileiros.

A metodologia empregada consiste, num primeiro momento, na análise histórica que evidenciou o marco histórico do Movimento do Acesso Aberto com a Iniciativa de Budapeste, em 2002. Tal Movimento disseminou no mundo inteiro os ideais do acesso ao conhecimento de forma mais aberta e inclusiva. Os REA pautaram-se nesta iniciativa, assim como em outros Tratados e Convenções que objetivavam os mesmos propósitos.

Em seguida, empregamos a análise documental de dois projetos de lei. Estes projetos foram escolhidos por apresentarem as seguintes características: a) possuírem a redação preponderantemente idêntica; b) ambos serem projetos de lei estaduais; c) um dos projetos recebeu veto parcial do chefe do executivo e, posteriormente, foi aprovado e o outro recebeu veto total do Governador. Tais características, combinadas, contribuíram para a pertinência da escolha. Após a leitura de cada projeto, analisou-se a matéria tratada, os argumentos que justificavam tal propositura, os relatórios das comissões, a justificativa do veto parcial do projeto do DF e a justificativa do veto total do projeto de SP.

2. REA COMO INSTRUMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO E AS INICIATIVAS LEGISLATIVAS BRASILEIRAS

No Brasil, é notória a herança histórica de sucateamento da rede educacional, sendo assim, a Constituição Federal de 1988 consolidou em seu artigo 6º o Direito Fundamental à educação. Além disso, em seu art. 205, destaca que a educação "deve ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Dessa maneira, Gilmar Mendes destaca que a Constituição Federal, no que tange o direito à educação:

> (...) estabeleceu uma série de princípios norteadores da atividade do Estado com vistas a efetivar esse direito, tais como a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, assim como o pluralismo de ideias e de concepção pedagógica e de autonomia universitária. Dispôs, ainda, que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão organizar seus sistemas de ensino em regime de colaboração.

Associada à questão do direito fundamental à educação, faz-se necessário debater a função do governo como ator social que promove o financiamento e a compra de recursos educacionais.

O Plano Nacional do Livro Didático (PNLD), instrumento de política educacional, possui em seu procedimento de elaboração mecanismos que, de certa forma, inviabilizam a aplicação de uma estratégia aberta à inclusão social e digital por meio da educação e que poderiam ser substituídos ou adaptados.

No que se refere ao direito autoral destas obras, a titularidade do conteúdo produzido para os livros que compõem o plano é das editoras que realizam a comercialização dos mesmos. Assim, são as editoras que filtram os conteúdos que estarão presentes nas obras; o controle de qualidade também é realizado por elas. Dessa forma, é evidente que tal postura representa uma responsabilidade bastante expressiva em relação ao conhecimento difundido no país.

Neste sentido, ressaltamos que como o direito autoral, cedido pelos autores às editoras, resguarda a titularidade de utilização da obra, nem o governo, nem os professores e muito menos os alunos possuem autonomia diante do próprio instrumento que dispõem. Não há, portanto, a possibilidade de complementação ou adaptação destes conteúdos à realidade local de cada região do Brasil, uma vez que a concentração mercadológica editorial se faz na região Sudeste.

Por isso, para que essas opções de transformação, adaptação entre outras formas de utilização do livro tivessem mais aberturas, seria viável que o governo detivesse o direito autoral dessas produções, para que pudéssemos falar em recursos educacionais abertos, adaptando-os, reutilizando-os, compartilhando-os e disponibilizando-os por intermédio de mídias virtuais para o maior número de usuários, criando uma rede colaborativa do saber.

Logo, as ações REA no Brasil surgem como um mecanismo de tornar o direito à educação muito mais acessível, uma vez que permitem a utilização de recursos educacionais por meio de licenças abertas e não apenas gratuitas e disponíveis na rede. É dessa forma, portanto, que

licenças *Creative Commons* afastam a visão tradicional das amarras do *Copyright*, ou seja, vivenciamos uma perspectiva tecnológica em que uma grande rede colaborativa é criada, pois tais licenças permitem que o usuário seja, inclusive, produtor de conhecimento.

Carolina Rossini afirma que:

> No Brasil, o debate político sobre REA está estruturado em quatro eixos que, ao mesmo tempo em que espelham as estruturas internas da educação tradicional, estão associadas às novas oportunidades proporcionadas pela mudança em direção às redes digitais e para a disseminação e utilização de recursos educacionais, tais como: • o acesso público a materiais educacionais em geral, bem como uma estratégia de educação aberta para incluir o indivíduo, a família, a comunidade e toda a sociedade no processo de aprendizagem e de produção colaborativa de conhecimento; • o ciclo econômico de produção de materiais educacionais e seu impacto no "direito de aprender dos cidadãos"; • os possíveis benefícios que os REA podem trazer para as estratégias de aprendizagem, para a produção de recursos educacionais mais apropriados à diversidade regional e aos padrões regionais de qualidade; • impacto dos recursos digitais, online e abertos no desenvolvimento profissional continuado dos professores.

Diante de tal panorama, observa-se que as iniciativas REA contribuem enormemente para que o direito à educação seja cada vez mais aprimorado na sociedade brasileira. Logo, algumas iniciativas legislativas podem ser mencionadas:

a) Projeto de Lei Federal nº 1513/2011 que dispõe sobre a política pública de contratação e licenciamento de obras intelectuais subvencionadas pelos entes do Poder Público e pelos entes de Direito Privado;

b) Projeto de Lei do Estado de São Paulo nº 989/2011 que institui política de disponibilização de Recursos Educacionais comprados ou desenvolvidos por subvenção da administração direta e indireta estadual;

c) Decreto Municipal da cidade de São Paulo nº 52.681/2011 que dispõe sobre o licenciamento obrigatório das obras intelectuais com objetivos educacionais, pedagógicos e afins, no âmbito da rede pública municipal de ensino;

d) Projeto de Lei do Distrito Federal nº 1832/2014 que institui política de disponibilização de Recursos Educacionais comprados ou

desenvolvidos por subvenção da administração direta e indireta do Distrito Federal;

e) Projeto de Lei do estado do Paraná nº 185/2014 que institui política de disponibilização de forma livre de Recursos Educacionais comprados ou desenvolvidos por subvenção da administração direta e indireta estadual.

> Diante das iniciativas elencadas aqui, percebemos que, aos poucos, os REA vêm compondo o espaço de debate da educação contemporânea, podendo oferecer alternativas que antes estavam fora do alcance, ou que nem eram pensadas. De certa maneira, a sociedade de informação já é bem real e inserir recursos educacionais abertos por meio das políticas públicas para os cidadãos é consolidar ainda mais a democracia brasileira.

3. O PROJETO DE LEI DO DF Nº 1832/2014 E O PROJETO DE LEI Nº 989/2011 – CONTROVÉRSIAS COM A LDA 9.610/1998

Os Projetos de Lei que serão analisados a seguir versam sobre a instituição da política de disponibilização de Recursos Educacionais comprados ou desenvolvidos por subvenção da Administração Direta e Indireta dos estados. A primeira iniciativa foi realizada por meio do PL do estado de SP (2011) e o PL do DF (2014), que possui redação preponderantemente idêntica, foi proposto alguns anos depois.

O Projeto de Lei do Distrito Federal (PL nº 1832/2014), proposto pelo Deputado Chico Vigilante, do Partido dos Trabalhadores, em sua justificativa, destaca o objetivo de: "inserir o Distrito Federal na luta pela transformação da política pública de acesso a recursos educacionais financiados com o orçamento público, compartilhando a visão de uma educação inclusiva e de livre acesso".

A fundamentação jurídica utilizada no projeto de lei foi o exposto dos arts. 23, V, e 24, IX, da Constituição Federal, que retratam a competência comum de Estados, Municípios e União de proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, e que educação, cultura e ensino são matérias de competência legislativa concorrente. Gilmar

Mendes (2014) expõe acerca da competência legislativa concorrente de forma didática:

> A Constituição Federal prevê, além de competências privativas, um condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelo Estado – membros. O art. 24 da Lei Maior enumera as matérias submetidas a essa competência concorrente, incluindo uma boa variedade de matérias, como o direito tributário e financeiro, previdenciário e urbanístico, conservação da natureza e proteção do meio ambiente, educação, proteção e integração social da pessoa portadora com deficiência (...).

De acordo com tal entendimento, não há hierarquia entre os entes federados diante da propositura de ações que visem tais objetivos. Todavia, é importante ressaltar que, na competência concorrente administrativa, os entes federados devem cooperar entre si. Caso tal regra não se expresse, Gilmar Mendes elenca o critério da preponderância dos interesses, neste caso, podendo falar, inclusive, de hierarquia de interesses, os mais amplos (da União) sobrepõem-se aos mais reduzidos (dos Estados).

O PL foi recepcionado pelo Chefe do Executivo Distrital e foi vetado parcialmente. Segundo a mensagem do Governador Distrital, o parágrafo único do art. 2º do projeto é inconstitucional.

De acordo com o PL, o art. 2º possui a seguinte redação:

> Art.2º Os contratos celebrados pela Administração Pública do Distrito Federal visando à produção de Recursos Educacionais ou à cessão de direitos de terceiros, quando necessária, nos termos da Lei Federal 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998, deverão prever expressamente a obrigatoriedade de divulgação e licenciamento das obras, na forma estabelecida por esta lei.
>
> Parágrafo único. Contratos em vigor ou editais de aquisição já lançados deverão adaptar-se ao conteúdo desta lei.

A Lei nº 9610/98, que regula os Direitos do Autor e os que lhe são conexos, ampara, em seu art. 7º "as obras intelectuais advindas da criação do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível (...)". Assim, incluem-se os livros didáticos, objetos educacionais multimídia, jogos educacionais, além de artigos científicos e

outras peças acadêmicas, instrumentos previstos no PL e que incorporam meios de utilização dos Recursos Educacionais.

A proteção dos Direitos do Autor compreende, além dos direitos morais, os direitos patrimoniais, estes, tratam da comunicação de sua obra ao público, assim como a sua utilização econômica, previstos nos arts. 28 e 29 da LDA. Dessa forma, o art. 29 aduz que: "Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades (...)".

Assim sendo, o parágrafo único do art. 2º do PL foi vetado pelo Chefe do Executivo, uma vez que a autorização prévia e expressa do autor precisa ser consolidada no momento de utilização de sua obra. Logo, seria inconstitucional a aplicação de tal dispositivo no projeto de lei em contratos em vigor ou editais de aquisição já lançados, pois o autor não possuiria a opção de escolha. O autor da obra, portanto, possui a prerrogativa de autorizar de forma prévia e expressa a utilização de sua obra, inclusive optando pela não autorização, se assim for o seu interesse.

Após análise da Comissão de Constituição e Justiça, que procedeu com parecer favorável ao veto parcial do PL, o projeto foi aprovado com a devida modificação e a Lei nº 5592/2015 foi sancionada em 23/12/2015.

O Projeto de Lei do Estado de São Paulo (PL nº 989/2011), proposto pelo Deputado Simão Pedro, do Partido dos Trabalhadores, também institui a mesma política. Como justificativa, defende o objetivo de: "otimizar recursos públicos, um dos princípios da Administração Pública e garantir inclusão social por meio de uma educação aberta e inclusiva".

Este PL, após passar pela Comissão de Constituição e Justiça, Comissão de Educação e Cultura e Comissão de Finanças, Orçamento e Planejamento, obteve parecer favorável em todas elas.

O Governador de SP, Geraldo Alckmin, munido de suas prerrogativas de Chefe do Executivo, art. 28, § 1º, combinado com o artigo 47, inciso IV, da Constituição do Estado posicionou-se com o veto total do projeto.

Sua justificativa foi fundamentada em ações e iniciativas educacionais já realizadas no estado de São Paulo que disponibilizam materiais didáticos e de acesso gratuito na internet, como o Portal do Pesquisador, a Rede de Informação e Conhecimento vinculada à pasta de Gestão Pública e dentro da Unidade de Tecnologia da Informação e Comunicação (UTIC) e o Centro de Documentação/CCD/SES-SP. No entanto, tal justificativa demonstra total desconhecimento acerca do conceito, das propostas de REA e o fim que se pretende alcançar com o projeto, uma vez que a maioria de tais programas estaduais não expressam as liberdades REA.

Além disso, afirmou em seu veto que o projeto é inconstitucional com a seguinte redação:

> (...) é de se concluir que o Projeto de lei colide com a ordem constitucional, ao estabelecer procedimento concreto para a Administração Pública, pois a gestão administrativa dos negócios do Estado constitui matéria de competência privativa do Governador (Constituição do Estado: artigo 47, incisos II, XIV e XIX; Constituição da República: artigo 61, § 1º, II, "e"), cujo exercício não pode ser usurpado pelo Poder Legislativo, sob pena de ofensa ao princípio da harmonia entre os poderes do Estado (artigo 2º, Constituição da República; artigo 5º, "caput", Constituição do Estado).

Acerca da inconstitucionalidade levantada como justificativa do veto total pelo Governador, destacamos as proposições relevantes:

a) A inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 2º do PL que colide com a Lei federal de Direitos Autorais, Lei nº 9610/98, não foi destacada no veto e nem pela Comissão de Constituição e Justiça;

b) A lei orgânica do DF, em seu art. 100, inciso IV, assevera na atribuição do Governador o exercício da direção superior da administração do estado, assim como está previsto no art. 47, inciso II da Constituição de São Paulo. Assim, não entendemos que exercer a direção superior da administração estadual ou distrital significa que as casas legislativas não possam tratar sobre educação (REA). Até porque, tal entendimento se coaduna com o art. 205 da CRFB, que estabelece que a Educação é dever do Estado;

c) Todas as Comissões foram favoráveis ao projeto de lei, inclusive sem observar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 2º do projeto. No entanto, na 35ª Sessão Extraordinária, realizada em 1º de julho de 2015, a Casa de Legislativa apreciou o veto oposto ao referido Projeto de Lei, mantendo-o, demonstrando, portanto, a falta de interesse político no mesmo;

d) Em relação ao artigo 61, § 1º, II, "e" da Constituição Federal, o PL não prevê criação e nem exclusão de órgão. A aplicação dos REA está interligada à ideia de proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência por meio da democratização do conhecimento e os entes federados possuem competência corrente para legislar sobre educação, cultura e ensino, conforme previsão dos arts. 23, V, e 24, IX, da CRFB. Ademais, tratando-se do princípio da simetria, Gilmar Mendes defende que: "(...) não deve ser compreendido como absoluto. Nem todas as normas que regem o Poder Legislativo da União são de absorção necessária pelos Estados".

É notório, portanto, que o veto total do Governador, apesar de ser imbuído em justificativas jurídicas, demonstrou desconhecimento acerca do que são práticas educativas que utilizem recursos educacionais abertos, uma vez que citou ações educativas que, em sua maioria, não são REA. Além disso, não enfrentou a inconstitucionalidade do dispositivo que converge com a Lei 9.610/98 e o vício de origem alegado não se mantém, já que a competência para legislar sobre educação, cultura, ensino é concorrente, conforme art. 24, IX, redação que foi inclusive ampliada com a Emenda Complementar nº 85/2015.

É evidente que o Chefe do Executivo tem total competência para vetar um PL que seja inconstitucional ou que seja contrário aos interesses do poder público. Porém, insta mencionar que, em sua justificativa, deve deixar claro quais são os reais motivos do veto, sem destoar com argumentos que contrariam o que nem foi proposto pelo projeto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, a partir da análise das justificativas dos dois projetos de lei (Distrito Federal e São Paulo), do veto parcial do PL do DF e do

veto total do PL de SP, da leitura de todas as Comissões já mencionadas, conclui-se que:

a) ainda há muita falta de conhecimento acerca do conceito de REA, o que inclui substancialmente as suas liberdades;

b) desconhecimento sobre os meios utilizados para a implementação de REA;

c) falta de capacitação de gestores e equipes executivas do governo que poderiam - se capacitados - atuar de forma a promover o acesso à educação, contribuindo para uma sociedade mais democrática e justa;

d) é necessário que sejam observadas as prerrogativas da LDA nº 9610/98 na propositura projetos de lei, assim como outras ações, a fim de que a sua não observância não prejudique o andamento de iniciativas REA;

e) considerando que as iniciativas REA devem ser mais divulgadas, é imprescindível que novas formas de conscientização e sensibilização sejam realizadas, como, por exemplo, a formação de equipe técnica para discutir assuntos de propriedade intelectual e direitos autorais no âmbito público e privado.

Acreditamos, portanto, que políticas públicas, ações educativas, trabalhos e eventos científicos que visem à discussão e à disseminação destas conclusões possam contribuir de forma eficaz com a implementação dos REA no Brasil e, dessa forma, atuar com o contributo necessário para a consolidação de uma sociedade cada vez mais democrática, inclusiva e justa.

REFERÊNCIAS

AMARO, Bianca; LABBÉ, Gloria Carmen; LISOWSKA, Malgorzata e NAKANO, Silvia. Rede Federada de Repositórios Institucionais de Publicações Científicas em Acesso Aberto LA Referencia: a integração da produção científica regional. In: Eloy Rodrigues, Alma Swan e AnaAlice Baptista (editores). Uma Década de Acesso Aberto na UMinho e no Mundo. Braga: Universidade do Ninho, 2013, p. 123-132. Disponível em:< https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/27502/1/RepositoriUM_10anos.pdf>. Acesso em: ago 2016.

ASCENSÃO, José Oliveira. Direito da internet na sociedade de informação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASCENSÃO, José Oliveira. Direitos de autor e direitos conexos. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 05 de out de 1988.

BRASIL. Lei de Direitos Autorais nº 9610, de 19 de Fevereiro de 1998. Diário Oficial da União. Brasília, 05 fev de 1998.

BRASÍLIA. Lei Orgânica do Distrito Federal, 08 de junho de 1993. Diário Oficial do Distrito Federal. Brasília, 09 de jun de 1993. Disponível em:<http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=0&txtAno=0&txtTipo=290&txtParte=.>. Acesso em: 12 de agosto de 2016.

BRASÍLIA. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei – PL nº 1832/2014. Institui política de disponibilização de Recursos Educacionais comprados ou desenvolvidos por subvenção da administração direta e indireta estadual. Disponível em: < http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaProposicao1!1832!2014!visualizar.action.>. Acesso em: 05 de agosto de 2016.

BRASÍLIA. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Decreto-Lei nº 5592, de 23 de Dezembro de 2015. Diário Oficial do Distrito Federal. Brasília, 24 de dez de 2015.

BRASÍLIA. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Parecer da Comissão de Educação, Saúde e Cultura, sobre o projeto de lei nº 1.832, de 2014. Parecer nº 01/2015. Relator: Wasny de Roure. Disponível em: < http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaProposicao1!1832!2014!visualizar.action> Acesso em: 25 de agosto de 2016.

BRASÍLIA. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Parecer da Comissão de Constituição de Justiça, sobre o projeto de lei nº 1.832, de 2014. Parecer nº 02/2015. Relator: Robério Negreiros. Disponível em: < http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaProposicao-1!1832!2014!visualizar.action>. Acesso em: 25 de agosto de 2016.

COSTA, Sely Maria de Souza; KURAMOTO, Hélio, e LEITE, Fernando L. M..Acesso Aberto no Brasil: aspectos históricos. ações institucionais e panorama autal. In: Eloy Rodrigues, Alma Swan e Ana Alice Baptista (editores). Uma Década de Acesso Aberto na UMinho e no Mundo. Braga: Universidade do Ninho, 2013, p. 133-150. Disponível em:<https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/8982/1/Biblioteca%20Digital%20do%2 0IPB.pdf>. Acesso em: ago de 2016.

KURAMOTO, H. Acesso livre à informação científica: novos desafios. Liinc em Revista, v.4, n.2, setembro 2008, Rio de Janeiro, p. 154 – 157. Disponível em: <http://repositorio.ibict.br/bitstream/123456789/154/1/Kuramoto,%20H.pdf>. Acesso em: ago 2016.

KURAMOTO, Hélio. Acesso livre: caminho para maximizar a visibilidade da pesquisa. Revista de Administração Contemporânea. Curitiba, v. 12, n. 3, p. 861-872, jul./set. 2008. Disponível em:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=84012313>. Acesso em: ago de 2016.

KURAMOTO, Hélio. Acesso Livre: uma solução adotada em todo o globo; porém, no Brasil parece existir uma indefinição. RECIIS – Revista Eletrônica de Comunicação Informação e Inovação em Saúde, 2014, vol. 8, n. 2., p. 166-179. Disponível em: <http://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/630/1270>. Acesso em: ago 2016.

KURAMOTO, Hélio. Informação científica: proposta de um novo modelo para o Brasil. Ciência da Informação, v. 35, n. 2, p. 91-102, maio/ago. 2006. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ci/v35n2/a10v35n2.pdf >. Acesso em: ago 2016

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

ROSSINI, Carolina; SANTANA, Bianca; PRETTO, Nelson De Lucca (Org.). Recursos Educacionais Abertos: práticas colaborativas políticas públicas. – 1. ed., 1 imp. – Salvador: Edufba; São Paulo: Casa da Cultura Digital. 2012. 246 p. Disponível em: <http://www.livrorea.net.br/livro/livroREA-1edicao-mai2012.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

SANTOS, Andreia Inamorato dos. Recursos Educacionais Abertos no Brasil: [livro eletrônico]: o estado da arte, desafios e perspectivas para o desenvolvimento e inovação / Andreia Inamorato dos Santos; [tradução DB Comunicação]. – São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2013.

SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo, de 05 de outubro de 1089. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cesp_completa.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2016.zSÃO PAULO. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei – PL nº 989/2011. Institui política de disponibilização de Recursos Educacionais comprados ou desenvolvidos por subvenção da administração direta e indireta estadual. Disponível em: < http://www.al.sp.gov.br/spl_consultas/consultaDetalhesProposicao.do?idDocumento=1040323#inicio>. Acesso em: 05 de agosto de 2016.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa de São Paulo. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Redação, sobre o projeto de lei nº 989, de 2011. Parecer nº 751/2012. Relator: Geraldo Cruz. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/spl_consultas/consultaDetalhesProposicao.do?idDocumento=1040323#inicio.>. Acesso em: 25 de agosto de 2016.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa de São Paulo. Parecer da Comissão de Educação e Cultura, sobre o projeto de lei nº 989, de 2011. Parecer nº 752/2012. Relator: André do Padro. Disponível em:< http://www.al.sp.gov.br/spl_consultas/consultaDetalhesProposicao.do?idDocumento=1040323#inicio.>. Acesso em: 25 de agosto de 2016.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa de São Paulo. Parecer da Comissão de Educação e Cultura, sobre o projeto de lei nº 989, de 2011. Parecer nº 325/2013. Relator: José Zico Prado. Disponível em:

<http://www.al.sp.gov.br/spl_consultas/consultaDetalhesProposicao.do?idDocumento=1040323#inicio.>. Acesso em: 25 de agosto de 2016.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa de São Paulo. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Redação, sobre o projeto de lei nº 989, de 2011. Parecer nº 424/2013. Relator: Alencar Santana Braga. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/spl_consultas/consultaDetalhesProposicao.do?idDocumento=1040323#inicio.>. Acesso em: 25 de agosto de 2016.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa de São Paulo. Parecer da Comissão de Finanças, Orçamento e Planejamento, sobre o projeto de lei nº 989, de 2011. Parecer nº 753/2012. Relator: Orlando Bolçone. Disponível em: < http://www.al.sp.gov.br/spl_consultas/consultaDetalhesProposicao.do?idDocumento=1040323#inicio.>. Acesso em: 25 de agosto de 2016.

SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais. Campos, RJ: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2012.

DIREITO AUTORAL, LIVROS PROIBIDOS E TECNOLOGIA: ALGUNS APONTAMENTOS TEÓRICOS

Autor: Sérgio Said Staut Júnior[1]
Instituição: Universidade Federal do Paraná

1 Professor Adjunto do Curso de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professor Adjunto do Curso de Direito e do Mestrado em Psicologia Forense da Universidade Tuiuti do Paraná – UTP. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da UFPR. Integrante do Núcleo de Pesquisas de História, Direito e Subjetividade do PPGD/UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de História do Direito - IBHD.

1. OS LIVROS PROIBIDOS

As possíveis leituras dos conceitos e institutos relacionados com a proteção jurídica do autor e de sua obra variam muito de acordo com o leitor e suas escolhas (metodológicas). O estudo dos direitos autorais, assim como a apreciação de uma obra literária ou artística, pode ser realizado de diversas maneiras.

O percurso proposto neste simples trabalho parte de um acontecimento histórico e de uma interdição: os livros proibidos. Um pequeno ponto de partida para revisitar criticamente algumas questões envolvendo o autor e os seus direitos, assim como o sistema de regulação da produção autoral constituído em sociedade.

Os livros proibidos, não autorizados para impressão ou livros piratas do Antigo Regime francês, possuíam uma série de denominações. Genericamente eram chamados pela população de "maus livros"[2], mas também palavras como "livros clandestinos", "drogas" e "misérias" serviam para identificar o que era proibido no campo da impressão das ideias. Como explica Robert DARNTON,

> "Inicialmente, classificaram-nos em três categorias: 'livros proibidos' (a serem retirados de circulação ou destruídos), 'livros não permitidos' (a serem em alguns casos devolvidos ao remetente) e "livros piratas" (a serem vendidos, indo a receita para o livreiro que detinha o privilégio original). Mas com o acúmulo dos itens, essas distinções se desintegraram numa confusão de termos inconsistentes que se sobrepunham; no fim, o sistema de classificações desmoronou numa massa indiferenciada de 3544 itens com uma única característica em comum: todos tinham cheiro de algum modo de ilegalidade."[3].

Outra expressão curiosa, consagrada pelos editores e livreiros, chama a atenção por sua criatividade e por sua carga simbólica. Eles denominavam os livros ilegais de "livros filosóficos"[4].

2 A expressão maus livros, conhecida por todos, era a preferida da polícia francesa. (DARNTON, Robert. A filosofia por baixo do pano. In: DARNTON, Robert; ROCHE, Daniel (orgs.). Revolução impressa: a imprensa na França 1775-1800. São Paulo: Edusp, 1996, p. 54).

3 DARNTON, Robert. A filosofia por baixo do pano... p. 51.

4 Segundo Robert DARNTON, "editores e livreiros preferiam um termo mais elevado: 'livros

Cabe mencionar que o termo "livros filosóficos" servia como um sinal, dentro do "código comercial" dos livreiros e editores, que designava livros que poderiam trazer sérios problemas a quem os manuseassem e que, por isso, deveriam ser tratados com muito cuidado[5].

Os "livros filosóficos", comercializados por meio de catálogos especiais, geralmente eram mais caros, pois envolviam mais riscos na sua produção e distribuição e, frequentemente, se tornavam "best-sellers", ainda mais se queimados no pátio do *Palais de Justice* em Paris. A curiosidade estava ligada diretamente com a proibição.

> Segundo estimativa de Robert DARNTON, "as autoridades condenaram em média apenas 4,5 livros e panfletos por ano, nas décadas de 1770 e 1780, e queimaram em público apenas dezenove deles. No entanto, enquanto essas obras ardiam em chamas, milhares de outras circulavam secretamente através dos canais do comércio clandestino de livros. Formavam a dieta básica de literatura ilegal para os leitores famintos de todo o reino. E no entanto ninguém sabe que livros eram esses. Qual era o tamanho e a forma dessa massa de literatura, da variedade comumente vendida 'por baixo do pano' por vendedores ambulantes em toda parte? O próprio regime não tinha ideia."[6]

O conteúdo das obras denominadas "filosóficas" variava muito: livros de literatura, de ciência política, livros pornográficos e até mesmo livros de filosofia, constituíram uma gigantesca "Filosofia por baixo do pano"[7].

---

filosófico' (...) para designar livros que poderiam trazer-lhes problemas (...)". (DARNTON, Robert. A filosofia... p. 54). No mesmo sentido, Daniel ROCHE afirma que a expressão "obras filosóficas" significava "um termo que acabou por ser aplicado a todo o texto perigoso, a todos os 'maus livros'." (ROCHE, Daniel. A censura e a indústria editorial. In: DARNTON, Robert; ROCHE, Daniel (orgs.). Revolução impressa: a imprensa na França 1775-1800. São Paulo: Edusp, 1996, p. 22).

5 No ensaio indicado, Robert DARNTON realiza um estudo muito interessante sobre esses "maus livros" e como era o funcionamento de todo o sistema "por baixo do pano" de impressão e distribuição da "filosofia" no Antigo Regime francês. (DARNTON, Robert. A Filosofia ... p. 54). Além desse ensaio, para uma análise histórica mais completa, as obras: DARNTON, Robert. Boemia literária e revolução: o submundo das letras no Antigo Regime. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. DARNTON, Robert. Edição e sedição: o universo da literatura clandestina no século XVIII. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

6 DARNTON, Robert. A filosofia ..., p. 49.

7 DARNTON, Robert. A filosofia ..., p. 49.

Os critérios que estabeleciam se um livro seria censurado ou não variavam muito e chegavam a ser, inclusive, arbitrários. Provavelmente, em meio a tanta variedade literária, a única semelhança entre as inúmeras obras que foram censuradas, proibidas ou que, de alguma forma, não estavam autorizadas pelo Regime Monárquico francês, era a denominação "livros filosóficos". E, como indicava o código de livreiros e editores, "Filosofia sinalizava perigo"[8].

2. OS "LIVROS FILOSÓFICOS" E O DIREITO

Não são raros os juristas que se preocupam "tão somente" com o que denominam direito, como se possível fosse definir perfeitamente e separar categoricamente o que é direito do que não é.[9] Ainda hoje, no direito, embora com um sentido diverso, filosofia representa (ou pode significar), em determinados ambientes acadêmicos e profissionais, certo perigo.

No Antigo Regime francês filosofia sinalizava perigo, mas também despertava a curiosidade e estimulava a leitura. Atualmente, para boa parte do pensamento jurídico dogmático, preocupado em separar categoricamente a ciência jurídica das outras ciências, a filosofia, assim como a sociologia, a história, a psicologia e a antropologia (entre outras "disciplinas"), sinaliza o que não diz respeito à normatividade jurídica e o que, por isso, não deve ser estudado pelos juristas.

Para essa linha de pensamento, a filosofia representa ou pode representar perigo, porque questiona ou pode questionar os fundamentos do discurso jurídico e demonstra muitas das suas limitações[10].

8 DARNTON, Robert. A filosofia ... p. 54.

9 Existem muitos livros e manuais de Introdução ao Estudo do Direito ou de Teoria do Direito que se preocupam, desde o início, em definir "o que é o direito?". Talvez, fosse mais interessante trabalhar com outras perguntas como: "O que pode ser direito" ou "O que pode não ser direito". Compreender a profunda relatividade histórica e cultural do direito parece ser uma atitude necessária para quem quer estudar e entender os possíveis e inúmeros significados e conteúdos da dimensão jurídica de uma sociedade e dos discursos que procuram explicá-la.

10 Conforme observa Agostinho Ramalho MARQUES NETO, "Se o sujeito sai de um curso de Direito bem dogmático e bem competente em seu dogmatismo, e se o sujeito incorporar aquilo muito bem, ele está bem vacinado, efetivamente, contra a possibilidade de vir a pensar criticamente sobre o sentido do Direito. Para esse sujeito, qualquer crítica é extremamente

No âmbito da produção e exteriorização das ideias, assim como a sua regulamentação jurídica, o conteúdo do que é permitido ou não pode ter sofrido alteração, mas muitas e novas restrições podem ser observadas. Outros sistemas de interdição, com mecanismos menos evidentes, agindo de forma mais sutil e por isso mais efetiva, são encontrados na literatura, nas artes, no campo da ciência e também no direito[11].

No entanto, assim como no *Ancién Régime* francês, atualmente, em parte da produção acadêmica em direito existem ainda "livros filosóficos", "obras subversivas"[12], que não respeitam os padrões de aceitação impostos pela sociedade e pelo mercado e que também constituem uma verdadeira "filosofia por baixo do pano".[13] São obras "filosóficas" que procuram demonstrar outras realidades e possibilidades para além da simples regulação e interpretação de relações jurídicas abstratas, tão comuns no discurso jurídico tradicional.

Uma produção literária que sofre, mas também denuncia o sistema moderno de interdição que não se baseia mais no domínio real ou na autoridade eclesiástica e sim em um sistema intrincado que envolve os autores, os editores, os produtores, os distribuidores, a sociedade, o Estado e o mercado de bens culturais.

Investigar criticamente a possibilidade de afirmar "outros discursos" sobre os direitos autorais, denunciando a "normalidade" do sistema jurídico vigente, demonstrando alguns limites dos discursos tradicionais consagrados

perigosa e o incomoda, digamos assim, no seu próprio âmago."(MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Reflexões sobre o ensino do direito, In: Anais do seminário nacional de ensino jurídico, cidadania e mercado de trabalho, Curitiba: CAHS, 1995. p. 26).

11 Uma excelente explicação sobre inúmeros mecanismos de interdição dos saberes foi dada por Michel FOUCAULT na sua aula inaugural no Collége de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970 e publicada com o título *A Ordem do Discurso* (FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. São Paulo: Edições Loyola, 1996).

12 Obras subversivas, mas que não se identificavam apenas com os ideais revolucionários. Subversivas porque rompiam com o senso comum daquilo que era aceitável seja pela autoridade real, seja pela autoridade eclesiástica na França pré-revolucionária. (DARNTON, Robert. A filosofia ...).

13 Conforme acentua Michel VILLEY: "A ciência do direito não é inteiramente autônoma, plenamente autárquica; ela *depende*, quanto a seus princípios, de uma outra disciplina que se chamava outrora 'arquitetônica'. Disso os juristas deverão convencer-se: toda ciência do direito é condicionada a um sistema geral de filosofia." (VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito. São Paulo: Atlas, 1977, p.20).

(na doutrina, na jurisprudência e no âmbito legislativo) e apontando algumas das suas "vítimas"[14] significa também, ainda que não deliberadamente, pensar na formulação de outros modelos possíveis para os direitos autorais.

Trata-se, sobretudo, de compreender que os direitos patrimoniais e de personalidade do autor, assim como os direitos conexos, não se esgotam na simples análise das relações jurídicas abstratas nas quais participa um sujeito de direito denominado autor.

Assim, a compreensão das diversas categorias jurídica, entre elas os direitos patrimoniais e de personalidade do autor, deve levar em consideração a importante contribuição de outros saberes[15], mesmo que para isso tenha que percorrer caminhos mais tortuosos e obter resultados não tão "familiares ou cômodos".

Os direitos autorais são fruto de um sistema de pensamento que não se sustentam por si mesmo, ou seja, os conceitos e as categorias que norteiam a regulamentação desses direitos não são autônomos, dependem, em última análise, de um sistema filosófico.[16]

A normatização jurídica da produção cultural em sociedade é uma questão interdisciplinar, que compreende dimensões filosóficas, históricas, sociológicas, psicológicas, econômicas, políticas entre outras e, por isso, assim deve ser compreendida.

Nessa perspectiva, a discussão sobre os direitos patrimoniais e de personalidade do autor passa, necessariamente, pelo enfrentamento de temas como cultura, criação artística, produção científica, propriedade e pessoa humana. Questões que, sem dúvida, transcendem em muito

14 Conforme explica Enrique Dussel, "De fato, para que haja justiça, solidariedade, vontade diante das vítimas, é necessário 'criticar' a ordem estabelecida para que a impossibilidade de viver destas vítimas se converta em possibilidade de viver e viver melhor." (DUSSEL, Enrique. Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão, Petrópolis: Vozes, 2000, p. 382).

15 António Manuel Hespanha, sugere que "o direito, a sólida e boa artesania dos juristas, tenha que ser filosofia, ou seja, amiga – e boa amiga, atenta, solícita e cúmplice – do saber, de muitos saberes, sobretudo de saberes que os juristas comuns raramente cultivam e de que não são sinceros amigos." (HESPANHA, António Manuel. O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 09).

16 Conforme observa Marilena CHAUI, "a própria Filosofia já não admite que seja possível um sistema de pensamento único que ofereça uma única explicação para o todo da realidade." (CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. 12ª ed., São Paulo: Editora Ática, 1999, p.17).

a "assepsia" do discurso jurídico tradicional fundado na simples análise legislativa e de conceitos jurídicos abstratos.

O diálogo com outros campos do saber evita que um discurso localizado em uma determinada disciplina "guarde a verdade" ou a "hegemonia" sobre determinado assunto, "a interdisciplinaridade impede a delimitação estanque e rígida dos diferentes saberes na análise do referencial teórico nuclear. Ou seja, com a interação e a articulação interdisciplinar, evita-se o monopólio ou a apropriação unilateral do tema estudado por qualquer uma das áreas do conhecimento."[17]

Os discursos tradicionais a respeito dos direitos autorais, especialmente no campo do direito brasileiro, limitam-se muitas vezes a uma exegese dos princípios e preceitos jurídicos dos principais diplomas legislativos, envolvendo a criação intelectual, estabelecendo no máximo alguns conceitos que se repetem na maioria dos livros e manuais, com algumas variações (e honrosas exceções[18]).

A ausência de uma perspectiva interdisciplinar (ou, no mínimo, multidisciplinar) é sentida, em especial, na medida que se verifica a perplexidade dos autores com o desmoronamento de todo o discurso jurídico tradicional dos direitos autorais, elaborado nos séculos XIX e XX, fruto de mudanças (especialmente tecnológicas) ocorridas na realidade.

As ideias já não se encaixam muito bem (se é que um dia se encaixaram) às formas que visam sua proteção.

É preciso entender que boa parte do que foi pensado juridicamente, nesta área, é fruto de uma forma de pensar o mundo com mais de 150 anos e continua sendo repetido e reforçado, em parte, ainda hoje. O problema é que este discurso não responde minimamente aos questionamentos e problemas da sociedade contemporânea.

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

18 Nesse sentido, apenas como exemplo, verificar a obra WACHOWICZ, Marcos (org.). Porque mudar a Lei de Direito Autoral: estudos e pareceres. Florianópolis: Editora Funjab e Fundação Boiteux, 2011. Também devem ser destacados os "Congressos de Direito de Autor e Interesse Público" promovidos pelo Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação – GEDAI (Coord. Marcos Wachowicz), importantes espaços de discussão sobre os rumos dos direitos autorais.

O ponto de vista aqui defendido distancia-se (ou procura se afastar) desses discursos fechados e, em certa medida, limitados. Uma leitura interdisciplinar sobre essas questões permite que se compreenda que, para além das relações jurídicas entre autores, editores, produtores, distribuidores, sociedades e Estado, existem inúmeras relações sociais que transcendem, em muito, o discurso jurídico estatal[19].

Relações sociais que condicionam, sustentam ou simplesmente ignoram o direito autoral, mas que no plano prático geram outras normatividades envolvendo esses mesmos personagens (autores, obras, editores, produtores, distribuidores, indústria, sociedade e Estado). Relações sociais e normatividades que só podem ser identificadas e estudadas se sairmos do espaço delimitado pela ciência jurídica tradicional moderna[20]. "Livros filosóficos" são imprescindíveis.

3. A IMPORTÂNCIA DA DIMENSÃO HISTÓRICA NO ESTUDO DOS DIREITOS AUTORAIS

Talvez não haja nada mais histórico do que a produção de ideias em sociedade e suas formas de manifestação. O mesmo pode ser dito sobre a dimensão jurídica.

Na linha de António Manoel HESPANHA, verifica-se que "o direito existe sempre em sociedade e que, seja qual for o modelo usado

19 Michel FOUCAULT observa a existência em sociedade de, pelo menos, "dois tipos de mecanismos e de dois tipos de discursos absolutamente heterogêneos: de um lado, a organização do direito em torno da soberania, do outro, a mecânica das coerções exercidas nas disciplinas." Esse mecanismos, em certo sentido, se complementam, se entrelaçam, servem para sustentar um ao outro, nas palavras do FOUCAULT "Que, atualmente, o poder se exerça ao mesmo tempo através desse direito e dessas técnicas, que essas técnicas da disciplina da disciplina, que esses discursos nascidos da disciplina invadam o direito, que os procedimentos de normalização colonizem cada vez mais os procedimentos da lei, é isso, acho eu, que pode explicar o funcionamento global daquilo que eu chamaria uma 'sociedade de normalização'." (FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 46).

20 O presente trabalho leva em consideração a seguinte observação de Michel FOUCAULT "para lutar contra as disciplinas, ou melhor, contra o poder disciplinar, na busca de um poder não disciplinar, não é na direção do antigo direito da soberania que se deveria ir; seria antes na direção de um direito novo, que seria antidisciplinar, mas que estaria ao mesmo tempo liberto do princípio da soberania." (FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade ... p. 47).

para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, econômicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais."[21] O direito é um "produto histórico".

Isso significa que o direito deve ser compreendido como um fenômeno social, fruto das relações em sociedade e que está inserido em um determinado tempo e espaço[22].

Assim, a compreensão dos institutos jurídicos e das suas implicações na realidade não pode estar distanciada do estudo e da reflexão a respeito das diferentes temporalidades e localidades em que foram pensados e idealizados estes diferentes direitos.

A relatividade temporal e espacial do direito (e dos direitos autorais) merece ser destacada e bem compreendida para que não se naturalize o habitual. Ou seja, historicizar os vínculos jurídicos e sociais envolvendo os homens e os bens, sem naturalizá-los[23].

Nessa linha, deve ser ressaltado que o estudo atual do direito autoral passa por grandes questionamentos. Problemas que são sentidos e são produtos do momento conturbado pelo qual a sociedade e o direito vêm passando. Não são poucas as análises que demonstram a profunda crise em que se encontra a sociedade contemporânea, "diagnósticos que colocam em dúvida os ideais do projeto da moderna razão iluminista/ilustrada"[24].

21 HESPANHA, António Manuel. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.p. 15.

22 Nessa linha, conforme sustenta Ricardo Marcelo FONSECA, deve-se entender "a história não apenas como uma 'introdução' ao estudo ou à análise que, após ser utilizada sem critério, não será retomada em nenhum outro momento da pesquisa: a história pode (e deve) atravessar o próprio estudo, constituindo o seu cerne metodológico." (FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. Genesis, Curitiba, nº 17, p.570-585, jul./set. 2000, p. 574).

23 Deve-se estar atento à "naturalização" do habitual. Conforme explica Natalino Irti, *"Si scopre così che il naturalismo è assai poco 'naturale', e piuttosto ascrive alla natura, e protegge con predicati di assolutezza e immutabilità, il contingente risultato di un periodo storico e di una volontà politica."* (IRTI, Natalino. L'ordine giuridico del mercato. 2ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. VI). [Tradução livre: Descobre-se assim que o naturalismo é muito pouco 'natural', e preferencialmente atribui à natureza, e protege com predicados de caráter absoluto e imutabilidade, o resultado contingente de um período histórico e de uma vontade política.]

24 LUDWIG, Celso Luiz. Formas da razão: racionalidade jurídica e fundamentação do direito.

Os graves e crônicos problemas vividos na atualidade questionam, em certo sentido, toda a legitimidade do sistema, bem como os seus fundamentos e os seus objetivos. O grande "projeto moderno" e suas promessas já não são tão factíveis como se imaginava antes. Com isso "perpassa, nos diferentes campos das ciências humanas, uma certa dificuldade em encontrar-se um novo parâmetro de verdade diante da crise de fundamento que vive a sociedade hodierna". [25]

No que tange aos direitos autorais, a realidade acima exposta não é diferente. Apesar de toda uma construção de um discurso lógico, racional, abstrato e geral a respeito da proteção dos direitos patrimoniais e de personalidade do autor, esse modelo se mostra, em inúmeras situação, como algo absolutamente ineficaz ou pouco útil[26], especialmente se for considerado o impacto das novas tecnologias (e especialmente da Internet) no âmbito desses direitos.

Os autores não estão sendo adequadamente protegidos (se é que já o foram). Os direitos autorais, ao menos no Brasil, não fomentam o desenvolvimento científico, artístico e cultural (como sustenta parte do discurso jurídico tradicional sobre estes direitos).

Ao examinar alguns traços da história recente dos discursos jurídicos sobre os direitos autorais revelam-se os sentidos e os fundamentos

Curitiba, 2001,Tese de Doutorado, UFPR, 217, p.2. Conforme explica o professor Celso LUDWIG: "Pressupomos, para tanto, os diagnósticos de sociólogos, historiadores e filósofos na constatação da crítica situação em que termina mais um século, em termos de tragédias sem precedentes, da crise de valores, da crise da derrocada dos socialismos reais, do abalo do 'estado social' frente às investidas do neoliberalismo, das carências mínimas não resolvidas pela economia de mercado capitalista, com crescente aumento da pobreza , miséria e fome de três quartos da população mundial. A ausência de metanarrativas. Presença de discurso, teorias e práticas condenatórias de utopias a serem sonhadas. Tudo num contexto global de acirramento das contradições sociais e da luta de classes – questões um tanto marginalizadas – no interior das relações sociais; exasperação das contradições entre o Norte rico e o Sul miserável." (LUDWIG, Celso Luiz. Formas da razão ... p.1-2).

25 WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 13.

26 Mesmo José de Oliveira ASCENSÃO reconhece que: "Toda a estrutura legal do Direito de Autor está hoje obsoleta." (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 15).

desses direitos, criados e moldados para atender interesses da "indústria cultural"[27]. Além disso, também abrigam e produzem poderes nas relações sociais que não são facilmente e diretamente identificados nas relações jurídicas abstratas e nos seus discursos.

Em um espaço dominado pela "indústria cultural", só tem sentido valorizar uma criação apenas ou principalmente pelo seu viés econômico, assim como inventar todo um conjunto de ferramentas jurídicas que possibilitam o trânsito econômico desses bens culturais, em uma determinada sociedade.

Todo esse instrumental jurídico elaborado pelo discurso tradicional dos direitos autorais está de acordo com uma sociedade individualista e patrimonialista, que tem confiança em um modo de produção capitalista e que transforma a produção científica, artística e cultural em mercadorias (que devem ser "voluntariamente" consumidas).

Com o desenvolvimento do modo de produção capitalista, o projeto individualista de autonomia do sujeito foi absorvido pelo mercado. Com os novos aparatos tecnológicos operando a mecanização e a racionalização da vida os competidores mais fracos (menos eficazes), cada vez mais, submetiam-se ao império das grandes empresas "as quais, ao estabelecerem o domínio da sociedade sobre a natureza, aniquilaram o

27 A expressão "indústria cultural", que é utilizada no presente trabalho, foi consagrada na importante obra "Dialética do Esclarecimento" de ADORNO e HORKHEIMER, no capítulo denominado "A Indústria Cultural: O Esclarecimento como Mistificação das Massas." Esses autores analisam, nesse texto complexo e muito rico, entre muitas outras questões, o fenômeno da massificação da cultura e sua apropriação pelos interesses do mercado (especialmente aqueles provenientes das grandes indústrias), nas sociedades contemporâneas. Cabe observar que, ainda que o contexto atual seja muito mais complexo (especialmente pelas profundas inovações tecnológicas vivenciadas nas últimas décadas), o "texto seminal" de Adorno e Horkheimer parece ser, ainda, bastante útil para entender e refletir criticamente sobre as questões mencionadas no presente trabalho. Padronização, pseudo–individualização, uniformização técnica, ausência de pensamento autônomo, intensificação da passividade social e mercantilização caracterizam a produção cultural no âmbito de uma indústria cultural, que tem como consequência final a consagração do que ADORNO denominou de "barbárie estilizada". (ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. Dialética do esclarecimento. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985).

sujeito econômico livre (...) a racionalidade individualista transformou-se em racionalidade tecnológica."[28]

Somente a partir de uma perspectiva historiográfica crítica, não dogmática, cujo foco extrapole a naturalização das categorias jurídicas atuais em matéria de direitos autorais, é que se pode compreender melhor o sentido e os fundamentos desses saberes jurídicos (e muitas das suas intenções ou efeitos).

Adotar essa forma de trabalhar com a matéria pode trazer, por exemplo, para o campo da análise jurídica, a problematização de uma subjetividade que, no tocante aos direitos autorais em um contexto de indústria cultural, se apresenta marcada pela homogeneidade, apesar do discurso tradicional proclamar sua liberdade, autonomia, criatividade e originalidade.

A partir desse desvendamento, torna-se praticamente impossível aceitar a permanência do discurso tradicional dos direitos autorais, que toma como pressupostos: uma subjetividade do autor quase impermeável às transformações sociais e aposta na valorização econômica do trabalho intelectual, sem considerar os verdadeiros fatores de valorização social e econômica do trabalho intelectual no mundo contemporâneo, que depende muito mais da aplicação de capital em determinados produtos culturais, aí compreendido o próprio autor, do que da excelência, da criatividade e da originalidade da obra.

4. INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E DIREITOS AUTORAIS

As inovações tecnológicas sempre provocaram mudanças na sociedade e foram, muitas vezes, determinantes na questão da produção, da distribuição e da própria proteção das artes, da ciência e da literatura.

De fato, a história dos direitos autorais (ou da regulamentação jurídica das manifestações artísticas, científicas e literárias) é marcada profundamente pelos processos de transformação e mudança da técnica,

28 MARCUSE, Herbert. Algumas implicações sociais da tecnologia moderna. Praga Revista de Estudos Marxistas, São Paulo: Boitempo Editorial, nº1, p. 113-140, set/dez 1996, p. 115 – 116.

como ocorreu com a invenção da imprensa por Gutenberg[29], que possibilitou a produção em série de obras literárias e provocou mudanças no regime de regulação das ideias em sociedade.

Confirmando essa hipótese, pode ser citado um acontecimento histórico de extraordinária importância, fundamental para o nascimento e para a própria constituição do que, atualmente, é chamado de direitos autorais, a Revolução Francesa. Esse evento histórico importantíssimo foi influenciado, sobremaneira, por uma invenção tecnológica: a prensa tipográfica. Segundo DARNTON, "Sem a imprensa, podem conquistar a Bastilha, mas não podem derrubar o Antigo Regime. Para tomar o poder têm que tomar a palavra e difundi-la (...) Quando os revolucionários agarraram a alavanca da prensa e a fizeram baixar nos tipos travados na fôrma, enviaram um novo fluxo de energia através do corpo político. A França voltou à vida, e a humanidade se assombrou."[30]

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

O surgimento e o desenvolvimento dos direitos conexos aos direitos do autor estão, igualmente, ligados às mudanças e à evolução na tecnologia. Sem todo um aparato técnico que surgiu e se desenvolveu na sociedade

29 Peter BURKE questiona se é correto atribuir a Gutenberg a invenção da imprensa. Isso porque os chineses, segundo esse autor, já "imprimiam livros mil anos antes" e, além disso, "algumas pessoas acreditam que ele [Gutenberg] foi antecipado por um holandês." (BURKE, Peter. A propriedade das ideias. Folha de São Paulo, São Paulo, 24 jun. 2001. Mais!, p. 17). DUSSEL, também, afirma que "imprimia-se sobre papel com prensa desde o século VI dC, mais de oito séculos antes de Gutenberg." (DUSSEL, Enrique. Ética da libertação ... p.78).

30 DARNTON, Robert. Introdução. In: DARNTON, Robert; ROCHE, Daniel (orgs.). Revolução impressa: a imprensa na França 1775-1800. São Paulo: Edusp, 1996. p.15 – 16. Nessa linha, Robert DARTON explica que: "A França sob o Antigo Regime era uma colcha de retalhos de unidades que se sobrepunham – províncias, intendências, municipalidades, territórios judiciais, bispados, zonas de tributação e áreas alfandegárias – muitas delas com suas próprias leis, pesos, medidas e dialetos. Como conseguiram as autoridades em Paris consolidá-las numa única nação? A prensa tipográfica foi o principal instrumento na criação de uma nova cultura política. (DARNTON, Robert. Introdução ... p.16).

industrial não seria possível sequer pensar na possibilidade de direitos dos produtores fonográficos e dos direitos das empresas de radiodifusão.

A importância dos meios técnicos é, sem dúvida, fundamental, para os rumos da produção e da regulação jurídica das atividades artísticas, científicas e literárias. Com os avanços técnicos e com a invenção de novas tecnologias que produzem algum tipo de impacto ou de mudança na produção, no acesso e na distribuição de bens intelectuais, de natureza imaterial, os direitos autorais também passam (ou deveriam passar) por um processo de mudança e de reflexão intensos.

Nas palavras de José Menezes e Teles, sintetizando muito do que já se disse habitualmente em matéria de direitos autorais nas últimas décadas, "a massificação da estruturação social, bem como os progressos da informática, das técnicas de reprografia e da tecnologia digital de reprodução e radiodifusão de sons e imagens colocam os mais graves desafios ao direito de autor que a história do conceito jamais sofreu."[31] Trata-se sim de um "novo mundo" – um mundo que não tem formas jurídicas adequadas e bem definidas.

Atualmente, a reflexão a respeito dos direitos patrimoniais e de personalidade do autor passa (ou deveria passar), necessariamente, pela discussão do impacto (na sociedade) causado pelo surgimento de novas tecnologias e sua aceleração exponencial.

Laymert Garcia dos SANTOS denomina este processo de "aceleração da aceleração tecnocientífica"[32] em que a racionalidade

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

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

econômica é subordinada à racionalidade tecnocientífica. Explicando esse processo, o autor afirma que "o princípio da competitividade obriga a racionalidade econômica a atrelar-se à racionalidade tecnocientífica"[33], assim, as decisões de investimento são subordinadas não às taxas de retorno e sim à dinâmica da inovação, "como se a corrida tecnológica lançasse as empresas numa constante fuga para frente, ou numa constante antecipação do futuro."[34] Tudo isso "se passa então como se estivéssemos vivenciando um período de ondas de revolucionarização que, emergindo de dentro do capitalismo, lhe dão novo alento e vão lhe abrindo novas perspectivas: é a Revolução Eletrônica, seguida pela Revolução das Comunicações, seguida pela Revolução dos Novos Materiais e pela Revolução Biotecnológica."[35]

Todo esse processo submete a vida humana ao domínio da máquina e favorece o desenvolvimento de um certo irracionalismo nas pessoas, dominadas pelos desejos impostos por esse sistema.[36] É a "tendência à perda do humano"[37] que combina perversamente a mecanização da vida humana (operada pela tecnologia) e a constituição de um sujeito não racional dominado pelos seus desejos (mercado), em que a última fase

33 SANTOS, Laymert Garcia. Tecnologia, perda do humano ... p. 293.

34 SANTOS, Laymert Garcia. Tecnologia, perda do humano ... p. 294.

35 SANTOS, Laymert Garcia. Tecnologia, perda do humano ... p. 294. Segundo Laymert Garcia dos SANTOS, "O impacto crescente que essa evolução econômica e tecnocientífica exerce sobre as sociedades e os efeitos colaterais que ela suscita em todas as áreas começam a ser sentidos e percebidos, mas ainda estamos longe de poder analisá-los e avaliá-los. De todo modo, os aspectos sociais e ambientais negativos que ela já explicitou não parecem arranhar, quanto mais comprometer, a legitimidade do progresso da ciência e da tecnologia." (SANTOS, Laymert Garcia. Tecnologia, perda do humano ... p. 294).

36 Nas palavras de Laymert Garcia dos SANTOS: "A racionalização da vida leva o homem a submeter-se às máquinas que ele mesmo construiu; por outro lado, o progresso da ciência e da tecnologia caminha em sentido oposto ao do progresso da moralidade da conduta humana, já que o processo fortalece um modo de ser pré-reflexivo, não-racional e não-espiritual, e nem por isso instintivo." (...) "a mecanização da vida humana e a transformação do homem num sujeito completamente não racional perseguindo seus desejos são faces da mesma moeda (...) o progresso da ciência e da tecnologia caminha em sentido oposto ao do progresso da moralidade da conduta humana." (SANTOS, Laymert Garcia. Tecnologia, perda do humano ... p. 299-300).

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

desse processo é a comercialização da própria vida[38] (o que, diga-se de passagem, não é novidade em matéria de direitos autorais).[39]

Nesse amplo "espaço de discussão", os discursos e as "verdades" que começam a "ganhar sustentação" no direito devem ser analisados com muito cuidado.

Com as novas tecnologias o modelo de regulação dos direitos autorais pode vir e vem sofrendo profundas transformações. No entanto, o que não se verifica, ainda, é uma mudança efetiva na direção da relação entre autor, sociedade, mercado, produção e distribuição de bens culturais e a sua regulação jurídica.

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

Qualquer conclusão envolvendo esses questionamentos deve ser sempre provisória. Muitos problemas são discutidos, muitas hipóteses são levantadas, mas, o que se verifica é que, apesar de algumas mudanças estarem ocorrendo na área dos direitos autorais em virtude do desenvolvimento tecnológico (mudanças que abrem espaço, inclusive, para se pensar em um outro modelo de regulação das ideias em sociedade[40]), permanece

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

39 Conforme explica José Antônio Peres GEDIEL: "O Direito, entretanto, não precisou aguardar os avanços tecnológicos do século XX para defrontar-se com o problema da transferência da titularidade de elementos que, embora ligados ao ser humano e a sua expressão social, apresentavam-se materialmente destacados do sujeito. Se o corpo não podia, ainda, ser repartido e transferido entre sujeitos, o mesmo não se poderia dizer das criações intelectuais e artísticas, que ao se materializarem, reforçavam a idéia de que, em sentido jurídico próprio, eram coisas aptas a mudarem de titularidade e assumirem, por força dessa mudança, um valor econômico." (GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 65). Verificar também a importante obra: GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

40 Conforme observam alguns autores que trabalham com a "história cultural", verifica-se um certo desaparecimento da noção moderna de autor e de obra. Segundo Roger CHARTIER, "Hoje, com as novas possibilidades oferecidas pelo texto eletrônico,

com força o discurso tradicional dos direitos autorais.[41] Há uma forte tendência na manutenção do mesmo sistema. Parafraseando Walter Benjamin, escovar o direito autoral a contrapelo é tarefa necessária.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. Dialética do esclarecimento. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

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

CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. 12ª ed., São Paulo: Editora Ática, 1999.

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

DARNTON, Robert. A filosofia por baixo do pano. In: DARNTON, Robert; ROCHE, Daniel (orgs.). Revolução impressa: a imprensa na França 1775-1800. São Paulo: Edusp, 1996.

DARNTON, Robert. Boemia literária e revolução: o submundo das letras no Antigo Regime. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

sempre maleável e aberto a reescrituras múltiplas, são os próprios fundamentos da apropriação individual dos textos que se vêem colocados em questão." (...) "Com a revolução eletrônica, as possibilidades de participação do leitor, mas também os riscos de interpolação, tornam-se tais que se embaça a ideia de texto, e também a ideia de autor. Como se o futuro fizesse ressurgir a incerteza que caracterizava a posição do autor durante a Antiguidade." (CHARTIER, Roger. A aventura do livro ... p. 24). Para Peter BURKE, "o modo como estamos aprendendo a escrever na era eletrônica se assemelha mais à criação coletiva da era do manuscrito ou mesmo da era oral do que à individualidade da era da impressão." (BURKE, Peter. A propriedade das ideias ... p. 17).

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

DARNTON, Robert. Edição e sedição: o universo da literatura clandestina no século XVIII. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

DARNTON, Robert. Introdução. In: DARNTON, Robert; ROCHE, Daniel (orgs.). Revolução impressa: a imprensa na França 1775-1800. São Paulo: Edusp, 1996.

DUSSEL, Enrique. Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão, Petrópolis: Vozes, 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. Genesis, Curitiba, nº 17, p.570-585, jul./set. 2000.

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

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

GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HESPANHA, António Manuel. O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009.

IRTI, Natalino. L'ordine giuridico del mercato. 2ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.

LUDWIG, Celso Luiz. Formas da razão: racionalidade jurídica e fundamentação do direito. Curitiba, 2001,Tese de Doutorado, UFPR, 217 p.

LOPES, Pedro Santana. Discurso de sua excelência o secretário de Estado da cultura, In: Num novo mundo do direito de autor (II congresso ibero-americano de direito de autor e direitos conexos). Tomo II, Lisboa: Edições Cosmos / Livraria Arco Íris, 1994.

MARCUSE, Herbert. Algumas implicações sociais da tecnologia moderna. Praga Revista de Estudos Marxistas, São Paulo: Boitempo Editorial, nº1, p. 113-140, set/dez 1996.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Reflexões sobre o ensino do direito, In: Anais do seminário nacional de ensino jurídico, cidadania e mercado de trabalho, Curitiba: CAHS, 1995.

ROCHE, Daniel. A censura e a indústria editorial. In: DARNTON, Robert; ROCHE, Daniel (orgs.). Revolução impressa: a imprensa na França 1775-1800. São Paulo: Edusp, 1996.

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

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

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

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

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

O ACESSO ABERTO AO CONHECIMENTO CIENTÍFICO E AS POLÍTICAS INSTITUCIONAIS DE ACESSO ABERTO[1]

Autor: Wemerton Monteiro Souza[2]
Instituição: Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ)

Resumo: O presente trabalho é fruto de um projeto intitulado "DIREITOS AUTORAIS, ACESSO ABERTO AO CONHECIMENTO CIENTÍFICO E AS POLÍTICAS INSTITUCIONAIS", e teve como objetivo analisar o desenvolvimento do Acesso Aberto no Brasil a partir dos repositórios institucionais de acesso aberto brasileiros identificados por esta pesquisa, bem como as políticas institucionais de acesso aberto perante os paradigmas do Acesso Aberto e dos direitos fundamentais. Almejou-se, assim, dar destaque à proteção e efetivação do direito de acesso ao conhecimento, informação e ao material científico. Tais análises foram feitas a partir de dados coletados dos diretórios internacionais de acesso aberto (ROAR, openDOAR, RCAAP e ROARMAP) e do portal nacional IBICT. A metodologia empregada foi a pesquisa documental e a análise comparativa, além do método indutivo. Como resultado, entendeu-se que o número total de instituições de pesquisa que adotam o acesso aberto é pequena frente ao número total de instituições, públicas e privadas, existentes no Brasil. Também concluiu-se que o número de políticas institucionais classificadas como satisfatórias, por essa pesquisa, é tímido perante ao número total de repositórios identificados. Dessa forma, compreendemos que a sustentabilidade e amplitude do acesso aberto brasileiro dependem da existência de estruturas políticas, administrativas, tecnológicas e jurídicas aptas a assegurar sua longevidade.

Palavra-chave: Direitos Autorais; Políticas Públicas; Acesso Aberto.

1 O presente trabalho é fruto de um projeto intitulado "DIREITOS AUTORAIS, ACESSO ABERTO AO CONHECIMENTO CIENTÍFICO E AS POLÍTICAS INSTITUCIONAIS" que foi financiado pela FAPERJ (Processo: E-26/201.040/2014) e sob orientação do Profº Dr. Allan Rocha de Souza.

2 Acadêmico de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ – ITR). Pesquisador da Propriedade Intelectual no NEDAC – UFRRJ. Bolsista de Iniciação Científica da FAPERJ sob a orientação do Profº Dr. Allan Rocha de Souza. E-mail: wemertonmonteiro@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, constatou-se o surgimento de novas áreas científicas e, por consequência, o aumento da literatura científica. Esse crescimento está intimamente ligado à tecnologia da informação que viabilizou um célere desenvolvimento da produção científica através dos novos meios de comunicação.

Ao mesmo tempo, observou-se um crescimento acentuado das editoras comerciais que se especializaram no segmento de conteúdo académico. Aos poucos a divulgação dos resultados das pesquisas acadêmicas, que eram feitas, majoritariamente, por sociedades científicas e instituições de pesquisa, foram sendo dominados pelas editoras comerciais que aumentaram gradativamente os valores das revistas científicas. Ocorreu, assim, uma valorização dos objetivos comerciais em detrimento à partilha do conhecimento científico, uma verdadeira mercantilização da literatura científica.

Por conta do custo elevado de aquisição e manutenção de coleções de revistas científicas, muitas universidades e outras instituições foram forçadas a reduzirem suas assinaturas. Ao mesmo tempo, países economicamente pequenos tiveram seus acessos ainda mais restringidos ao material científico, impossibilitando-os assim a realizarem uma real e efetiva contribuição académica. Esses fatores estavam freando a comunicação científica.

Neste contexto, o movimento de Acesso Aberto nasce da antiga vontade de pesquisadores e cientistas de publicarem os seus resultados em revistas científicas, sem qualquer remuneração, em prol da difusão do conhecimento e do desenvolvimento social, alinhada ao desenvolvimento tecnológico: à internet, marco histórico para a Ciência da Informação.

A internet, como mecanismo de comunicação, tornou-se suporte para a difusão e consolidação desse movimento que cresce em todo o mundo. Além disso, ela possibilitou a eliminação de barreiras de acesso ao material científico, viabilizando, desse modo, uma distribuição por via eletrônica e em escala global, da literatura científica.

O acesso aberto promove o acesso livre e irrestrito às publicações científicas e traz um enriquecimento da educação, bem como um desenvolvimento social firmado no diálogo intelectual e pautado na solidariedade entre os mais dissímeis atores do mundo académico e científico.

2. O DIREITO DE ACESSO AO CONHECIMENTO CIENTÍFICO, À INFORMAÇÃO, À EDUCAÇÃO E A CULTURA

O constitucionalismo democrático tem como principais fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e a cidadania (art. 1º, II, da CF/88). A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental e basilar de todos os princípios e garantias constitucionais. Como afirma BARROSO (2014: 45) "como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais". Assim, ela é legitimadora de direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade, à integridade física, à autonomia privada, entre outros. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana é um conjunto mínimo necessário para qualquer ser humano viver harmonicamente em sociedade.

Nesse sentido, o direito de acesso à informação (art. 5º, XIV)[3], que implica na proteção do direito de procurar, levantar, consultar, pesquisar, coletar ou receber informações, deve ser garantido pelo Poder Público, evitando, assim, sua obstrução. O direito de acesso à educação (art. 205)[4] também deve ser assegurado, pois a educação é instrumento essencial para o livre desenvolvimento e adaptação do ser humano em sociedade (PIAGET; 1973: 39), cabendo, desse modo, ao Estado e à sociedade fornecerem meios adequados de formação educacional, desde os níveis mais básicos até os níveis mais altos

3 Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Art. 5º, XIV. É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

4 Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Já o direito à cultura (art. 215)[5], privilegiado pelo legislador constituinte que garantiu o acesso às fontes culturais, deve ser protegido. O Estado deve garantir o pleno exercício dos direitos culturais apoiando e incentivando a valorização e a difusão de todo o tipo de manifestação cultural e, desse modo, adequando-se aos parâmetros internacionais, aos próprios objetivos da República Federativa do Brasileira, como o de *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I)[6] e aos direitos e garantias sociais (Caput do art. 6º)[7] elencados em nossa Constituição, que também garantem o acesso à educação como um direito fundamental e exigível, de um modo geral, por qualquer pessoa – *princípio da universalidade*. Todos esses direitos dispostos em nossa Constituição, possuem origem e fundamento, como visto, no princípio basilar do nosso Estado Constitucional Democrático: a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, é dever do Estado atuar como garantidor e regulador da efetivação do acesso à cultura, educação e conhecimento científico. Devendo garantir aos indivíduos o seu pleno exercício, como dispõe os artigos 205[8] da Constituição Federal que é dever do Estado assegurar aos indivíduos um acesso à ambientes sociais que possibilitem o desenvolvimento intelectual de cada pessoa, permitindo, assim, o pleno exercício da cidadania. O artigo 215[9] impõe ao Estado o dever de garantir aos indivíduos o pleno exercício dos direitos culturais, bem como o de apoiar e incentivar a valorização das culturas. Além de difundir as mais

5 Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Art. 3º, I. construir uma sociedade livre, justa e solidária.

7 Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

8 Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho

9 Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

variadas manifestações culturais de forma a permitir o acesso às fontes da cultura nacional.

A constituição também deu relevante papel social às universidades quando garantiu às mesmas a competência de criar critérios relevantes do conhecimento a ser transmitido e as fontes de transmissão desse conhecimento. Outro pontos relevantes que podemos observar é a liberdade dada aos professores para decidirem como irão lecionar ou realizar as pesquisas. Desse modo, ao terem autonomia administrativa, podem elaborar suas próprias normas de organização interna, escolher seus dirigentes e administrar seus recursos humanos e materiais. As Universidades Públicas também possuem autonomia de a gestão financeira e patrimonial, podendo gerir os recursos públicos disponíveis. Desta maneira, o legislador constituinte possibilitou às universidades um relevante papel social para concretizar o direito fundamental à educação, disseminando e promovendo o acesso ao conhecimento, conforme disposto no artigo 207[10] da Constituição.

Ao mesmo tempo, é preciso recordar que os direitos autorais são direitos fundamentais por força do inciso XXVII[11] do artigo 5º da Constituição de 1998. O inciso XXVII garante aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, bem como transmiti-los aos seus herdeiros pelo tempo disposto na lei.

Todavia, essa proteção constitucional, mesmo não dispondo expressamente que esses direitos devem observar os *interesses sociais e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*, como ocorre com a Propriedade Industrial (art. 5º, XXIX[12]), não afasta o condicionamento do

10 Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

11 Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Art. 5º, XXVII. Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

12 Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Art. 5º, XXIX. A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País

gozo aos direitos autorais conforme à sua função social. Essa interpretação é garantida pela aplicação da exegese do inciso XXIII, do artigo em comento, que implica que a *propriedade atenderá a sua função social* e de outros valores que inspiraram o sistema. Assim ensina PERLINGIER (2008: 940):

> "Em um sistema inspirado pela solidariedade política, econômica e social e pelo pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel promocional, de maneira que a disciplina das formas proprietárias e a sua interpretação deverão ocorrer de forma a garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento".

Dessa forma, os direitos autorais também estão submetidos à função social. Aduz SOUZA (2005: 319) que "a definição da função social dos direitos autorais é o reflexo da expressão dos direitos da coletividade na estrutura jurídica de proteção aos direito autorais". Com efeito, os direitos autorais, também sendo direitos fundamentais, não são superiores que outros direitos de natureza igualmente fundamental, como o direito à educação, à cultura e à informação. Devendo estes últimos serem protegidos em face dos primeiros quando apresentarem os critérios levantados por SOUZA (2005: 319): "ausência de fins lucrativos; finalidade instrucional, cultural ou informativa; não causar prejuízo relevante ou injustificado à exploração comercial da obra; aplicabilidade exclusiva sobre os direitos patrimoniais". Destarte, a função social dos direitos autorais acaba reequilibrando o atual sistema autoral frente aos diversos interesses da coletividade.

3. O ACESSO ABERTO BRASILEIRO

O acesso aberto cresceu gradativamente após a BOAI, ganhando dimensões e novos seguidores. No Brasil não foi diferente e ações em prol do acesso aberto foram criadas. Em 2005, por iniciativa do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia – IBICT -, fora lançado o "Manifesto Brasileiro de Apoio ao Acesso Livre à Informação Científica". O manifesto, que é baseado nos termos da Declaração de Berlim, tem como objetivos a promoção do registro e da disseminação

da produção científica brasileira em conformidade com os paradigmas do acesso livre à informação, bem como estabelecer uma política nacional de acesso aberto à informação científica e buscar o apoio da comunidade científica em prol desse movimento.

Além disso, o mesmo traz diversas recomendações à comunidade científica, como o comprometimento das instituições acadêmicas de criar repositórios institucionais e temáticos em acesso aberto e de requerer que seus pesquisadores depositem uma cópia de seus artigos publicados nos respectivos repositórios em acesso aberto. Além das orientações às instituições acadêmicas, ela também orienta os pesquisadores (autores), as agências de fomento e as editoras comerciais e não comerciais. O documento disponível online traz alguns termos das recomendações em negrito para destacar a relevância de tais recomendações, tais como *imperativo, primordial, necessário, imprescindível* e *recomendável*.

Já em setembro daquele mesmo ano, participantes do *International Seminar on Open Acces* elaboraram a "Declaração de Salvador sobre o Acesso Aberto: a perspectiva dos países em desenvolvimento". Vale destacar que o documento reconhece a indispensabilidade da pesquisa científica e tecnológica para o desenvolvimento social e econômico e a necessidade da comunicação científica de forma ampla e gratuita para estender o patrimônio do conhecimento científico. A declaração também propõe que os governos deem alta prioridade ao acesso aberto nas políticas públicas, exigindo que todas as pesquisas financiadas pelo setor público sejam publicadas conforme os paradigmas do acesso aberto. Também orienta que realizem a inclusão das custas da publicação como parte do custo para realização da pesquisa e apoiem as iniciativas em prol do acesso aberto e aos periódicos e repositórios nacionais de acesso aberto.

Ainda em 2005, foi publicada a "Carta de São Paulo", que é uma declaração de apoio ao acesso aberto à literatura científica. Esse documento foi elaborado por professores, pesquisadores, bibliotecários, alunos, entre outros, que reconhecem a importância da disseminação da pesquisa. A carta, como as outras declarações, também reconhece o papel imprescindível do acesso aberto para o desenvolvimento do conhecimento

científico e da sociedade. Traz também diversas recomendações para as instituições de pesquisa, pesquisadores, editoras e agências de fomento, como a disponibilização da literatura científica de forma integral e gratuita através da internet.

Esses três documentos foram de suma importância para a consolidação do movimento de acesso aberto no Brasil. Nesse sentido, aduz TABOSA e OUTROS (p. 56, 2013) que "no Brasil, o movimento do acesso livre tomou forma em 2005 com o Manifesto Brasileiro de Apoio ao Acesso Livre à Informação Científica, com a Declaração de Salvador sobre Acesso Aberto e com a Carta de São Paulo".

Além dessas primeiras iniciativas, tivemos em 2006 a publicação da Declaração de Florianópolis por pesquisadores brasileiros da área de Psicologia com o intuito de apoiar o acesso aberto, afirmando seus benefícios e trazendo recomendações para consolidação do acesso aberto no Brasil.

No ano de 2007, fora protocolado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1.120 de 2007, de autoria do Deputado Federal Rodrigo Rollemberg (PSB/DF). Tal projeto visava obrigar as instituições públicas de ensino superior a construírem os repositórios institucionais para depósito de toda produção técnico-científica do corpo docente e discente. No entanto, tal projeto não vingou e foi arquivado

Em 2011, como Senador Federal da República, Rodrigo Rollemberg submeteu um projeto semelhante no Senado. A passos lentos o projeto ainda tramita no Senado Federal, estando, desde 26/02/2015, na CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania -, pronto para a pauta na comissão. Contudo, a matéria já tem o voto contrário do Senador Alvaro Dias que pediu a rejeição do projeto de lei.

4. METODOLOGIA DE ANÁLISE DOS REPOSITÓRIOS E POLÍTICAS INSTITUCIONAIS DE ACESSO ABERTO

Como já mencionado, o presente trabalho é fruto de uma pesquisa intitulada "DIREITOS AUTORAIS, ACESSO ABERTO AO CONHECIMENTO CIENTÍFICO E AS POLÍTICAS INSTITUCIO-

NAIS", que foi iniciada no final do ano de 2014 e concluída em 2016. Para alcançar os objetivos propostos pelo presente trabalho, dividiu-se a pesquisa em quatro fases: 1ª fase – Elaboração do Panorama Histórico; 2ª fase – Coleta dos dados dos relativos aos repositórios institucionais brasileiros de acesso aberto nos diretórios selecionados; 3ª fase – Organização e estruturação dos dados; 4ª fase – Análise e interpretação dos dados. Passa-se a análise individual das mesmas.

A melhor forma de contextualizar o atual papel que desempenha o acesso aberto em nossa sociedade fora retomando aos períodos de sua formação e verificar seus processos de modificação. Nesse sentido, buscou-se compreender a estrutura, natureza e a função do acesso aberto. Para isso, utilizando-se do método de pesquisa histórico, foram identificados os principais acontecimentos que influenciaram e propulsionaram o acesso aberto.

Na pesquisa documental, foram coletados os documentos originais que serviram de base para a constituição e consolidação do acesso aberto, tais como: *Declaração de Santo Domingo* (1999*), Declaração sobre a ciência e o uso do conhecimento científico* (1999); *Agenda para a ciência – uma base de ação* (1999); *Budapest Open Access Initiative* (2002); *Bethesda Statementon Open Access Publishing* (2003); *Berlin Declarationon Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities* (2003); *Manifesto Brasileiro de Apoio ao Acesso Livre à Informação Científica* (2005); *Declaração de Salvador sobre o Acesso Aberto: a perspectiva dos países em desenvolvimento* (2005); *Carta de São Paulo* (2005), entre outros. Esses documentos foram essenciais para compreender a constituição e evolução do acesso aberto ao conhecimento científico.

Em relação à pesquisa bibliográfica, após intensa busca pelos trabalhos publicadas sobre o tema de estudo, principalmente artigos científicos, vários autores foram identificados cujos trabalhos foram relevantes para a consecução dessa pesquisa, tais como: HARNAD (1994); SARMENTO e OUTROS (2005); CIVALLERO (2006); KURAMOTO (2006); BABINI (2011); RODRIGUES (2013); TABOSA (2013); MARRA (2014); entre tantos outros que estão listados na seção "bibliografia".

A partir desses documentos elaborou-se um panorama histórico descrevendo os principais fatos e iniciativas relevantes que contribuíram para a constituição do movimento do acesso aberto à informação científica e de seus paradigmas.

Em ato contínuo, passou-se para a segunda fase da pesquisa: encontrar o número de repositórios institucionais de acesso aberto existentes no Brasil que mais se aproximam da realidade e descobrir quantos estão efetivamente ativos. Empregando-se o método indutivo, reuniu-se um conjunto suficiente de dados constatados para inferirmos uma verdade geral, não contida nas partes individualmente examinada. Nessa fase, merece destaque o artigo de MARRA (2014), intitulado "*Visibilidade dos repositórios institucionais brasileiros: análise de diretórios internacionais de acesso aberto*", que apresentou os principais diretórios internacionais de acesso aberto, verdadeiros caminhos para a identificação dos repositórios institucionais brasileiros de acesso aberto.

Os diretórios internacionais de acesso aberto utilizados para buscarmos os repositórios foram os seguintes: *Registry of Open Access Repositories – ROAR*; *The Directory of Open Access Repositories – openDOAR*; *Repositório Científico de Acesso de Portugal – RCAAP*; e o *Registry of Open Access Repository Mandates and Policies – ROARMAP*. Além dos diretórios internacionais, também utilizou-se do portal nacional do *Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia – IBICT* – para alcançar os objetivos científicos da pesquisa.

A partir dessas bases de dados, foram coletados dados de identificação relativos aos repositórios institucionais brasileiros de acesso aberto, tais como: I) nome do repositório; II) nome da instituição a qual pertence o repositório; III) tipo de repositório (institucional, temático ou de tese e dissertações); IV) área de conhecimento dos repositórios; V) software dos repositórios; VI) site ou sítio dos repositórios; VII) data da ativação dos repositórios; VIII) número de registros dos repositórios; IX) Estado brasileiro ao qual pertence a instituição mantenedora do repositório institucional de acesso aberto; X) Políticas Institucionais de Acesso Aberto. Estes dados foram cuidadosamente organizados em planilha Excel 2013,

criando para cada dado coletado uma coluna específica na planilha.

Posteriormente, acessou-se os sites de cada repositório institucional de acesso aberto brasileiro em busca de suas respectivas políticas institucionais de acesso aberto. Esses novos dados foram incorporados à planilha inicial.

Concluída a fase de coleta dos dados relativos aos repositórios institucionais brasileiros de acesso aberto, passou-se à classificação e elaboração dos dados de forma sistemática. Os dados foram classificados e elaborados seguindo a ordem proposta por LAKATOS e MARCONI (p. 166, 2003): *seleção*, *codificação* e *tabulação*.

A *seleção* foi a fase onde realizou-se um cuidadoso exame dos dados colhidos e os mesmos foram submetidos a uma verificação crítica "a fim de detectar possíveis falhas ou erros, evitando informações confusas, distorcidas, incompletas, que podem prejudicar o resultado da pesquisa" (p. 166, 2003). Assim, foram eliminados os dados duplicados e completados os dados que não informados nos diretórios. Ainda se conferiu a veracidade dos dados obtidos nos diretórios através dos respectivos endereços eletrônicos dos repositórios institucionais e atualizou-se os sites e outros dados desatualizados. Também foram excluídos todos os dados relativos a bases de dados que não eram repositórios propriamente ditos, tais como periódicos.

Logo após, foi realizado a *codificação*, entendida como "técnica operacional utilizada para categorizar os dados que se relacionam" (p. 167, 2003). Primeiro, os dados obtidos foram categorizados por ordem alfabética, o que facilitou a identificação dos repositórios institucionais. Depois, os dados referentes aos nomes dos repositórios e os relativos às políticas públicas institucionais receberam cores diferenciadas para facilitar suas identificações em relação aos outros dados. Desse modo, os dados foram transformados em símbolos o que, posteriormente, permitiu contá-los e tabelá-los.

Por fim, foi feito a *tabulação* dos dados. Os dados foram dispostos em tabela que permitiu sua melhor verificação e interpretação.

Após os dados serem obtidos e organizados, passou-se para a fase final e núcleo central da pesquisa: *análise e interpretação dos dados.* Nessa fase da pesquisa procurou-se dar expandir o entendimento dos dados obtidos, vinculando-os à própria história do acesso aberto internacional e brasileiro, principalmente aqueles acerca das políticas institucionais de acesso aberto.

Para a concretização dessa etapa, recorreu-se à dois métodos científicos: o *funcionalista* e o *comparativo*. O método funcionalista é entendido, por muitos autores, como um método de interpretação, pois ele prioriza ótica da função dos institutos. Assim, observou-se os repositórios institucionais de acesso aberto ao conhecimento científico do ponto de vista da função de sua unidade, ou seja, como um sistema organizado de atividades. Desse modo, valorizou-se a sua efetiva função no meio social, desqualificando a sua mera existência.

Alcançado esse entendimento, observou-se que as políticas institucionais de acesso aberto são instrumentos indispensáveis para a existência e sobrevivência funcional de qualquer repositório institucional de acesso aberto. Nesse sentido, selecionou-se as principais recomendações disposta no texto "*ten years on from the Budapest Open Access Initiative: setting the default to open",* disponível no site da *Budapest Open Acess Initiative*, e utilizou-se dos mesmos como parâmetros básicos e necessários para avaliar as políticas institucionais de acesso aberto colhidas durante a segunda fase da pesquisa. As recomendações selecionadas foram transformadas em perguntas e dispostas em uma tabela de para facilitar a análise e comparação com as políticas institucionais de acesso aberto coletadas. Tais recomendações, que agora são parâmetros/critérios para a finalidade dessa pesquisa, foram dispostas na seguinte ordem:

I) A Política Institucional de Acesso aberto é mandatória?

II) A Política orienta os autores a realizar o depósito no momento da aceitação para publicação?

III) A Política permite o auto-depósito aos pesquisadores e acadêmicos membros da instituição?

IV) Há necessidade de revisão por pares antes do material ser depositado?

V) A política respeita a liberdade dos acadêmicos de submeter seus trabalhos em outras revistas?

VI) A licença utilizada pelo repositório é a CC-BY ou equivalente?

Por fim, concluída a elaboração dos parâmetros, trabalhou-se com o método *comparativo* para qualificar as políticas institucionais de acesso aberto coletadas de forma *qualitativa.*

Após a análise e comparação minuciosa das políticas institucionais de acesso aberto, as políticas foram qualificadas em três grandes grupos: I) *satisfatória*, que apresentou em seu texto 5 (cinco) ou 6 (seis) dos requisitos listados; II) *significante*, que cumpriu com pelo menos 4 (quatro) dos 6 (seis) requisitos; III) *inviáveis*, políticas que cumpriram somente 2 (dois) ou nenhum dos requisitos.

5. RESULTADO DA ANÁLISE DOS REPOSITÓRIOS INSTITUCIONAIS E DAS POLÍTICAS INSTITUCIONAIS DE ACESSO ABERTO

A partir do levantamento de dados colhidos nos diretórios internacionais e do portal nacional do IBICT, bem como da análise qualitativa dos dados obtidos, chegou-se ao resultado de 130 (cento e trinta) repositórios identificados. Após uma análise mais apurada – realizada na fase de elaboração dos dados –, constatou-se que dos 130 (cento e trinta) repositórios identificados, somente 107 (cento e sete) eram de fato repositórios institucionais e os outros 23 (vinte e três) eram identificados como periódicos ou revistas eletrônicas.

Esses 107 repositórios diferentes identificados estão dispostos em 86 (oitenta e seis) instituições que são filiadas aos ideias do acesso aberto ao conhecimento científico. Dessas 86 instituições, 54 (cinquenta e quatro) são universidades, 13 (treze) são institutos de pesquisa e 19 (dezenove) são instituições de outra natureza.

Em relação às políticas institucionais de acesso aberto ao material científico, observou-se que somente 63 (sessenta e três) repositórios possuem algum tipo de política institucional de acesso aberto e estes estão dispostos em 51 (cinquenta e uma) instituições universitárias ou de pesquisa. Assim, conclui-se que o número total de políticas institucionais de acesso aberto é de 63 (sessenta e três), sendo que algumas instituições possuem mais de uma política, cada qual voltada para um repositório diferente.

As políticas foram classificadas em *satisfatória*, *significantes* e *insatisfatória*, conforme os critérios elaborado na fase 4 da pesquisa[13]. Das 63 políticas institucionais de acesso aberto encontradas, apenas 27 (vinte e sete) foram classificadas como satisfatórias, ou seja, aproximadamente 42,86%. Outras 7 (sete) foram classificadas como significantes e 29 (vinte e nove) foram classificadas como inviáveis, ou seja, aproximadamente 46,04% do total de políticas públicas de acesso aberto analisadas.

O resultado dos dados analisados e interpretados foram dispostos nas tabelas que se seguem:

Tabela I – Repositórios	**nº**	**%**
Nº total de repositórios diferentes identificados	107	
Nº total de repositórios que possuem algum tipo de política pública de Acesso Aberto	63	58,88%[1]

1. Número relativo frente ao número total de repositórios diferentes identificados.

Tabela II – Instituições	**nº**	**%**
Nº total de Instituições que possuem repositório	86	
Nº de universidades pública e privadas	54	62,79%[1]
Nº de institutos de pesquisa	13	15,11%[2]
Nº de instituições de outros tipos	19	22,1%[3]

1. Número relativo frente ao número total de instituições que possuem repositórios.

13 Os critérios utilizados foram explicados na seção "B) O que foi feito desde então".

2. Número relativo frente ao número total de instituições que possuem repositórios.

3. Número relativo frente ao número total de instituições que possuem repositórios.

Tabela III – Instituições	**nº**	**%**
Nº total de instituições que possuem repositórios com políticas públicas de Acesso Aberto	51	

Tabela IV – Políticas	**nº**	**%**
Nº total de Políticas Institucionais de Acesso Aberto diferentes identificadas	63	
Nº de políticas públicas de Acesso Aberto classificadas como SATISFATÓRIA	**27**	42,86%[1]
Nº de políticas públicas de Acesso Aberto classificadas como SIGNIFICANTES	7	11,1%[2]
Nº de políticas públicas de Acesso Aberto classificadas como INVIÁVEIS	**29**	46,04%[3]

1. Número relativo frente ao número de políticas institucionais diferentes.

2. Número relativo frente ao número de políticas institucionais diferentes.

3. Número relativo frente ao número de políticas institucionais diferentes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observado nas tabelas acima, o número total de repositórios institucionais de acesso aberto identificado foi de 107 (cento e sete) repositórios, que estão dispostos em 86 (oitenta e seis) instituições de pesquisa. Contudo, esse número de instituições de pesquisa identificadas é relativamente pequeno frente ao número total de instituições de pesquisa, públicas e privadas, existentes no Brasil.

Em relação as políticas institucionais de acesso aberto que foram classificadas como *satisfatórias* é tímido perante o número total de repositórios identificados. Desse modo, pôde-se concluir que as políticas institucionais realmente não se encontram desenvolvidas ao nível necessário para serem sustentáveis.

Nesse sentido, o movimento de acesso aberto à produção científica no Brasil obteve sucesso relativo, pois conseguiu razoável aderência. Já a realização de resultados foi menos otimista. A sustentabilidade destas iniciativas e a amplitude dos resultados são, contudo, dependentes da existência de estruturas políticas, administrativas, tecnológicas e jurídicas aptas a assegurar sua longevidade. E isto só parece possível de ser alcançado com o desenvolvimento de sólidas políticas e ações institucionais de acesso aberto. E as políticas institucionais de acesso aberto que se mostraram mais compreensivas e completas indicam a necessidade de uma decisão política institucional e formal clara em direção ao acesso livre e gratuito, a construção de sistemas informáticos capazes de gerir tanto a inclusão de novos conteúdos como o acesso, o estabelecimento de procedimentos logístico-administrativos e a elaboração de documentos jurídicos compreensivos de inclusão de conteúdo (cessões e licenças) e acesso a este conteúdo (termos de uso).

É o que observamos com a análise do conjunto de repositórios apresentados. Ainda que o potencial do acesso aberto ainda seja subaproveitado pelas instituições científicas, suas ações neste sentido continuam sendo valiosas, pois indicam os caminhos, obstáculos e também formas de superação das dificuldades e efetivação substancial.

REFERÊNCIAS

AGENDA para ciência. *Conferência Mundial sobre a Ciência para o Século XX*. Budapeste. 1999. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ue000207.pdf>. Acessado em: ago 2016.

ALPERIN J.P., FISCHMAN G.E., WILLINSKY J. *Open access and scholarly publishing in Latin America: ten flavours and a few reflections*. Liinc em Revista, v.4, n.2. 2008. p.172-185. Disponível em: <https://kuramoto.files.wordpress.com/2011/05/alperin.pdf>. Acesso em: ago de 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos de autor e direitos conexos*. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ABINI, D. *Acceso abierto a la producción científica de América Latina y el Caribe. Identificación de principales instituciones para estrategias de integración regional*. Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad CTS. Centro de Estudios sobre Ciencia Desarrollo y Educación Superior, 2011. p.1-24. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10760/15574>. Acesso em: ago 2016.

BAILEY, C. *Open Access and Libraries*. Disponível em: <http://homepage.univie.ac.at/juan.gorraiz/Vortrag/OA-bailey.pdf>. Acesso em: ago 2016.

BARROS, M. *A primavera acadêmica e o custo do conhecimento*. Liinc em revista, v. 8, n. 2. P. 365-377. 2012. Disponível em: < liinc.revista.ibict.br/index.php/liinc/article/download/486/377 >. Acesso em: ago 2016.

BERLIN Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities. Conference on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities, Berlin, Outubro, 2003. Disponível em: <http://oa.mpg.de/lang/en-uk/berlin-prozess/berliner-erklarung/>. Acesso em: ago 2016.

BETHESDA Statement on Open Access Publishing. Meeting on Open Access Publishing, Bethesda. Abril. 2003. Disponível em: <http://legacy.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm>. Acesso em: ago 2016.

BUDAPEST Open Access Initiative - BOAI. Budapest Open Access Initiative. Budapeste. 2002. Disponível em: <http://www.opensocietyfoundations.org/openaccess/read>. Acesso em: ago 2016.

BRASIL. Projeto de lei 1.120 2007, de 2007. Dispõe sobre o processo de disseminação da produção técnico-científica pelas instituições de ensino superior no Brasil e dá outras providências. 2007. Projeto de lei. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=352237>. Acessado em: ago 2016.

BRASIL. Projeto de lei do Senado 387/2011, de 2011. Dispõe sobre o processo de registro e disseminação da produção técnico-científica pelas instituições de educação superior, bem como as unidades de pesquisa no Brasil e dá outras providências. 2011. Projeto de lei.

Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101006>. Acessado em: ago 2016.

CARTA de São Paulo. Dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.acessoaberto.org/carta_de_sao_paulo_acesso_aberto.htm>. Acesso em: ago 2016.

CIVALLERO, E. *Open Access: experiencias latinoamericanas*. In II Congreso Internacional de Bibliotecología e Información, Lima, Perú, 13-15 de novembro de 2006. Anais. 2006. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10760/11621>. Acesso em: jan 2013. Disponível em: < http://www.aacademica.org/edgardo.civallero/80.pdf >. Acesso em: ago. 2016.

COSTA, Sely Maria de Souza. *Abordagens, estratégias e ferramentas para o acesso aberto via periódicos e repositórios institucionais em instituições acadêmicas brasileiras*. Liincem Revista, v.4, n.2, set. 2008, p. 218-232. Disponível em: <http://www.ibict.br/liinc>. Acesso em: 11 de maio de 2015.

COSTA, Sely Maria de Souza; KURAMOTO, Hélio, e LEITE, Fernando L. M. *Acesso Aberto no Brasil: aspectos históricos, a*ções institucionais e panorama a*tual*. In: Eloy Rodrigues, Alma Swan e Ana Alice Baptista (editores). Uma Década de Acesso Aberto na UMinho e no Mundo. Braga: Universidade do Ninho, 2013, p. 133-150. Disponível em:<https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/8982/1/Biblioteca%20Digital%20do%2 0IPB.pdf>. Acesso em: ago de 2016.

DECLARAÇÃO de Salvador sobre o Acesso Aberto: a perspectiva dos países em desenvolvimento. International Seminar on Open Access. Setembro de 2005. Disponível em: < http://www.icml9.org/public/documents/pdf/pt/Dcl-Salvador-AcessoAberto-pt.pdf >. Acesso em: ago 2016.

DECLARAÇÃO de Santo Domingo. República Dominicana, Junho de 2002. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ue000112.pdf >. Acesso em: ago 2016.

DECLARAÇÃO sobre a ciência e o uso do conhecimento científico. Conferência Mundial sobre a Ciência para o Século XX. Julho de 1999. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ue000111.pdf>. Acesso em: ago 2016.

DECLARAÇÃO DE FLORIANÓPOLIS. Associação Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Psicologia – ANPEPP. Florianópolis, Maio de 2006. Disponível em: http://newpsi.bvs-psi.org.br/eventos/abecip/DeclFlor.pdf. Acessada em: ago. 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: ago de 2016.

FRIEND, Frederick. *From toll acess to Open Acess: The concept and evolution of new models for research communication*. In: Eloy Rodrigues, Alma Swan e Ana Alice Baptista (editores). UmaDécada de Acesso Aberto na UMinho e no Mundo. Braga: Universidade do Ninho, 2013, p. 15-24. Disponível em:<https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/8982/1/Biblioteca%20Digital%20do%2 0IPB.pdf>. Acesso em: ago de 2016.

GOMES, S. L. R. *O Acesso Aberto ao conhecimento científico: o papel da universidade brasileira.* RECIIS – Rev. Eletron. De Comum. Inf. Inov. Saúde. Jun 2014; 8(2) – p. 93 -106. Disponível em: < DOI: 10.3395/reciis.v8i2.936.pt>. Acessado em: ago 2016.

HARNAD, S. *A Subversive Proposal*. n: Ann Okerson James O'Donnell. Scholarly Journals at the Crossroads: A Subversive Proposal for Electronic Publishing. Washington, DC., Association of Research Libraries, 1994. Disponível em: <http://www.arl.org/scomm/subversive/toc.html>. Acesso em: ago 2016.

HARNAD, S. *Research access, impact and assessment*. Times higer education supplement, n. 18. maio 2001. Disponível em: <http://eprints.soton.ac.uk/255950/>. Acesso em: ago 2016.

IBICT - Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia : Disponível em:<http://www.ibict.br/informacao-para-ciencia-tecnologia-e-inovacao%20/repositorios-digitais/repositorios-brasileiros>. Acesso em: ago de 2016.

KURAMOTO, H. *Acesso livre à informação científica: novos desafios*. Liinc em Revista, v.4, n.2, setembro 2008, Rio de Janeiro, p. 154 – 157. Disponível em: <http://repositorio.ibict.br/bitstream/123456789/154/1/Kuramoto,%20H.pdf>. Acessado em: ago 2016.

KURAMOTO, Hélio. *Acesso livre: caminho para maximizar a visibilidade da pesquisa.* Revista de Administração Contemporânea. Curitiba, v. 12, n. 3, p. 861-872, jul./set. 2008. Disponível em:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=84012313>. Acesso em: ago de 2016.

KURAMOTO, Hélio. *Acesso Livre: uma solução adotada em todo o globo; porém, no Brasil parece existir uma indefinição*. RECIIS – Revista Eletrônica de Comunicação Informação e Inovação emSaúde., 2014, vol. 8, n. 2., p. 166-179. Disponível em: <http://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/630/1270>. Acesso em: ago 2016.

KURAMOTO, H. *O PL 1120/2007 foi arquivado indevidamente*. Blog do Kuramoto: este blog se dedica a questões relacionadas ao Open Access. 10 mar 2011. Página web. Disponível em: <http://kuramoto.blog.br/2011/03/10/pl-11202007-foi-arquivado-indevidamente/>. Acesso em: ago 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 5º ed. Editora Atlas, São Paulo 2003. Disponível em: <https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india>. Acessado em: ago 2016.

LEITE, F. C. L. *Como gerenciar e ampliar a visibilidade da informação científica brasileira*. IBCT, Out 2009. Disponível em: <http://livroaberto.ibict.br/bitstream/1/775/4/Como%20gerenciar%20e%20ampliar%20a%20visibilidade%20da%20informa%C3%A7%C3%A3o%20cient%C3%ADfica%20brasileira.pdf>. Acessado em: ago 2016.

LAGOZE, C.; VAN DE SOMPEL, H. *The Open Archives Initiative: Building a low-barrier interoperability framework*. Proceedings of the ACM/IEEE Joint Conference on Digitial Libraries, Roanoke VA. Jun. 24-28, 2001, Anais. p. 54-62. Disponível em: <http://www.openarchives.org/documents/jcdl2001-oai.pdf>. Acesso em: ago 2016.

LIMA, Telma; MIOTO, Regina. *Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica*. Rev. Katál, Florianópolis, v. 10, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rk/v10nspe/a0410spe.pdf>. Acesso em: ago 2016.

MANIFESTO Brasileiro de Apoio ao Acesso Livre à Informação Científica. Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia. 2005. Disponível em: < http://livroaberto.ibict.br/Manifesto.pdf >. Acesso em: ago 2016.

MARRA, Patrícia S. C. *Visibilidade dos repositórios institucionais brasileiros: análise de diretórios internacionais de acesso aberto*. RECIIS, Brasília, p. 330 – 343, 03 de set. 2014. Disponível em: <http://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/download/672/1320>. Acessado em: ago 2016.

OpenDOAR - The Directory of Open Access Repositories. Disponível em:<http://www.opendoar.org/find.php>. Acesso em: ago de 2016.

RCCAP – Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal. Disponível em:<http://diretorio.rcaap.pt/>. Acesso em: ago de 2016.

ROARMAP – Registry of Open Access Repository Mandates and Policies. Disponível em: <http://roarmap.eprints.org/>. Acesso em: ago de 2016.

ROAR - Registry od Open Access Repositories. Disponível em: <http://roar.eprints.org/>. Acesso em: ago de 2016.

RODRIGUES, Eloy, e SARAIVA, Ricardo. *RepositóriUM: 10 anos de Acesso Aberto ao Conhecimento*. In: Eloy Rodrigues, Alma Swan e Ana Alice Baptista (editores). Uma Década de Acesso Aberto na UMinho e no Mundo. Braga: Universidade do Ninho, 2013, p. 25-48. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/27502/1/RepositoriUM_10anos.pdf>. Acesso em: ago de 2016.

RODRIGUES, Eloy. *O Acesso Aberto (na UMinho e no mundo): onde estamos e onde vamos?*. RECIIS – Revista Eletrônica de Comunicação

Informação e Inovação em Saúde., 2014, vol. 8, n. 2., p. 180-194. Disponível em:<http://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/631/1271>. Acesso em: ago 2016.

SARMENTO, M.; MIRANDA, A.; BAPTISTA, A.; RAMOS, I. *Algumas considerações sobre as principais declarações que suportam o movimento Acesso Livre*. In: World Congress on Health Information and Libraries, 2005. Salvador, Bahia, Brasil, 20-23 Set. Anais**.** 2005. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10760/8512>. Acesso em: ago 2016.

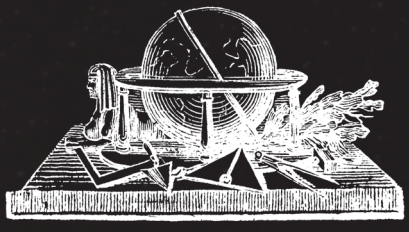
SOUZA, Allan Rocha. *A função social dos direitos autorais*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha. *Direitos Culturais no Brasil.* Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

TABOSA, H. R.; SOUZA, M. N. A. de; PAES, D. M. B.*; Reflexões sobre o acesso aberto à informação científic*a. RACIn, João Pessoa, v. 1, n. 1, p. 50-66, Jan.-Jun. 2013. Disponível em: <http://racin.arquivologiauepb.com.br/edicoes/v1_n1/racin_v1_n1_artigo03.pdf>. Acessado em: ago 2016.

TEN years on from the Budapest Open Access Initiative: setting the default to open. Budapeste, 2012. Disponível em: <http://www.opensocietyfoundations.org/openaccess/boai-10-recommendations>. Acesso em: ago 2016.

II - DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS: Direitos Culturais e a Regulamentação dos Direitos Autorais



DIREITOS DO AUTOR, MÚSICA E TECNOLOGIA: REFLEXÃO JURÍDICA SOBRE SUA CONCILIAÇÃO

Autoras: Adriana Carvalho Pinto Vieira[1] ;Clarissa Melo Indalêncio[2]
Instituição: Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc)

Resumo: A origem de novos instrumentos de tecnologia se pôs como um enorme desafio a ser encarado pelos meios de comunicação. O fácil e rápido acesso à amplitude de conteúdos proporcionada aos usuários pelo ambiente virtual, permitindo o alcance e o armazenamento de um número bastante extenso de todo e qualquer tipo de obra ou criação, vem rebelando as possibilidades de reprodução das obras protegidas por direitos autorais, e deste modo, gerando inquietação no campo jurídico. O presente estudo cuida da natureza jurídica do direito de autor de músicas no Brasil. Analisa-se o mercado de música não vendida e os efeitos da tecnologia na sua distribuição. Propõe-se a rediscussão da Lei nº 9.610/1998 que trata da matéria. Utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal. O constante desenvolvimento dos meios de comunicação deixa evidente o grau de importância que os meios modernos de interação efetuam sobre a convivência entre os indivíduos e os impactos econômicos.

Palavras-chave: Direitos do autor. Música. Tecnologia.

1 Professora Doutora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS) da Unesc, Lider do Grupo de Pesquisa Propriedade Intelectual, Desenvolvimento e Inovação (PIDI), professora colaboradora INC/PPED/UFRJ. Email: dricpvieira@gmail.com
2 Bacharel em Direito pela Unesc. Email: cacah_melo_@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A origem de novos instrumentos de tecnologia se pôs como um enorme desafio a ser encarado pelos meios de comunicação. O fácil e rápido acesso à amplitude de conteúdos proporcionada aos usuários pelo ambiente virtual, permitindo o alcance e o armazenamento de um número bastante extenso de todo e qualquer tipo de obra ou criação, vem rebelando as possibilidades de reprodução das obras protegidas por direitos autorais, e deste modo, gerando inquietação no campo jurídico.

Neste estudo se busca analisar os conflitos de interesses no Direito Autoral no concernente à esfera musical na atualidade, observando a Lei nº 9.610/1998, pertencente ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como irrefreável desenvolvimento tecnológico, sobretudo, da *internet*.

Averigua-se a natureza jurídica do Direito Autoral, considerando os direitos morais e patrimoniais. Demonstra-se a realidade sobre o comércio musical no Brasil, e revela-se os problemas para a resolução de litígios e proteção dos direitos do autor que, devido ao rápido avanço dos meios virtuais de distribuição, tornaram a Lei de Direitos Autorais falha e omissa ao se tratar dos fatos atuais.

2. NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DO AUTOR DE MÚSICAS

O Direito Autoral encontra-se regulado pela Lei n° 9.610 de 1998, e busca garantir ao autor o direito sobre suas obras e criações. Ao criador reserva o direito personalíssimo e exclusivo de reprodução ou publicação, ou mesmo licenciar ou ceder seu conteúdo.

Moraes (2004, p.38) expõe a relevância dos direitos do autor:

> O Direito Autoral é do autor e para o autor, que é o horizonte em relação ao qual tudo deve ser pensado. Assim como "o sábado foi feito para o homem e não o homem para o sábado", o Direito Autoral existe em função do autor, e não o contrário.

Numa perspectiva dualista, aqui adotada, divide-se em direito moral e direito patrimonial. O primeiro é responsável por garantir a autoria da obra intelectual ao criador, direito este personalíssimo, inalienável e irrenunciável. Assegura-se que o autor terá direito de reconhecer a obra como sua e preservá-la da maneira que esta fora originalmente criada ou até mesmo modificá-la antes ou depois de publicada (KISCHELEWSKI, 2014).

Em relação ao direito patrimonial, associado ao proveito econômico que a obra pode trazer ao autor, atribui o direito exclusivo de usar, fruir e dispor de sua criação. Com isto, pode o autor permitir que terceiros reproduzam e usem de sua obra, seja de maneira total ou parcial, para sempre ou por tempo determinado; escolher o local e se haverá custo para tal reprodução; e ainda, receber o valor de no mínimo 5% sobre o aumento do preço da revenda (MENEZES, 2007). Assegura-se a viabilidade legal da exploração econômica da obra por parte do autor, obtendo por meio dela seu proveito pecuniário.

Quando a criação possuir apenas um criador, após seu falecimento, o direito patrimonial se desloca aos seus herdeiros, perdurando por setenta anos, a serem contados a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao seu óbito. Nas obras em que houver co-autoria e em sendo indivisíveis, o prazo se inicia a partir da morte do último co-autor.

Ainda em relação aos direitos morais e patrimoniais, Duarte e Pereira (2009, p. 10) esclarecem:

> O direito de autor tem por objetivo assegurar ao criador uma participação financeira e outra moral, no que diz respeito ao uso da obra que criou (isso, quando não se tratar de uma autorização gratuita). Vale salientar que as obras é que são protegidas e não os autores. Portanto, é desta forma que eles se tornam favorecidos dessa proteção. Para tanto, o surgimento do direito de autor se deu com a criação da obra intelectual, dado que não se pode falar de direito de autor sem a existência de uma obra. O direito de autor protege as formas de expressão das ideias e não as ideias, propriamente ditas. É necessário que elas tomem um corpo físico, expresso mediante um livro, um desenho, um filme ou etc.

No direito autoral, também se regula os direitos de artistas que venham a interpretar ou executar as obras, as quais podem ser, por

exemplo, músicos, dançarinos, atores, cantores, entre outros; que são designados como direitos conexos aos de autor, conforme estipulado no artigo 1º da Lei nº 9.610/1998. (BRASIL, 2016).

O direito autoral, conforme Silva Junior (2006), vem sendo considerado como *sui generis*, especial e peculiar, evoluindo dos direitos de personalidade individuais, expressão clara de sua pisque.

Para Carlos Alberto Bittar (2008, p.20), os direitos autorais:

> [s]ão direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais do autor, com sua obra, de índole própria, ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual.

A música é uma das mais antigas e mais populares entre as artes, está presente em diferentes ramos comerciais e civis, que fazem uso desta buscando maior conforto aos seus clientes, bem como atraí-los, entre outras diversas aplicações, integrando forma de expressão artística que constitui o patrimônio cultural de toda a população (DIAS, 2000). A música é instrumento de linguagem, de expressão e comunicação. Guerreiros Junior (2005, p. 03) apresenta:

> A música é parte integrante da vida do homem e até dos animais e das plantas. O apelo musical estimula e comove. Em quase todos os momentos significativos da história humana, em reuniões tribais ou familiares, e mais tarde em encontros políticos, militares ou religiosos a música tem servido como agente catalisador de emoções e iniciativas. Com música se faz a guerra e se decreta a paz, coroam-se monarcas, depõem-se tiranos, evocam-se prazeres e martírios. Uma simples melodia traz a tona os mais recônditos sentimentos, resgata imagens perdidas, une e afasta pessoas, forma ideologias, celebra conquistas, homenageia os mortos e entretém a sociedade. É uma arte abstrata, mas influi de forma irresistível em todos os corações e mentes. É a companheira inseparável do homem, malgrado e desdenhosa sentença de Napoleão que a classificou como o mais tolerável dos ruídos.

Compreende-se por obra ou composição musical todo gênero de combinações de sons, ora composições, as quais englobam tanto melodia, quanto melodia e letra em justaposição, que possa ser executada ou interpretada

por instrumentos musicais ou pela voz humana e, assim, caracterizada como obra artística protegida pela Lei de Direitos Autorais (COSTA, 1998). Rege o artigo 7º, em seu inciso V, da Lei nº 9.610/98 (BRASIL, 2016):

> Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações de espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:
>
> [...]
>
> V – as composições musicais, tenham ou não letra.

Para que se reconheça uma composição musical, faz-se necessária a presença de melodia, harmonia e ritmo (BENNET, 1986). Para Chaves (1987), melodia é o envio de quantia indeterminada de sons sucessivamente, sons esses que se encaixam um após o outros. Harmonia é decorrente do envio simultâneo de várias melodias. Já o ritmo é a relação decorrente entre o espaço de tempo de cada som de uma melodia. Assim, a obra constituída apenas por harmonia, melodia e ritmo, considera-se música; enquanto que, quando existirem todos estes elementos, acrescidos de título e letra, designa-se como obra lítero-musical; e, quando fixada em suporte, recebe o nome de fonograma. Independentemente da discriminação, toda e qualquer tipo de música recebe proteção da lei brasileira.

3. O MERCADO DA MÚSICA NÃO VENDIDA E A TECNOLOGIA

A cada cd vendido, parte deste valor implica direitos autorais aos músicos e intérpretes. A cada faixa vendida em lojas online, serviços iTunes ou GooglePlay, por exemplo, também são devidos direitos autorais aos músicos e intérpretes. Nesses casos, é relativamente simples quantificar a venda e calcular os royalties dos detentores dos direitos autorais.

Entretanto, quanto se passa à publicação em rádios FM e eventos a complexidade de verificação e a necessidade de fiscalização aumentam consideravelmente.

Cabe ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) arrecadar e distribuir valores, referentes às execuções públicas de obras musicais.

Para que se faça possível o recebimento dos direitos autorais de execução pública aos titulares e artistas, é indispensável que o artista se encontre associado a uma das associações que integram o ECAD, hoje no total de nove. O titular tem o dever de registrar seu repertório junto a sua respectiva associação e mantê-lo atualizado; a obra musical deve ser executada de modo público; deve haver o pagamento da remuneração autoral por estabelecimentos, rádios ou shows que executarem as músicas e, por fim, a execução pública da obra musical deve ser captada pelo ECAD ou informada no roteiro musical (ECAD, 2016a).

A distribuição de valores é feita conforme regulamento próprio de arrecadação que divide em classes o grau de importância da música conforme o local ou a finalidade de uso, sendo indispensável, necessária ou secundária, bem como a frequência deste uso, em eventual ou permanente, e se é apresentada ao vivo ou de maneira mecânica, com ou sem dança (ECAD, 2016b). Observa-se o alcance de relevância da execução de música para a atividade; o tipo de atividade do usuário; a forma de utilização da obra (mecânica ou ao vivo); uma quantia percentual sobre a receita bruta nos casos de venda de ingressos, pagamento de *couvert* ou outro tipo de coleta de valores como permissão para se possa entrar no estabelecimento; entre outros. Na sequência, define-se quantia autoral a ser paga pelo usuário (ECAD, 2016b). Conforme o entendimento do ECAD (2016b), é considerado usuário de música:

> Usuários de música são pessoas físicas ou jurídicas, que utilizam música publicamente, sendo eles: Promotores de eventos e audições públicas (shows em geral, circo etc), cinemas e similares, emissoras de radiodifusão (rádios e televisões de sinal aberto), emissoras de televisão por assinatura, boates, clubes, lojas comerciais, micaretas, trios, desfiles de escola de samba, estabelecimentos industriais, hotéis e motéis, supermercados, restaurantes, bares, botequins, shoppings centers, aeronaves, navios, trens, ônibus, salões de beleza, escritórios, consultórios e clínicas, pessoas físicas ou jurídicas que disponibilizem músi-

> cas na internet, academias de ginástica, empresas prestadoras de serviço de espera telefônica.

Como se depreende, o universo é bem amplo. Em geral, cerca de 76% dos valores vão para os músicos, 7% para as associações e o restante para administração do ECAD (ECAD, 2016a).

Dos valores que vão aos músicos, segundo o ECAD (2016a), há uma distribuição percentual por decisão na assembleia geral do órgão:

> Do montante a ser distribuído, 2/3 são direcionados aos compositores, adaptadores, versionistas e editoras, que são os titulares de direitos de autor, e 1/3 para os intérpretes, produtores fonográficos/gravadoras e músicos executantes, classificados como titulares de direitos conexos. O valor total correspondente ao conexo será rateado, cabendo 41,70% para intérpretes, 41,70% para os produtores fonográficos/gravadoras e 16,60% para os músicos executantes. Vale ressaltar que é de responsabilidade do produtor fonográfico informar à sua associação, no momento do cadastro do fonograma, se houve ou não participação de músico executante na gravação.

Apresenta-se na tabela abaixo, os valores arrecadados e distribuídos no período de 2010 a 2014:

Tabela 1: Resultados de arrecadação ECAD

Ano	Valor Arrecadado	Valor Distribuído
2010	R$ 432.953.853,00	R$ 346.465.496,88
2011	R$ 540.526.597,00	R$ 411.775.388,13
2012	R$ 624.638.884,00	R$ 470.226.912,50
2013	R$ 1.190.083.620,00	R$ 804.194.836,76
2014	R$ 1.219.931.315,00	R$ 902.906.548,67

Fonte: elaboração a partir de dados do ECAD

Na área da música, a tecnologia apresentou várias soluções, que hoje, talvez, sejam o desafio da indústria fonográfica. Partindo-se do vinil, perpassando pelo cd, encontra-se hoje a música na mídia sem suporte. Compram-se faixas em lojas online. Escutam-se músicas na nuvem, no etéreo, no não-físico. A internet ampliou o acesso e dificultou a fiscalização.

Do ponto de vista legal, no que concerne à reprodução e à distribuição da obra, pouco importa o meio usado. Conforme a lei de direitos autorais (BRASIL, 2016):

> Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:
>
> [...]
>
> VI - Reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido.
>
> [...]
>
> IV - Distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científica, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante à venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse.

No meio digital, é possível que a música seja distribuída ou reproduzida por *simulcasting* e do *streaming*. Segundo Jalil (2004), "*simulcasting* é a transmissão simultânea inalterada de emissões de rádio e televisão aberta, ou via cabo, através da *Internet*", isto é, a emissora transmite sua programação tradicional em dois serviços ao mesmo tempo, seja ele televisivo ou via rádio, juntamente com a rede. No tocante ao *streaming*, este é o termo em inglês empregado para designar a disponibilização de músicas via *internet*, onde é possível montar sua própria sequência musical sem armazená-la na memória do computador, permitindo que o usuário reproduza conteúdos protegidos por direitos autorais sem violar os mesmos. Em ambas as situações, não há download permanente da música no dispositivo eletrônico. Então, no ambiente doméstico ou privativo, dispensa-se a autorização do autor para a execução da música, uma vez que se assemelha ao rádio convencional, no qual a emissora se responsabiliza pelo pagamento dos direitos autorais.

Porém, no caso do download no formato MP3 ou equivalente, exige-se a licença prévia e expressa dos titulares de direitos autorais, conforme o artigo 29, inciso VII da lei de direitos autorais (BRASIL, 2016):

> Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:
>
> [...]
>
> VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário.

Com efeito, quando um *site* vende músicas ou CDs via *internet*, consiste em distribuição eletrônica e, por conseguinte, recaem os direitos patrimoniais. Este meio de vendagem é utilizado por gravadoras a fim de se restabelecerem mediante os impactos provenientes das novas tecnologias. De outro modo, também caracteriza a distribuição eletrônica quando o consumidor faz um *download* da música ou de disco diretamente para seu gravador de CD ou para a memória de seu computador, escolhendo quais faixas pretende baixar e, desta forma, criar seus próprios CDs ou listas de reprodução, procedimento este de fácil acesso após a invenção do formato MP3 (JALIL, 2004). Inclusive, músicos independentes, buscando ascensão, distribuem suas produções de maneira gratuita no formato digital (ASSIS, 2009).

Também como forma de distribuição, existem as redes de compartilhamento de arquivos *peer-to-peer* (P2P). Sobre o assunto, define Moraes (2012):

> *Peer-to-peer* (tradução literal do inglês de "par-a-par" ou "entre pares"; tradução livre: ponto a ponto; sigla: P2P) consiste num conjunto de computadores que comunicam entre si de forma descentralizada, isto é, sem a necessidade de um nó ou nós centrais responsáveis por gerir as ligações entre eles. Este tipo de rede não assenta por isso na arquitetura tradicional de cliente-servidor em que tipicamente os clientes efetuam pedidos a um servidor central e este responde aos pedidos dos clientes. Numa rede P2P todos os elementos são conhecidos como nós, que acumulam as funções de cliente (efetuando pedidos a outros nós) e de servidor (respondendo a pedidos de outros nós).

Surgiram os softwares de compartilhamento Napster, Kazza, Emule para uso nesse sistema (MUNIZ, 2011). Milhares de arquivos torrentes, muitas vezes com coleções completas de artistas, são distribuídos e acessados facilmente, sem qualquer fiscalização. Tais mecanismos não são necessariamente pirataria. A legalidade do arquivo a ser transferido depende de quem o distribui, possui ou não tal direito.

Pontua-se que a expansão desenfreada de tais tecnologias virtuais propiciou o armazenamento de dados, bem como a manipulação de informações digitais, desencadeando no uso destes meios não só de maneira benéfica e em conformidade com a lei, mas também a exploração descarada e indecorosa, tipificada como delito, resultando em violação do direito autoral alheio, dentro do ambiente virtual.

4. A NECESSIDADE DE REDISCUSSÃO DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS

Diante do cenário de expressivo avanço tecnológico, verifica-se que a lei de direitos autorais apresenta falhas em alguns pontos, que ensejam análises que propõe reformas e outras que pretendem substituí-la.

Os argumentos principais são a considerada lacuna frente à tecnologia e a atuação do ECAD. Ambos levam a discussões no âmbito judiciário, trazendo instabilidade ao direito autoral.

Dispõe Varella (2010):

> Quando uma lei deixa de dar conta dos anseios da população por cultura e conhecimento. Quando essa mesma lei condena práticas cotidianas e legítimas dos cidadãos na busca de seus direitos. Quando uma lei está em completo descompasso com a sociedade em que é aplicada. Nesse caso, não é a sociedade quem está errada, mas a lei. É o caso da lei 9.610/98, a LDA (lei de direito autoral) brasileira.

A lei de direitos autorais não previu a velocidade ou as consequências resultantes da escalada digital. A legislação atual remete ao mundo analógico, no qual é imprescindível a existência de suporte físico para a

obra intelectual. Deste modo, a primeira corrente que será citada defende a necessidade de reforma da lei, para que possa proteger o autor de maneira mais efetiva e, ao mesmo tempo, cumprir sua função pública de fornecer meios para a democratização da cultura, visto que a lei vigente encontra-se repleta de falhas e insuficiências (CARBONI, 2008). As transformações decorrentes da evolução eletrônica afetam o autor em seu ponto mais crítico, surgindo assim conflitos entre o direito individual do criador da obra, que visa proteger sua criação, e o interesse coletivo, que busca pelo acesso à cultura, bem como ao desenvolvimento econômico e tecnológico.

Como apresentado, no artigo 5°, inciso XXVII da Constituição, garante-se ao autor que sua música apenas será utilizada mediante prévio consentimento deste ou do titular da obra. E, também na Constituição se garante o direito à cultura e ao lazer. Contrapostos, verifica-se o choque de interesses conforme esclarece Cabral (2003, p.73):

> Manter o equilíbrio entre duas situações aparentemente antagônicas é uma construção jurídica de porte invejável. De um lado temos a natureza peculiar do direito autoral como propriedade específica, única e diferenciada. De outro lado temos o direito de acesso livre – que a humanidade se arroga – a essas obras. Num sentido geral – e quase utópico – elas deveriam ser colocadas à disposição de todos, indistintamente.

Ou seja, de um lado estão os autores que defendem seus direitos pessoais com a finalidade de buscar proteção sobre a exploração econômica de sua música, e do outro, os consumidores de conteúdo, que visa à liberdade de conhecimento (CARBONI, 2008).

Também, as normas atuais deixam o autor totalmente vulnerável por não haver previsões específicas de como deve ser feito o recolhimento e a distribuição dos direitos autorais quanto à execução pública e a venda das obras, além de também não dispor sobre a tão necessária fiscalização dos órgãos responsáveis por tais atos (permitindo assim, a livre atuação do ECAD) e, assim, fazendo com que o autor não saiba exatamente o que lhe é devido. Na avaliação de Abrão (2008, p.36), sobre a Lei 9.610/1998, destaca-se :

> O grande saldo desses dez anos, de fato, ficou por conta do que a lei não disse, do que ela não regulou: o interesse público existente nos direitos autorais, o acesso da sociedade ao conhecimento, à informação, à cultura daquilo que a lei considera protegido, isto é, do que se permite o uso público somente após autorização dos titulares. [...] O abuso dos titulares de direitos na fixação dos preços e na política de distribuição dos bens culturais protegidos por direitos autorais fomentou novas discussões dos parâmetros sobre os quais se assentam a matéria, em relação ao que ninguém se atrevia há anos. [...] Enquanto a nova lei proíbe a cópia privada de obra protegida, a mídia digital facilita-a com um simples toque de dedo. [...] No varejo das disposições da lei vigente, ainda nos debatemos com alguns dispositivos de péssima presença, como o inacreditável inciso VIII do art. 46, que em sua primeira parte libera o uso público de alguns trechos e obras, e, na segunda, abre oportunidade para fechá-la com tranca.

Pela lei, o ECAD dispõe de livre atuação, uma vez que não existe nenhum artigo em lei que versa sobre sua fiscalização ou até mesmo sobre possível criação de um órgão estatal responsável por supervisioná-lo, fazendo com que este aja conforme seus próprios critérios, e então, contribuindo para um crescimento desenfreado, além de arrecadações e distribuições duvidosas.

Ascensão (1997, p.624) já reconhecia a necessidade de intervenção estatal nas entidades de gestão coletiva no Brasil:

> As entidades de gestão vêm-se assim revestidas indiretamente de poderes de autoridade. Tudo isto teria de ter como contrapartida uma demarcação muito efetiva do estatuto dessas entidades, em que se estabelecesse quais as responsabilidades que lhes caberiam. Mas, como veremos a seguir, caiu-se no Brasil numa situação de vazio legal. Esta situação é tanto mais surpreendente quanto é certo que nas ordens jurídicas estrangeiras que são tomadas como modelos se multiplicam as providências que disciplinam as entidades de gestão. Mesmo um relatório de 1989 da OMPI sobre "Gestão coletiva dos direitos de autor e dos direitos vizinhos", apesar de obviamente se destinar a traduzir os interesses das entidades de gestão, não deixa de propugnar uma série de providências ou meios de disciplina dessas entidades.

Defende-se, a partir daí, o retorno à condição prévio à Lei nº 9.610/1998, quando havia a regulamentação do Estado no tocante à gestão coletiva de direitos autorais, controlando, assim, a atividade do ECAD.

Negreiros (2012) destaca que no atual mecanismo do ECAD, grupos econômicos se apoderaram do sistema de gestão coletiva, como o fizeram no período Lei nº 5.988/1973. Foi por interesse deles que no sistema do ECAD manteve-se a ausência de método para mediação de preços, a inexistência de controle estatal para fiscalizar sua funcionalidade, bem como a sua harmonia com os direitos fundamentais (como, por exemplo, o acesso à cultura), privilegia este tipo de interesse. Este método introduzido pelo ECAD progrediu com base em condutas suspeitas, resultando em inúmeras críticas e opiniões opostas. Negreiros (2012) aduz:

> Qualquer endosso a modelo tão injusto torna-se, assim, repugnante. É triste que ainda haja quem creia, ou reproduza o papo-furado de que o ECAD teria sido "criado pelos músicos", e não por uma lei federal que buscou sem sucesso organizar a disputa entre as muitas e perdulárias sociedades que o integram. Bobagem ainda maior afirma que "músicos o controlam", afastando os editores multinacionais do debate e sustentando a falsa premissa de que, ao lidar com direitos privados, não se deve permitir que o Estado se intrometa, como se nos demais países, que regulam de perto a sua gestão coletiva, tais direitos tivessem outra natureza, ou sua gestão coletiva tivesse por isso pior desempenho. Dito isso, números do ECAD que parecem permanecer ignorados tornam-se especialmente significativos: em 2001, distribuiu-se 90,12% dos recursos para obras nacionais, e 9,88% para obras internacionais; em 2004 esta proporção mudou para 81,49% e 18,51%; em 2008, 73% e 27%; em 2009, 69% e 31%. Ou seja, em menos de 10 anos o ECAD triplicou as remessas de divisas para o exterior. Com gastos de 67 milhões por ano (47 em pessoal). Esse ECAD, se um dia foi orgulho da classe, é hoje uma catástrofe em eficiência, eficácia e efetividade.

Diante disso, é concebível perceber que o interesse econômico e político possuem força considerável no que se refere à Lei de Direitos Autorais, capaz até de se sobressair às garantias do autor. Os grupos econômicos se sobrepõem aos dos autores, titulares de direitos autorais.

Em audiência pública no Supremo Tribunal Federal, a superintendente do ECAD, Glória Braga, defendeu a gestão única do ECAD, contrariando o disposto na Lei nº 12.853/2013, ainda não regulamentado pelo Ministério da Cultura (LEE, 2014). Buscou também

a suspensão do efeito da referida lei perante o STF, argumentando que envolver a tutela do Estado desrespeita os princípios constitucionais de liberdade de associação e de iniciativa, direito de propriedade e de privacidade do autor, discordando da personalização de "interesse público" ao exercício prestado por estes escritórios.

O tema já foi decidido pelo STF em 2003, na Ação Direita de Inconstitucionalidade 2054/DF:

> ADI 2054 / DF - DISTRITO FEDERAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO - Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 02/04/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - DJ 17-10-2003 PP-00013 EMENT VOL-02128-01 PP-00097 RTJ VOL-00191-01 PP-00078 Parte(s) REQTE. : PARTIDO SOCIAL TRABALHISTA - PST ADVDOS. : NELSON CÂMARA E OUTROS ADVDO. : ANTÔNIO CÉSAR BUENO MARRA REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA REQDO. : CONGRESSO NACIONAL EMENTA: I. Liberdade de associação. 1. Liberdade negativa de associação: sua existência, nos textos constitucionais anteriores, como corolário da liberdade positiva de associação e seu alcance e inteligência, na Constituição, quando se cuide de entidade destinada a viabilizar a gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos, cuja forma e organização se remeteram à lei. 2. Direitos autorais e conexos: sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição por meio do ECAD (L 9610/98, art. 99), sem ofensa do art. 5º, XVII e XX, da Constituição, cuja aplicação, na esfera dos direitos autorais e conexos, hão de conciliar-se com o disposto no art. 5º, XXVIII, b, da própria Lei Fundamental. 3.Liberdade de associação: garantia constitucional de duvidosa extensão às pessoas jurídicas. II. Ação direta de inconstitucionalidade: não a inviabiliza que à lei anterior, pré-constitucional, se pudesse atribuir a mesma incompatibilidade com a Constituição, se a lei nova, parcialmente questionada, expressamente a revogou por dispositivo não impugnado. III. Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação de partido político não afetada pela perda superveniente de sua representação parlamentar, quando já iniciado o julgamento.

Desta forma, resta claro o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que defende a não caracterização do Escritório Central como órgão monopolizador, como forma de resguardar o interesse da coletividade, mesmo que seu exercício ocorra de maneira una.

Outra falha é a fenda existente na lei por não prever normas que versem efetivamente sobre a proteção do autor quanto às obras copiadas por meio da tecnologia. É sabido que a *internet* é um ótimo recurso para a divulgação de obras, porém, as fraudes e piratarias foram alavancadas mediante tal avanço. Não existe ainda um método eficaz de fiscalização, permitindo que qualquer indivíduo faça inúmeras cópias das criações, podendo escolher livremente se as comercializa ou não, pois sabe que não será punido ou até mesmo descoberto (CARBONI, 2008).

Igualmente, a lei já nasceu ultrapassada em alguns aspectos, especialmente em função de novas técnicas de distribuição e comunicação da obra criativa ao público em geral.

Santiago (2003) complementa, apontando outras inconsistências e omissões, como o uso da palavra "emissão" (de obras ou fonogramas por meio da radiodifusão hertziana) e "transmissão" (de obras ou fonogramas por fios, cabos, fibras óticas ou procedimentos análogos) como se sinônimos fossem, as quais satisfazem a diferentes direitos exclusivos descritos pela Convenção de Berna; a troca do termo "obra em colaboração" por "obra em co-autoria" que não gera nenhuma mudança na prática e serve apenas para dificultar o estudo comparado, visto que apenas a lei brasileira utiliza essa nomenclatura; a falta de esclarecimento sobre o que a Lei considera "público", em contraposição à definição de "privado", posto que não deixa claro o que é configurado como público para fins de uso das obras e o que constitui uso privado para os efeitos que lhe são próprios; a supressão dos artigos 104 e 105 referentes ao ressarcimento pela cópia privada de obras em suportes materiais virgens, e assim por diante.

Diante dos fatos, pode ser verificado diversas dificuldades para implantar um sistema justo e adequado, que incorpore a maior parte dos interesses, em razão das evidências de que o interesse privado prevalece ao público. A ausência de simplicidade no texto da lei resulta na falta de compreensão de seus direitos por parte de uma grande parcela dos autores, contribuindo assim para sua vulnerabilidade mediante os interesses econômicos de terceiros. Percebe-se, desta forma, que desde a concepção dos direitos autorais, estes apresentam adversidades, carregando consigo desde o início a difícil convivência entre autores e editores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constante desenvolvimento dos meios de comunicação deixa evidente o grau de importância que os meios modernos de interação efetuam sobre a convivência entre os indivíduos e os impactos econômicos.

Já no âmbito do Direito Autoral, ao discutir sobre um amparo efetivo de obras autorais em relação ao seu uso legal, é indispensável abordar ainda sobre o dever sobre o monitoramento de cópias, posto que o ambiente virtual possibilita fácil alcance às obras das quais a Lei nº 9.610/1998 visa a limitar. Dentre as circunstâncias derivadas do meio eletrônico, a de maior relevância se trata da simplicidade na transferência e comércio de arquivos, afrontando a lei vigente.

Desta forma, a chave da questão se encontra em afrontar a estrutura da proteção autoral, balanceando-a aos interesses da coletividade, e encontrando equilíbrio entre os direitos de autor e o direito do livre acesso à cultura. Para isto, uma das possíveis soluções seria a elaboração e o aperfeiçoamento de *softwares* capazes de gerir o controle de cópias musicais, em busca de seus respectivos rendimentos, e, ainda, o abatimento nos valores de CDs e DVDs, estimulando novamente a compra de obras musicais disponíveis em meio físico, contribuindo também para a redução da pirataria.

Isto porque, impedir em sua totalidade a disponibilização de obras musicais na rede seria um claro retrocesso em matéria de desenvolvimento tecnológico. Ademais, diversos artistas descobriram o ambiente virtual como meio de popularidade e de propagação de suas obras. Como se não bastasse, a independência do artista juntamente com a ampla gama de possibilidades e mecanismos disponíveis no mundo analógico, propiciam a vasta criação de materiais originais ou adaptados.

Por outro lado, indiscutível se faz a necessidade de se debater sobre a legislação autoral, em especial no tocante a gestão coletiva de direitos autorais. Diversos impasses seriam resolvidos simplesmente com a instituição de um sistema ou programa que permitisse ao autor fiscalizar o uso de suas obras, em conjunto com a transparência quanto à arrecadação e distribuição dos valores auferidos. Não obstante, a norma

brasileira de Direitos Autorais precisa ainda dispor de maior clareza quanto à diferenciação entre as exceções, em que não se impõe o direito de autor, e limitações, as quais o afastam gratuita ou onerosamente.

Em vista disso, ao indagarmos se é a lei ou a sociedade quem deve passar por melhorias, é possível perceber que é fundamental a harmonia entre o interesse do autor e o direito fundamental da população ao acesso à cultura.

Destarte, mediante tais exemplos e os demais já antes expostos, é notória a necessidade de modernização da lei em vigor, contudo, os conflitos de interesses existentes dificultam que tal fato seja posto em prática por não se conformarem com uma mesma solução. A propagação desenfreada da rede não descansa, deixando os autores cada vez mais propensos a maiores prejuízos, pois inúmeras são as transformações desencadeadas via *Internet*, as quais possibilitam cada vez mais o fácil acesso às obras.

Assim, é de extrema importância dar atenção à urgência de amparo tanto ao ambiente de direitos autorais, que clamam pelo respeito às obras, junto com o direito individual de expressão e de liberdade em ocupar seu lugar próprio.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachou. **Direitos de autor e direitos conexos.** 1 ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASSIS, Pablo de. **Direitos autorais na internet e o comportamento da nova geração.** 2009. Disponível em: <http://www.tecmundo.com.br/internet/2301-direitos-autorais-na-internet-e-o-comportamento-da-nova-geracao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2016.

BENNETT, Roy. **Uma breve história da música.** Tradução: Maria Tereza Resende Costa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL. **Lei n° 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: 09 fev. 2016.

CABRAL, Plínio. **A nova lei dos direitos autorais.** 3ª ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzato, 1999.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Direitos autorais e internet:** propostas legislativas para fomentar o desenvolvimento e o acesso ao conhecimento. Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 01-22, 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/GuilhermeCarboni_Rev90.pdf> Acesso em: 07 abr. 2016.

CHAVES, Antônio. **Direito de Autor:** Princípios Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil.** 2. ed. São Paulo: FTD, 1998.

DIAS, Maurício Cozer. **Utilização musical e direito autoral.** 1 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DUARTE, Eliane Cordeiro de Vasconcellos Garcia; PEREIRA, Edmeire Cristina. **Direito Autoral Perguntas e Respostas**. 2009. Disponível em: <http://www.escritoriodolivro.com.br/bibliografia/DireitoAutoral%20perguntas%20e%20respostas.pdf> Acesso em: 18 fev. 2016.

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. **Como é feita a Distribuição**. 2015. Disponível em: <http://www.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/como-e-feita-a-distribuicao/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 06 fev. 2016a.

_____. **Como é feita a arrecadação de direitos autorais?** 2015. Disponível em: <http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/como-e-feita-a- arrecadacao/Paginas/default.aspx> Acesso em 06 fev. 2016b.

GUERREIROS JR., Nehemias. O Direito Autoral no Show Business. 3 ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

JALIL, Daniela Shaun. **Direitos Autorais sobre a Música na Internet**. São Paulo, 2004. <http://www2.uol.com.br/direitoautoral/artigo0804b.htm> Acesso em 03. fev. 2016.

KISCHELEWSKI, Flávia Libieska N. **Entenda o Direito Autoral.** Disponível em: <http://www.aprendebrasil.com.br/pesquisa/swf/DireitoAutoral.pdf> Acesso em: 21 fev. 2016.

MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MORAES, Luis. **Redes Peer-to-peer.** 2012. Disponível em: <http://www.cert.pt/index.php/recomendacoes/1641-redes-peer-to-peer%20MORAES%202012-12-12>. Acesso em 02 fev. 2016.

MORAES, Rodrigo. **A Função Social da Propriedade Intelectual na Era das Novas Tecnologias.** Brasil: Ministério da Cultura: Secretaria de Políticas Culturais, 2004.

MUNIZ, Guilherme Resende. **Do Napster ao Grooveshark:** uma análise comparativa da evolução do compartilhamento de música na internet. 81 f. Trabalho de Conclusão (Graduação em Comunicação Social – Publicidade e Propaganda) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011.Disponível em: < http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/37592/000820003.pdf?sequence=1> Acesso em: 26 fev. 2016.

NEGREIROS, Alexandre Hess. Alexandre Negreiros diretor do sindicato dos músicos, fala sobre o ECAD. **Núcleo de Notícias.** 2012. Disponível em: <http://www.nucleodenoticias.com.br/2012/02/24/alexandre-negreiros-diretor-do-sindicato-dos-musicos-fala-sobre-o-ecad/> Acesso em: 20 fev. 2016.

SANTIAGO, Vanisa. **A Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998:** aspectos contraditórios. 2003. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/cej21santiagoaspectoscontraditorios.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2016.

SILVA JUNIOR, Osvaldo Alves. **Direitos autorais:** uma visão geral sobre a matéria. 2006. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1621> Acesso em: 18 fev. 2016

VARELLA, Guilherme. **Reforma da Lei de Direito Autoral é urgente para a sociedade.** 2010. Disponível em: <http://www.culturaemercado.com.br/pontos-de-vista/reforma-da-lei-de-direito-autoral-e-urgente-para-a-sociedade/>. Acesso em: 05 fev. 2016.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO CONTRATO E A INCLUSÃO CULTURAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Autores: Allan Rocha de Souza[1]; Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks[2]
Instituição: Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios. (UFRRJ-ITR), Curso de Direito.

Resumo: A inclusão cultural das pessoas com deficiência significa um avanço a uma situação de maior igualdade entre os cidadãos. Tanto o Tratado de Marrakesh como a Convenção da ONU de Direitos das Pessoas com Deficiência, inclusive por terem sido incorporadas no ordenamento brasileiro como Emenda Constitucional, reiteram e fortalecem o caráter fundamental do direito de acesso à cultura, de aplicabilidade direta e imediata. Os efeitos práticos sobre a lei de direitos autorais são de duas ordens: sobre as limitações e sobre os contratos. São projeções da função social da propriedade e do contrato sobre os direitos autorais. Sobre as limitações, consolidam o entendimento quanto à sua interpretação extensiva e demandam sua imediata ampliação legislativa. Sobre os contratos, tornam nulas as cláusulas restritivas de disponibilização em formato acessível e passam a ser consideradas implícitas uma autorização permissiva de disponibilização em formato acessível.

Palavras-chave: Direitos Autorais; Função Social; Acesso à Cultura; Inclusão Cultural; Tratado de Marraqueche.

1 Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto e Pesquisador de Direito Civil e Propriedade Intelectual no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios. Professor Permanente e Pesquisador de Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento na UFRJ (PPED/IE/UFRJ). Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito, Artes e Políticas Culturais (NEDAC). E-mail: allanrsouza@gmail.com . CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/5178459691896082

2 Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios. Monitor de Direito Civil e Processual Civil. E-mail: alexandre_spf@hotmail.com. CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/8954789495709084

> "Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer." (GRAU, 2006, p. 99).

1. INTRODUÇÃO

Os direitos culturais têm natureza de direito fundamental e podem ser organizados em quatro grandes vetores, que são os direitos: (a) de participação da vida cultural; (b) de acesso á cultura; (c) à diversidade e pluralidade; (d) ao patrimônio cultural (SOUZA, 2012, p. 93 e ss.). Dentre as finalidades dos direitos culturais se incluem a promoção do livre desenvolvimento das identidades pessoais e coletivas, a igualdade, cidadania e democracia culturais (SOUZA, 2012, p. 43 e ss.).

O Tratado de Marraqueche, ratificado como Emenda Constitucional, busca justamente promover as finalidades dos direitos culturais e, para tal, impõe uma adequação da extensão dos direitos autorais com a ampliação de suas limitações, em razão da efetivação do direito de acesso à cultura. Aspecto este que é reforçado com a ratificação também como Emenda Constitucional da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU, que exige dos Estados a implementação de políticas públicas de acesso, inclusive cultural, educacional, científica e tecnológica.

Assim, o objetivo deste trabalho é identificar, com recurso ao método dedutivo, os efeitos do Tratado de Marrakesh e da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU sobre os direitos autorais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS

A partir da segunda metade do século XX, com a consolidação do Estado Constitucional de Direito, ocorrem profundas modificações na forma de se interpretar e aplicar as normas do sistema jurídico. Passo de fundamental importância nesse processo foi a contínua transformação do

papel das Constituições, que deixaram de ser mero documento político, para tornarem-se o texto supremo dos ordenamentos, dotado de força jurídica e normativa. Deste modo, foi deixado para trás o ideário da "Carta Política" que apenas positivava os princípios basilares de formação do Estado, passando a Constituição a incorporar normativamente questões relativas à realidade social adjacente[3]. Isto resultou na constitucionalização das matérias que antes eram reguladas somente nos estatutos específicos e diversas legislações infraconstitucionais, restando claro que

> a constitucionalização do Direito vai desafiar antigas fronteiras como Direito Público/Direito Privado e Estado/sociedade civil. Isto porque, numa ordem jurídica constitucionalizada, a Constituição não é apenas a lei fundamental do Estado. Ela é a lei fundamental do Estado e da sociedade. Nenhum ramo do Direito escapa completamente às suas malhas (SARMENTO; SOUZ, 2007, p. 113).

Deste modo, ao passo que a sociedade foi evoluindo, a causuística do Código Civil já não mais conseguia acompanhar os anseios sociais, e, assim, foi "perdendo influência no âmbito do próprio Direito Civil" (BARROSO, 2008, p. 243).A demanda por normatização específica resultou no processo de proliferação de inúmeros sistemas especializados capazes de tutelar temas que antes eram específicos do Código Civil, tais como criança e adolescente; divórcio; locação; alimentos; filiação; consumidor;sociedades empresarias.

A partir do momento que essas diversas fontes vão tendo reconhecida sua força normativa no mundo jurídico, vemos a emergência do problema da complexidade, gerado pela fragmentação das fontes do direito, concomitante com a pluralidade dos valores observados na sociedade. Assim, a multiplicidade de fontes jurídicas paralelas,atuando concomitantemente em micros-sistemas isolados, por

3 "A *força normativa* da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei, como lei deve ser aplicada*. Afasta-se a tese generalizadamente aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um "valor declaratório", uma natureza de simples direção política, um caráter programático despido de força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis.". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª* Ed. Portugal, Coimbra, Almedina, 2003, p. 1150.

vezes com comandos normativos contraditórios entre si, retirando-se do ordenamento um de seus sustentáculos, como segurança e previsibilidade jurídica, causando, por conseguinte, incerteza ao intérprete do Direito e descrença ao jurisdicionado. Resta, assim, premente, para enfrentamento do problema da complexidade, a necessidade de mudanças paradigmáticas na interpretação e aplicação jurídica.

A solução encontrada para reduzir ou compensar os problemas causados pela complexidade foi a busca por uma nova unidade, já que "ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico"(TEPEDINO, 2007, p. 316). Com o deslocamento da defesa do indivíduo, antes dentro do Código Civil, agora, na Constituição Federal (TEPEDINO, 2004, pp. 1-22), esta passa, portanto, a fazer o papel central de harmonização e unificação do sistema, dando ao ordenamento jurídico um caráter unitário e superandoo problema da fragmentação normativa e resultante complexidade. Assim, "a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia -, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito"(BARROSO, 2008, p. 243).

Para atender aos preceitos atuais do Estado Democrático de Direito, faz-se necessário promover a renovação das fontes do Direito com a superação da dicotomia público privado, pois, afinal,

> Se, por um lado, a pluralidade e complexidade dos interesses presentes numa sociedade cada vez mais heterogênea continuam justificando e demandando uma crescente especialização no âmbito jurídico, por outro, há agora um centro de gravidade, capaz de recolher e juridicizar os valores mais importantes da comunidade política, no afã de conferir alguma unidade axiológica e teleológica ao ordenamento. (SARMENTO, 2007, p. 113).

Este processo resulta necessariamente em uma releitura da legislação infraconstitucional, que, agora, não mais são vistas como ilhas isoladas, mas como partes de um todo sistêmico, uma unidade harmônica, de modo que toda interpretação jurídica passa a ser, também, uma interpretação constitucional. Por este prisma, interpretações estanques não sobrevivem à ótica da hermenêutica contemporânea e, uma vez que a distinção entre

público e privado passa a ser qualitativa, há casos com mais espaço para a incidência dos preceitos de ordem pública e outros com mais espaço para a autonomia privada.

A nova hermenêutica jurídica, pautada na força normativa da constituição, traz, especificadamente, duas mudanças paradigmáticas na interpretação e aplicação do Direito Civil. A primeira é que, considerando a norma valor da dignidade da pessoa humana como pilar do Estado Democrático de Direito, as questões existenciais fundamentam a república brasileira, assim, o respeito à essência do ser humano é condição primeira para qualquer interpretação jurídica, fazendo com que haja um processo de despatrimonialização do direito privado, uma vez que os valores existenciais passam a prevalecer sobre os patrimoniais.

E a segunda é o consequente processo de funcionalização dos institutos que condiciona os direitos dos particulares à ordem constitucional, de tal modo que seus atos só se justificam na medida em que estiverem adequados à essência da atual perspectiva constitucional, consolidada a partir do processo de irradiação dos valores constitucionais e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, justificadores da natureza solidarista e paritária estabelecida no ordenamento jurídico. A Constituição, reconhecida como o centro normativo substancial – e não só apenas formal - de todo o sistema jurídico, causa, por conseguinte, a reformulação do papel e à própria dualidade entre Código Civil e Constituição.

Assim, com a conscientização no campo jurídico e social de que a Constituição se encontra no ápice do ordenamento e é dotada de força normativa, torna-se imprescindível uma renovada hermenêutica jurídica, pautada na interpretação axiológica, teleológica e sistêmica de um ordenamento que tem como núcleo a proteção à dignidade da pessoa humana.Esta nova perspectiva atinge todos os ramos do direito privado, especialmente, para os objetivos deste trabalho, os contornos das propriedades vis-à-vis à exigência de satisfação da função social.

3. FUNÇÃO SOCIALDA PROPRIEDADE E DO CONTRATO

A partir da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, os conceitos de direito público e privado tiveram "modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão"(BODIN DE MORAES, 1993, p. 26).

Com o direito de propriedade e contratual, institutos tipicamente privados e centraisao Estado Liberal, não foi diferente, pois seus sentidos e escopo sofreram igualmente os efeitos das mudanças sociais. Tendo em vista que estrutura e função são elementos que compõem quaisquer direitos subjetivos[4], a função destes institutos, que se esgotava na esfera individual dos contratantes e do proprietário, tem sido modificada ao passar dos anos para atender aos preceitos e garantias do Estado Social. Esta modificação fica evidente quando se pensa que, ainda no Estado Liberal, o ordenamento voltava-se à sustentação do império da vontade,garantindo aos particularesa arbitrariedade do exercício de seus direitos subjetivos da forma mais absoluta possível (BODIN DE MORAES, 1993, p. 28), reconhecendo tanto a propriedade como ocontrato comofins em si mesmos[5]. Conquanto, no Estado Social, que carrega para dentro do elemento funcional destes institutos a noção de ordem pública[6], que, por

4 Os institutos jurídicos, em consagrada classificação, decompõem-se em dois elementos: o elemento estrutural e o elemento teleológico ou funcional; em outras palavras, a estrutura e a função. Em síntese, (i) a função corresponde ao interesse que o ordenamento visa tutelar por meio de um determinado instituto jurídico; e (ii) a função de um instituto jurídico pré-determina a sua estrutura. SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, 2000, pp.159-182.

5 "Enquanto o proprietário do Estado Liberal agia nos limites impostos pela lei, segundo a máxima "posso fazer o que quiser", o proprietário dos tempos atuais sofre uma remodelação em sua autonomia privada, considerando que deve fazer tudo para colaborar com a sociedade, desde que não se prejudique". FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais, v. 5*. 8. ed. Salvador: Editora *jus*Podivm, 2012, p. 316.

6 Assim, Gustavo Tepedino afirma que os "novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais" TEPEDINO,

sua vez, é, em nosso tempo, pautada nas garantias existenciais do Estado Democrático de Direito, a nova ordem jurídica impõe aos particulares, sejam eles proprietários ou contratantes, a par dosdireitos, também deveres, ônus e obrigações[7], "cuja observância se erige como condição de tutela daquele direito" (TEPEDINO, 2011, pp. 242-243).

Portanto, a função social é elemento interno tanto da propriedade como do contrato.

No que tange ao direito de propriedade, o proprietário continua como principal beneficiário, com amplaproteção e predominância em seu domínio sob a coisa e, deste modo, "a propriedade se mantém privada" (SCHREIBER, 2000, pp. 159-182), mas seu conteúdo se afasta da definição individualista de "poder absoluto do proprietário, para buscar na conformação ao interesse social a sua legitimação, a razão e o fundamento de sua proteção jurídica" (SCHREIBER, 2000, pp. 159-182). Entretanto, a projeção da função social sobre a propriedade privada não deve ser entendida de forma desfavorável pelo proprietário,"mas como a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuido a um determinado sujeito" (PERLINGIERI, 2007, p. 226).Em outras palavras,

> A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável (FACHIN, 1988, pp. 19-20).

A propriedade, então, não mais pode ser considerada a partir da visão do exercício do direito absoluto do titular sobre a coisa - situação subjetiva simples, mas como constante e dinâmica correlação entre o sujeito proprietário e toda coletividade. O que torna a situação

---

Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Temas de Direito Civil, T.I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.22.

7 Consoante, "a função social consiste em uma série de encargos ônus e estímulos que formam um complexo de recursos que remetem o proprietário a direcionar o bem às finalidades comuns." FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais, v. 5*. 8. ed. Salvador: Editora *jus*Podivm, 2012, p. 314.

subjetivacomplexa[8] e apresenta, concomitantemente, para além dos poderes, deveres, ônus e responsabilidades ao proprietário e, assim, em via de mão dupla, a coletividade tem o dever de respeitar e de não ingerir na esfera do titular, enquanto este, por outro lado, deverá conformar a sua propriedade aos interesses extra-proprietários, extraindo seu sentido e alcance, em cada caso, da função solidaristado ordenamento[9].

Sendo assim, enquanto "no perfil estrutural, a relação de propriedade é ligação entre situação do proprietário e aqueles que entram em conflito com esta e constituem centros de interesses antagônicos"(PERLINGIERI, 2007, pp. 221-222), no aspecto funcional prevalece a propriedade vista como relação "entre proprietário e terceiros; entre proprietário e vizinhos, entre proprietário e Estado, entre proprietário e entes públicos"(PERLINGIERI, 2007, pp. 221-222)em que "existe relação – não de subordinação -, mas de cooperação"(PERLINGIERI, 2007, pp. 221-222). Deste modo, estrutura e função devem estar condicionados à natureza solidarista do ordenamento, de modo voltadas à realização tanto quanto possível das garantias existenciais, não em detrimento das patrimoniais, mas como um todo equacionado em prol da pessoa humana (MONTEIRO FILHO, 2014, p. 14).

Já no que toca ao direito contratual pensado sob a ótica de situações jurídicas subjetivas complexas, também há profundas mudanças

8 "De mais a mais, tecnicamente, a propriedade deixa de ser estudada como mero direito subjetivo tendencialmente pleno, a respeitar apenas certos limites externos, de feitio negativo, tornando-se, isso sim, situação jurídica subjetiva complexa, a abranger também deveres (positivos) ao titular, além de ônus, sujeições etc.". MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas de campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro em tema de usucapião*. In: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho; Gisela Sampaio da Cruz Guedes; Rose Melo Vencelau Meireles (org.), *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 332.

9 No mesmo sentido, "a funcionalização da propriedade introduz critério de valoração da titularidade, que passa a exigir atuação positiva de seu titular, afastando-se, em última análise, de sua tradicional feição de direito subjetivo absoluto, limitado apenas negativamente, para se converter em situação jurídica complexa, que ostenta poderes, deveres, ônus e responsabilidade, destinados ao atendimento de interesses extraproprietários a serem definidos no âmbito de cada relação jurídica. Altera-se, assim, a concepção tradicional do domínio (como garantia patrimonial), de modo a legitimá-lo e justificá-lo no seio das relações sociais de aproveitamento da riqueza e de efetivação dos direitos fundamentais (como acesso à vida digna)". TEPEDINO, Gustavo. *A função social nas relações patrimoniais*. In: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho; Gisela Sampaio da Cruz Guedes; Rose Melo Vencelau Meireles (org.), *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 265.

qualitativas a partir do enfoque para além da estrutura ecom ênfase na função socialmente relevante extraída primordialmente da normativa constitucional. Nesta perspectiva, os contratantes, titulares de relações jurídica patrimoniais, estão vinculados "à promoção de valores que justificam a legitimidade de seu exercício" (TEPEDINO, 2015, p, 263), ou seja, só terá pleno merecimento de tutela do ordenamento aquele contrato que atender à função social.

É justamente na perspectiva do não merecimento de tutela das cláusulas contratuais e/ou do contrato inteiro que não atendam aos preceitos constitucionais que a função social passa a ser considerada como elemento interno e "razão justificadora da liberdade de contratar, como preceitua o artigo 421[10] do CC"(TEPEDINO, 2015, p, 2634).

Tendo em vista, portanto, que a função social passa a fazer parte da estrutura dos contratos, isto é, torna-se elemento interno, verifica-se nítida simbiose entre estrutura e função, de modo que éindevida toda e qualquerinterpretação contratual pautada unicamente nos elementos estruturais clássicos. Deste modo, o olhar do intérprete deve ir para além da verificação da licitude, possibilidade e determinabilidade para alcançar, atender e perseguir os preceitos socialmente relevantes extraídos da teleologia, axiologia e sistemática constitucional.

> A função social, dessa maneira, definirá a estrutura (apta a promove-la) das situações jurídicas e se revelará decisiva para aferir a legitimidade de cláusulas contratuais que, embora lícitas, possam colidir com interesses socialmente tutelados alcançados pelo contrato(TEPEDINO, 2015, p, 259)

Demonstradas as supracitadas especificidades do direito de propriedade e do contratual, retoma-se o curso natural deste tópico para demonstrar outras similaridades entre os institutos.

Nesta perspectiva, elemento chave de qualquer situação jurídica é a funcionalidade que, por força do ordenamento constitucionalsolidarista

10 BRASIL. Código Civil, lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2016.

consubstancia-se em uma função social, estacomo visto, está entranhada na própria estrutura das situações subjetivas complexas, sendo reflexo direto do ordenamento jurídico contemporâneo que efetiva "ao lado da função de tutela ou garantia, cada vez mais, a função de promover" (BOBBIO, 2007, p. 13). Afinal, não havia mais sentido manter a lógica repressiva do Estado Liberal, no qual se sancionava negativamente quem contrariasse aos interesses coletivos, enquanto que hoje, ao revés, busca-se em um Estado promocional incentivar as condutas coletivamente favoráveis, instituindo sanções positivas que se mostram capazes de estimular as atividades dos particulares, constituindo uma genuína obrigação de fazer e não fazer em prol da coletividade(BOBBIO, 2007, p. 13). E, neste contexto, considera-se que,

> Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, o conteúdo da função social assume um papel tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento jurídico (PERLINGIERI, 2007, p. 226).

Quis oconstituinte originário garantir no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, o direito fundamental à propriedade e, logo em seguida, no inciso XXIII, assegurar que "a propriedade atenderá a sua função social", ou seja, ao passo que reconheceu, de um lado, o direito de propriedade, do outro criou a obrigação para o titular de dar ao bem destinação condizente com a função social, havendo, desta forma, a união indissociável entre a propriedade e a sua função social. E, além disso, o artigo 2035, parágrafo único, do CC "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos pro este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

Com isto, parece não restar dúvida que a função social passa a fazer parte não só do núcleo interno do domínio,mas da própria situação jurídica, configurando-se como elemento capaz de fazer a ponte entre os preceitos democráticos e o núcleo individual do proprietário que, no exercício dos direitos de usar, gozar e dispor, deverá conformar a estrutura

da propriedade à função social, funcionalizando-a aos valores sociais e existenciais do ordenamento, uma vez que a "ausência da função social faz com que falte razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade"(PERLINGIERI, 2007, p. 226).Enquanto no contrato, além da verificação se é licito, possível, determinado ou determinável, deverá ser perseguida a função social para o atendimento aos interesses extra-contratuais socialmente relevantes.

Torna-se, deste modo, cogentea conformação do núcleo interno e da própria situação jurídica às mutáveis questões socialmente relevantes e, para que o intérprete extraia o alcance e o sentido da função social em cada caso que se coloca em concreto[11], deverá pautar-se na sistemática, axiologia e teleologia da Constituição Federal, uma vez que"o núcleo do conceito de função social da propriedade está no condicionamento do proprietário à realização dos valores constitucionais e ao atendimento dos interesses não proprietários considerados socialmente relevantes" (MONTEIRO FILHO, 2014, pp. 17-18) – do mesmo modo dever-se-á interpretar a relação contratual.

É de se perceber, pelos apontamentos anteriores, o processo de mudança paradigmática que atinge o direito brasileiro desde o advento do marco legal instituído pela Constituição Federal de 1988. O influxo e expansividade da normatividade constitucional –e em seu bojo a centralidade dos direitos fundamentais e incorporação de valores éticos - a todos os espaços de regulação jurídico-estatal são características marcantes deste período.

E, por fim, ressalta-se que tantas semelhanças entre a função social da propriedade e do contrato não é mera coincidência, as inúmeras similaridades advêm da paradigmática mudança do modo de se pensar os institutos de direito civil. Em uma análise do direito como relação em que há correlação entresituações jurídicas subjetivas, que tem por núcleo o interesse da situação, tanto o contrato como a propriedade passam a ser interpretados a partir dos interesses patrimoniais que,

11 "Elementos estruturais são estáticos, o elemento funcional é dinâmico e assume um papel decisivo de controle sobre os demais". TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil, vol. XIV*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240.

em comum, representam. E, portanto, em um ordenamento que tem na dignidade da pessoa humana seu fundamento não há interesse patrimonial totalmente desvinculadoou estanque ao existencial. Então, por ser cláusula geral garantidora dos interesses solidaristas e existenciais, a função social ganha relevo etorna-se imprescindível a qualquer situação jurídica subjetiva,patrimonial ou não, daí dizer que não merece tutela aquele instituto, patrimonial para o nosso caso, que fira ou não promova a função social.

4. O TRATADO DE MARRAKESH E SUA INTERAÇÃO COM A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O Tratado de Marraqueche, primeiro documento internacional a estabelecer limitações mandatórias aos direitos autorais, entrou em vigor no dia 30 de setembro de 2016. O Brasil, que foi um dos principais proponentes e negociadores deste Tratado junto à Organização Mundial de Propriedade Intelectual(OMPI) e, após processo legislativo interno de um ano, depositou sua ratificação em 11 de Dezembro de 2015. Relevante e interessante neste processo é o fato de ter sido ratificado com status de Emenda Constitucional, em consonância com o estabelecido na Constituição Federal após 2004.

A Emenda Constitucional número 45 de dezembro de 2004 (EC 45/04), com intuito de sanar a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento brasileiro (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 519), acrescentou, dentre outros dispositivos, o § 3º ao art. 5º[12] da Constituição Federal de 1988, que estabelece o procedimento necessário para estes tratados obterem o status de direitos fundamentais constitucionais.

12 BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil. Art. 5º § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Desde então, equivalem a emendas constitucionais aqueles tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que internalizados de acordo com os seguintes trâmites: (1) celebração pelo Presidente da República (art. 84, VIII[13] da Constituição Federal de 1988); (2) aprovação pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, em dois turnos, em cada Casa, por três quintos dos votos da totalidade dos respectivos membros, com a edição do correspondente decreto legislativo (art. 5º, § 3º [14], c/c art. 49, I[15] da Constituição Federal de 1988), (3) ratificação pela Presidência da República; e, por último, (4) a promulgação e publicação de seu texto via decreto do Presidente da República.

O referido tratado é uma das formas de concretizar o princípio da igualdade, pois, ao propiciar o acesso ao texto impresso e às publicações em formato acessível, pois oferece à pessoa com deficiência mais oportunidades na busca do aprimoramento individual e consequente inclusão em demandas de trabalho mais qualificadas, reduzindo, com isso, achamada "fome de livros"[16], e, assim,

> põe fim à discriminação hedionda que mantém essas pessoas alijadas do conhecimento que pode contribuir para melhoria das suas condições de vida, além ampliar sua autonomia e o exercício de seu direito de escolha sobre as publicações que deseja acessar.[17]

Verifica-se, portanto, que o disposto no tratado de Marraqueche não tem como intuito diminuir a importância à proteção do direito de

13 BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: "VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

14 BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil. Art. 5º § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

15 BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil. Art. 49: "É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

16 BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência, de relatoria do Deputado Federal Aelton Freitas, p.5: "existem cerca de duzentos e oitenta e cinco milhões de pessoas cegas ou com deficiência visual em todo o mundo, e menos de dez por cento dos livros são oferecidosem formato acessível".

17 Idem, p. 6.

autor, mas promovero equilíbrio entre a proteção e o interesse público geral[18]. Resta claro, ainda, que este Tratado é um marco significativo na conquista de direitos culturais pelas pessoas com deficiência visual, uma vez que as restrições da Lei de Direitos Autorais "impedir-lhes a leitura, compromete também seu desenvolvimento pessoal, acesso à educação e, em consequência, ao mercado de trabalho"[19] e restringe, por conseguinte, o desenvolvimento social igualitário.

Em linhas gerais, no ano de 2008, o Brasil ratificou o Tratado da Organiza ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência[20], bem como seu protocolo facultativo, que reconhece o direito do indivíduo ou grupo de indivíduos apresentarem queixa ao Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Por versar sobre direitos humanos com aprovação de três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, conforme procedimento estabelecido pela EC 45/04, este tratado também fora internalizado com status de emenda constitucional, sendo incorporado como cláusula pétrea.

Não obstante, deve ser enfatizada interação entre o Tratado de Marraqueche e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York (tratado da Organização das Nações Unidas (ONU)), também ratificada como Emenda Constitucional, que promove uma inclusão ampla, inclusive cultural, impondo, como estabelecido no art. 42 da Lei 13.146 de 2015, a acessibilidade a quaisquer obras autorais a pessoas com quaisquer deficiências.

Relacionado ao Tratado de Marraqueche em razão de seu conteúdo, o Tratado da ONU estabelece em seu artigo 30 a obrigação de garantir a disponibilidade de bens culturais em formatos acessíveis, e, nesse sentido, estabelece deveres que vão além das metas restritas do Tratado de Marraqueche, uma vez que não se limita nem ao material impresso nem

18 BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Relações Exteriores de Defesa Nacional, de relatoria da Senadora Marta Suplicy, p.5. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/>. Acesso em: 18 de fev. de 2016.

19 Idem, p. 4.

20 BRASIL. Decreto Federal nº 6.949. Ratifica o Tratado da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 13 fev. 2016.

em benefício unicamente das pessoas com deficiência visual, mas alcança, basicamente, pessoas portadoras de qualquer deficiência e todos os tipos de expressões culturais.

Após a aprovação do Tratado da ONU, sua efetivação ocorreu com a promulgação de lei federal para a ampla inclusão de pessoas com deficiência, que entrou em vigor a partir de 04 de janeiro de 2016, atingindo os domínios cultural e tecnológico. A Lei n. 13.146 [21] estabelece, em seu artigo 42, garantias com relação ao direito de acesso aos produtos culturais em formatos acessíveis. E, ainda mais interessante, em seu parágrafo 1º, afirma que "é vedada a recusa de oferta de obras intelectuais em formatos acessíveis às pessoas com deficiência, sob qualquer argumento, incluindo a alegação de proteção dos direitos de propriedade intelectual".

A ratificação de ambos os tratados é um importante passo no respeito e na valorização da dignidade, liberdade e autonomia individual, pois, intentando a máxima inclusão dos deficientes, acaba por forçar os entes federativos a criar políticas públicas capazes de repreender a discriminação e fomentar um progresso social isonômico que permita, não de forma meramente formal, o pleno desenvolvimento de todos.

5. EFEITOS SOBRE OS DIREITOS AUTORAIS

Os direitos fundamentais compõem o núcleo central e irrevogável da Constituição Federal de 1988, espraiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico nacional, afetando a interpretação e aplicação de todas as demais normas jurídicas, alterando seus significados e pautando as ações e políticas públicas e institucionais.

Incorporados como Emendas Constitucionais, tanto o Tratado de Marraqueche como o Tratado da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, passam então a fazer parte deste núcleo essencial e, necessariamente seus efeitos irão reverberar por todo o ordenamento. Dentre os efeitos principais relacionados ao objeto deste trabalho estão

21 BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htmAcesso em: 13 fev. 2016.

seus efeitos sobre a lei de direitos autorais, que são principalmente de duas ordens.

Em primeiro lugar substancia a noção de que as limitações e exceções são não só necessárias, mas obrigatórias, em razão do seu papel de equilibrar e harmonizar dentro do sistema de direitos autorais os interesses proprietários dos titulares e não proprietários da coletividade.

Além disso, consolida a interpretação extensiva das limitações previstas legislativamente, já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que estas são representações dos direitos fundamentais que devem ser compatibilizados com os direitos autorais. As limitações são aexpressão da função social dos direitos autorais[22], e a ratificação dos Tratados como Emenda Constitucional implica na consolidação do direito de acesso à cultura como direito fundamental e da interpretação extensiva das limitações.

No que tange às limitações aos direitos autorais, cabe salientar que elas são um ponto de equilíbrio entre os interesses dos titulares, sejam autores ou organizações empresariais, e o interesse público, da sociedade e dos cidadãos. Elas representam a ponderação entre os diversos direitos fundamentais, sendo essenciais para a viabilidade e saúde do sistema. Exemplo claro desta posição é o julgamento do Recurso Especial n. 964.404 [23] em 2011 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que enfrentou a questão das limitações dos direitos autorais, firmando uma diretriz para a padronização da interpretação da legislação federal, tendo sustentado sua decisão justamente na necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais constitucionais de proteção aos direitos autorais e os demais direitos humanos, em especial os referentes à educação e cultura.

Reconheceu o tribunal que a interpretação de qualquer norma deve considerar o conjunto normativo e não apenas as regras especificamente aplicadas e, neste sentido, indicou que o ministro relator reconheceu que

22 SOUZA, Allan Rocha. A função social dos Direitos Autorais. Campos: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404 – ES. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 fev. 2015.

a efetividade da proteção do artigo em comento só seria possível após o "reconhecimento das restrições e limitações a ela opostas pela própria lei especial", pois

> O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610⁄98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.

Deste modo, sobre as limitações aos direitos autorais – arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98 –, entendeu o Tribunal que essas possuem necessariamente caráter exemplificativo. Aduziu que as limitações são representações da importância e da valorização de direitos e garantias fundamentais pelo legislador ordinário em face dos direitos autorais, pois, afinal, "valores como a cultura, a ciência, a intimidade, a privacidade, a família, o desenvolvimento nacional, a liberdade de imprensa, de religião e de culto devem ser considerados quando da conformação do direito à propriedade autoral".

Nesta perspectiva, as limitações são o "resultado da ponderação destes valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes" e que a adoção de entendimento contrário ao caráter exemplificativo das limitações aos direitos do autor, conduziria, em determinados casos, à violação de direito ou garantia fundamental e "ao desrespeito do dever de otimização dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, da CF), que vinculam não só o Poder Legislativo, mas também o Poder Judiciário". Daí a

> Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610⁄98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

Ademais, as normas dos Tratados impactam diretamente os negócios jurídicos de direitos autorais, cujos termos não podem conflitar com

os interesses coletivos relevantes e constitucionalmente estabelecidos. A necessidade dos contratantes atentarem na elaboração do programa contratual para os interesses de terceiros e da coletividade encontra fulcro na função social dos contratos. Neste sentido já caminha o artigo 42 do Estatuto das Pessoas com Deficiência, quando proíbe a não disponibilização das obras em formato acessível. Também por fazerem incidir sobre todos os negócios jurídicos a cláusula geral de função social do artigo 421 do Código Civil, os efeitos imediatos destes Tratados sobre os negócios jurídicos de direitos autorais são, portanto, dois: (i) tornam nulas as cláusulas contratuais proibitivas de disponibilização das obras em formato acessível às pessoas com deficiência; (ii) quando ausentes, são consideradas implícitas as permissões contratuais de disponibilização das obras em formato acessível às pessoas com deficiência.

Exemplo destes efeitos sobre os contratos podem ser ilustrados com o teor da regulação da acessibilidade no audiovisual para os exibidores, regulada recentemente pela Agência Nacional de Cinema. Primeiramente, a Instrução Normativa n. 116 [24] de dezembro de 2014 trata dos critérios básicos de acessibilidade a serem financiados com recursos públicos geridos pela Agência. Contudo, mais recentemente, com a Instrução Normativa 128 de 13 de setembro de 2016[25], a Agência vai além, e estabelece prazo obrigatório para disponibilização de recursos de acessibilidade visual e auditiva nas salas de cinema, como disposto no seu artigo 3º "As salas de exibição comercial deverão dispor de tecnologia assistiva voltada à fruição dos recursos de legendagem, legendagem descritiva, audiodescrição e LIBRAS – Língua Brasileira de Sinais." Os contratos de exibição cinematográfica não poderão ter condições impeditivas de satisfação da norma, e deverão ser presumidas as condições contratuais permissivas.

24 BRASIL. Agência Nacional de Cinema. Instrução Normativa n. 116. Disponível em http://www.ancine.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-116-de-18-de-dezembro-de-2014 Acesso em 30 de setembro de 2016.

25 BRASIL. Agência Nacional de Cinema. Instrução Normativa n. 116. Disponível em https://www.ancine.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-128-de-13-de-setembro-de-2016 Acesso em 30 de setembro de 2016.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já exposto em trabalho de maior fôlego (SOUZA, 2010, p. 239 e ss), a experiência cultural é um dos pilares formadores da pessoa e *conditio sine qua non* para o desenvolvimento integral de sua personalidade, pois, a partir destas, são elaboradas e reelaboradas as visões e construídos os universos simbólicos com os quais o mundo é apreendido. O caráter constitutivo das experiências culturais remete ao princípio da dignidade da pessoa humana. O sentimento de pertencimento a uma comunidade, consequência das experiências culturais comuns, e de valoração positiva deste vínculo são pressupostos reconhecidos para a plena cidadania.

Os direitos culturais promovem o desenvolvimento pessoal para uma existência digna, a construção das identidades, a inclusão e exercício da cidadania cultural, a capacitação para o diálogo intercultural e o crescimento socialmente sustentável. Todas estas circunstâncias interagem na justificação e informam o conteúdo dos direitos culturais.

A amplitude dos efeitos pessoais e sociais dos direitos culturais indica que não há como cumprir os objetivos fundamentais da República de edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, de assegurar o desenvolvimento inclusivo e promoção do bem geral sem a sua máxima concreção. A igualdade cultural é condição para o diálogo e convivência harmoniosa e, o diálogo efetivamente livre é essencial em uma sociedade plural. Este é o desígnio constitucional, ao qual tanto o Estado como os cidadãos e a sociedade estão vinculados.

A ratificação e entrada em vigor do Tratado de Marraqueche, que complementa a Convenção da ONU dos Direitos da Pessoa com Deficiência, é um exemplo, no plano das políticas públicas e legislativas, deste entendimento. Resta agora saber em quão efetivo a inclusão cultural realmente se tornará.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral: apresentações gratuitas*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC> . Acesso em: 10 de agosto de 2016.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: LumenIures, 2007.

BRASIL. Código Civil, lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2016.

BOBBIO, Norberto. *A função promocional do direito. In:* Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A caminho de um direito civil constitucional.* Revista de Direito Civil, n.65, 1993.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. In:_____. *Na medida da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais, v. 5*. 8. ed. Salvador: Editora jusPodivm, 2012.

GRAU, Eros Roberto.*Do ofício de orador*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GRAU, Eros Roberto.*Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. 2007. 299f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

PERLINGIERI, Pietro. Civil - *Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POLI, Leonardo Marcelo. Direito Autoral: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, 2000, pp.159-182.

SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: *Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. 2010. 266f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SOUZA, Allan Rocha de. *Os Direitos Culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012.

SOUZA, Allan Rocha; ALMEIDA Jr., Vitor de Azevedo; SOUZA, Wemerton Monteiro. *Os direitos autorais na perspectiva civil-constitucional*. In Revista Brasileira de Direito Civil. Vol. 8. Abr-jun. Instituto Brasileiro de Direito Civil: Curitiba, PR, 2016, pp. 9-31.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito autoral*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil, vol. XIV*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento Jurídico*. In. .SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Temas de Direito Civil, T.I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A garantia da propriedade no Direito Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n. 6, jun. 2005, p. 101-120.

A RELAÇÃO ENTRE O FENÔMENO DO CROWDFUNDING E A ATUAÇÃO ESTATAL NO CONTEXTO DA PRODUÇÃO AUDIOVISUAL NACIONAL SOB O OLHAR DA ECONOMIA CRIATIVA

Autora: Ana Luíza de Faria Canassa
Instituição: Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI) da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Resumo: A produção audiovisual nacional sempre esteve em relação de dependência com as políticas públicas estatais, que possibilitaram a sua sobrevivência frente a um mercado caracterizado pelo desequilíbrio concorrencial existente em relação à produção estrangeira. Nesse sentido, o Estado foi e continua sendo a principal fonte de financiamento da produção audiovisual nacional. No entanto, o surgimento recente de mecanismos alternativos de financiamento, como o *crowdfunding*, trouxe questionamentos acerca da efetividade das políticas públicas aplicadas ao setor do audiovisual, o que motivou o interesse pela presente pesquisa. O objetivo principal do estudo proposto é identificar falhas no marco regulatório e nas políticas públicas relacionadas ao setor artístico do audiovisual, a partir da análise comparativa de um par dialético: de um lado, intenta-se investigar os mecanismos estatais de investimento na produção audiovisual, principalmente a partir do advento das leis de renúncia fiscal, na década de 1990, e das consequentes políticas públicas; e de outro lado, contrastando com a atuação estatal, propõe-se o estudo da inserção do fenômeno do *crowdfunding* no Brasil e dos seus impactos na produção audiovisual nacional. Acredita-se que o *crowdfunding* não tem a intenção de substituir os métodos tradicionais de financiamento, mas serve como termômetro para apontar falhas na atuação estatal que, por sua vez, não tem se mostrado eficiente em atender aos anseios de um cenário marcado pela Economia Criativa.

Palavras-chave: Produção Audiovisual; Financiamento Estatal; *Crowdfunding*.

1. INTRODUÇÃO

A obra audiovisual é uma das criações artísticas de maior complexidade, tanto por causa das várias fases que compõem seu processo de produção, conclusão e de distribuição, como pela quantidade de recursos materiais, tecnológicos e humanos envolvidos nesse processo, possibilitando que ela venha a se tornar um produto final de sucesso.

Nesse sentido, não há que se olvidar que a obra audiovisual carrega uma peculiaridade, pois reúne em uma só criação um aspecto artístico e estético e outro relacionado a uma atividade industrial, considerando que a sua elaboração, via de regra, demanda altos investimentos e o retorno acontece a longo prazo (FORNAZARI, 2006, p. 651). Portanto, trata-se de um setor artístico que se destaca por sua relação íntima com o desenvolvimento tecnológico, por gerar uma gama de empregos, principalmente considerando as várias fases que compõem o processo de produção, que demandam uma série de profissionais habilitados em cada etapa, e, consequentemente, por gerar recursos e movimentar a economia do país.

Por essa importância que marca o setor audiovisual, desde a sua inserção no país, é possível notar políticas públicas envolvendo este ramo artístico, o que remonta, inclusive, ao governo de Getúlio Vargas que criou, em 1937, o Instituto Nacional do Cinema Educativo (INCE), primeiro órgão relacionado a essa atividade (MATTA, 2008, p. 58). Embora não seja o foco da pesquisa apresentar uma evolução histórica das políticas públicas voltadas ao setor audiovisual, essa informação serve para esclarecer que o Estado e este ramo artístico, desde o princípio, relacionaram-se de alguma forma, o que sustenta o argumento apresentado acerca da importância do setor para a economia do país.

O ápice dessa relação aconteceu no período militar quando o governo, amparado em uma política intervencionista, criou a Empresa Brasileira de Filmes S.A. (EMBRAFILME), em 1969, empresa estatal responsável pelo financiamento direto da produção audiovisual (MATTA, 2008, p. 61), o que inaugura o momento mais intenso da relação de dependência entre a produção e os recursos públicos para o seu desenvolvimento.

Em 1990, quando Collor assume o governo, extingue-se não só o Ministério da Cultura, como também a Embrafilme (BOLAÑO, 2010, p. 100), deixando o setor audiovisual, que era fortemente dependente das políticas públicas para o seu financiamento, definhar por cerca de quatro anos até o advento e a aplicação dos mecanismos de incentivo baseados em renúncia fiscal (FORNAZARI, 2006, p. 650), ocasião em que, mais uma vez, o setor volta a se vincular ao Estado, em relação de dependência no que diz respeito à sua tradicional fonte de financiamento.

Ademais, cumpre observar que, recentemente, com relevância para o período que se seguiu ao ano de 2011, tem-se deparado com uma nova forma de financiamento da atividade audiovisual, tendo em vista a popularização das plataformas de financiamento coletivo, também conhecidas como *crowdfunding*. Viabilizadas pelo desenvolvimento das TICs (Tecnologias da Informação e da Comunicação), em especial com a expansão da Internet, surge esse fenômeno no início dos anos 2000, primeiramente nos Estados Unidos, alcançando o Brasil apenas em 2009, caracterizado pela busca de financiamento na multidão, a partir da divulgação de projetos em plataformas específicas *online* (VALIATI, 2013, p. 81).

O crescimento desse fenômeno nos últimos anos tem se mostrado como uma via alternativa de financiamento que está ganhando espaço no país, em especial, no setor audiovisual. Isso traz questionamentos acerca da efetividade dos mecanismos tradicionais de financiamento à produção audiovisual nacional, o que aliás, foi o motivo ensejador do interesse na presente pesquisa.

Com base nesse panorama apresentado, propõe-se o estudo da atuação estatal no setor da produção de conteúdo audiovisual nacional, tanto no que diz respeito às leis de incentivo criadas a partir da década de 1990, quanto no que concerne à formulação de políticas públicas para a área em relevo, de modo a contrastar essa atuação com o contexto de inserção do *crowdfunding* no Brasil, utilizando este par dialético (Estado vs. fenômeno privado), a fim de comparar os diferentes mecanismos de financiamento e o impacto de cada um deles na produção audiovisual. O objetivo maior dessa pesquisa é promover um diagnóstico da performance

estatal no marco regulatório do setor audiovisual, a fim de identificar se o Estado tem cumprido o seu papel de garantir um equilíbrio entre a proteção autoral e o acesso à cultura ou se existem falhas na sua atuação.

2. O ESTADO E A PRODUÇÃO DE CONTEÚDO AUDIOVISUAL NO BRASIL A PARTIR DA DÉCADA DE 1990 – LEIS DE INCENTIVO FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO

A produção audiovisual brasileira sempre dependeu de políticas públicas para sobreviver, frente ao desequilíbrio concorrencial existente com relação à produção estrangeira, em especial, à norte-americana (RUY; VALIATI, 2014, p. 1).

A partir da extinção da Embrafilme, empresa estatal responsável pelo investimento direto ao cinema, em 1990, o setor audiovisual sofreu verdadeira decadência, por cerca de quatro anos, até que começaram a surgir "mecanismos de incentivo baseados em renúncia fiscal", como forma de amenizar o abandono deixado com o fim daquela empresa. Nesse diapasão, surgem as leis de incentivo fiscal e, posteriormente, é criada uma agência reguladora, cujas atribuições são mais voltadas a uma atividade de fomento do que propriamente regulação, que é a ANCINE (Agência Nacional de Cinema) (FORNAZARI, 2006, p. 649-650).

Diferentemente da Embrafilme que atuava diretamente na produção cinematográfica, a nova política adotada na década de 1990 amparou-se em um parâmetro de intervenção indireta (MATTA, 2008, p. 63).

Dentre as leis de incentivo fiscal mencionadas, destacam-se duas, vigentes até a presente data: a Lei Rouanet (Lei 8.313/91) e a Lei do Audiovisual (Lei 8.685/93). A primeira delas é responsável por instituir o Pronac (Programa Nacional de Apoio à Cultura), cuja finalidade é captar e direcionar recursos para o setor da cultura como um todo, incluindo neste a produção de obras cinematográficas e videofonográficas, conforme é possível se aduzir da leitura dos artigos 1º e 3º, II, "a" da referida norma.

Registra-se, nesse sentido, que a Lei Rouanet possibilita o abatimento do imposto de renda de montantes gastos pelos contribuintes

com doações e patrocínios de projetos culturais nos seguintes percentuais: (a) 100% para doações e patrocínios a projetos previamente aprovados pelo Ministério da Cultura relacionados aos segmentos elencados no §3º do artigo 18 da Lei, dentre os quais à produção de obras cinematográficas e videofonográficas de curta e média metragem, bem como à preservação e difusão do acervo audiovisual (artigo 18, §§ 1º e 3º, "f"); (b) no caso de pessoas físicas, 80% das doações e 60% dos patrocínios (artigo 26, I); e (c) para as pessoas jurídicas, 40% das doações e 30% dos patrocínios (artigo 26, II), sendo as situações (b) e (c) relacionadas a projetos de obras, dentre as quais, as audiovisuais, sem uma especificação, como no caso de (a) (FORNAZARI, 2006, p. 658-659).

Já a Lei do Audiovisual também garante o abatimento no imposto de renda por meio de duas modalidades básicas: a partir da compra de certificados de investimento, relacionados a "direitos de comercialização de obras e de projetos de distribuição, exibição e infraestrutura", ou diante do investimento direto em projetos nacionais (FORNAZARI, 2006, p. 658). Dentre essas modalidades, quatro são as possibilidades de incentivo, discriminadas nos artigos 1º, 1º-A, 3º e 3º-A da Lei.

O artigo 1º trata do investimento realizado no mercado de capitais, a partir da aquisição de certificados de investimento que representem direitos de comercialização sobre o projeto escolhido, previamente aprovado pela ANCINE, que pode ser de obras de longa, média e curta metragem, bem como projetos de distribuição, exibição e infraestrutura (§5º). Nesse dispositivo o abatimento em relação ao valor investido é de 100%, limitando-se a 3% do imposto devido pela pessoa física e a 1% no caso de pessoa jurídica. O investidor aqui se torna quotista da obra, inclusive, com direito a participação nos lucros gerados.

Por sua vez, o artigo 1º-A cuida do patrocínio de obras cinematográficas brasileiras de produção independente, com o requisito de que o projeto tenha sido previamente aprovado pela ANCINE. O abatimento nesse caso também é integral (100%), limitado a 4% do imposto devido por pessoas jurídicas e a 6% do devido por pessoas físicas. Esse dispositivo também autoriza que a ANCINE institua programas

especiais de fomento, destinados a viabilizar projetos de distribuição, exibição, difusão e produção independente, a partir da forma de investimento estipulada nesse artigo.

Já o artigo 3º se destina ao investimento realizado por empresas estrangeiras, produtoras, distribuidoras ou intermediárias no exterior que tenham que pagar imposto de renda decorrente dos rendimentos recebidos com a exploração de obras audiovisuais estrangeiras no Brasil (artigo 13 do Decreto-Lei 1.089, de 1970). De acordo com o art. 3º da Lei do Audiovisual, essas empresas podem abater até 70% do imposto de renda devido, desde que invistam em projetos de produção de obras cinematográficas brasileiras de longa metragem e na coprodução de telefilmes, minisséries e obras cinematográficas brasileiras, todos de produção independente. Registra-se também que, além da vantagem do abatimento do imposto de renda e da possibilidade de ser coprodutor da obra investida, essas empresas estrangeiras também são agraciadas com a isenção do pagamento da CONDECINE (Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional), conforme estabelece o art. 39 da Medida Provisória nº 2.228-1 de 2001.

Por fim, o artigo 3º-A se destina às empresas brasileiras emissoras de radiodifusão, beneficiadas com o abatimento de 70% do imposto de renda devido, desde que invistam em obras audiovisuais brasileiras.

Com o advento dessas duas leis inaugura-se um discurso neoliberal, em que o Estado passa a injetar dinheiro na produção audiovisual, sem participar de outras etapas, como a escolha dos projetos a serem financiados. Nesse sentido, ressalta-se que, pela Lei do Audiovisual, a empresa patrocinadora pode, inclusive, participar dos lucros do projeto, o que faz com que parte do poder de decisão sobre os filmes aptos ao financiamento seja atribuído ao departamento de *marketing* dessas empresas. (VALIATI, 2013, p. 92).

O advento da ANCINE, em 2001, enquanto agência reguladora estatal, cuja finalidade principal é promover o fomento, a regulação e a fiscalização do setor audiovisual, ameniza apenas em parte esse caráter neoliberal, por introduzir mecanismos de financiamento direto, por

meio da realização de editais públicos, com base na Lei de Licitações (Lei 8.666/93), cujo apoio financeiro é próprio (FORNAZARI, 2006, p. 658).

Criada em 2001, pela Medida Provisória nº 2.228-1 (MATTA, 2008, p. 64), a agência passa a atuar efetivamente apenas em 2002, sendo vinculada ao Ministério da Cultura desde 2003 (FORNAZARI, 2006, p. 650). Diferentemente das demais agências reguladoras, a atuação da ANCINE envolve não só a regulação e a fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica, mas também e principalmente o fomento do referido setor que, dada a sua peculiaridade, agrega uma atividade industrial, por demandar altos investimentos financeiros e retorno a longo prazo, e, ao mesmo tempo, artística, sendo um dos pilares da construção de uma identidade cultural nacional (FORNAZARI, 2006, p. 651).

Contudo, a despeito desse caráter estético e artístico do setor audiovisual, ligado à cultura do país, Fabio Kobol Fornazari (2006, p. 656-657) acentua, de forma crítica, que a ANCINE acabou se estruturando, principalmente em um primeiro momento, sob uma base mais voltada para o aspecto econômico, atuando como uma gestora de recursos públicos, arrecadando-os e alocando-os no mercado audiovisual, com especial foco para o cinema de longa-metragem. O autor ainda diagnostica a escassez no diálogo com o público consumidor, de modo que a alocação dos recursos não demonstra muita preocupação específica com os aspectos sociais ou culturais.

A despeito dessas críticas, a ANCINE representou uma mudança significativa para o setor, principalmente considerando que, diferentemente das Leis Rouanet e do Audiovisual, ela implementou programas de incentivo direto, isso além da sua atuação no fomento indireto, em conformidade com as disposições dessas normas. Dentre os programas de incentivo direto, é possível citar dois mais relevantes, quais sejam: (a) o Prêmio Adicional de Renda (PAR), baseado no "desempenho de mercado de obras cinematográficas de longa-metragem brasileiras", seus recursos são destinados, necessariamente, à "produção, distribuição e exibição de obras cinematográficas brasileiras de produção independente"; e (b) o Programa de Incentivo à Qualidade do Cinema Brasileiro (PAQ), cujo objetivo se

foca em conceder "apoio financeiro às empresas produtoras em razão de premiação ou indicação de longas metragens brasileiros, nos gêneros ficção, documentário ou animação, de produção independente, em festivais nacionais e internacionais" (RAMOS; HAJE, 2011, p. 21-22).

Cumpre observar também que, além de criar a ANCINE, a Medida Provisória nº 2.228-1 instituiu o CSC (Conselho Superior do Cinema), ente responsável por definir a Política Nacional do Cinema e por gerir políticas e diretrizes voltadas ao desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional (RAMOS; HAJE, 2011, p. 20-21), dentre outras atribuições elencadas no artigo 3º da norma; e ainda possibilitou a criação dos FUNCINES (Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional), fundos constituídos "sob a forma de condomínio fechado e sem personalidade jurídica, administrados por instituições financeiras legalmente habilitadas pelo Banco Central do Brasil, que poderão investir na produção cinematográfica e audiovisual independente brasileiras" (MATTA, 2008, p. 65).

Não se pode deixar de observar que o advento das leis de incentivo fiscal e das políticas públicas voltadas ao setor audiovisual ocasionou avanços significativos, principalmente após o desmantelamento da Embrafilme, como "o crescimento no número de lançamentos de filmes nacionais, o surgimento de novas produtoras brasileiras e o reconhecimento internacional da produção cinematográfica brasileira" (RAMOS; HAJE, 2011, p. 25). No entanto, o que ainda se diagnostica no cenário nacional são duas características básicas: a centralização geográfica da produção de conteúdo audiovisual nacional no trecho Rio de Janeiro – São Paulo e o controle de referida produção por grandes grupos empresariais, como a Globo (RAMOS; HAJE, 2011, p. 15).

Além disso, o Ministério da Cultura e a ANCINE revelam um cenário ainda mais grave, apontando os seguintes problemas: (a) a escassez de acesso pelos brasileiros às obras audiovisuais fomentadas pelas políticas governamentais; (b) a estagnação nas bilheterias dos cinemas e "queda no consumo de vídeo doméstico"; (c) a priorização do conteúdo

nacional produzido pelas próprias concessionárias de radiodifusão[1] e/ou de conteúdo estrangeiro na televisão aberta, em detrimento da produção independente; (d) a escassez de canais nacionais e de conteúdo brasileiro nos canais internacionais, na televisão por assinatura; (e) a falta de incentivo a investimentos privados na produção; (f) a carência de exploração do mercado externo pela indústria audiovisual brasileira; e (g) a "fragilidade dos distribuidores brasileiros de filmes nacionais" (RAMOS; HAJE, 2011, p. 17).

Trata-se de uma realidade não só incompatível com a diversidade cultural, mas também que contraria, inclusive, princípios constitucionais estabelecidos no artigo 221 da Carta Magna, como o estímulo à produção independente[2] e a regionalização da produção cultural.

E mais: o Estado continua insistindo em direcionar o fomento à fase de produção de conteúdo, mantendo poucas iniciativas voltadas a buscar soluções para os problemas de distribuição desse conteúdo, grande gargalo da indústria audiovisual nacional. Além disso, identifica-se um quadro de dependência dos produtores em relação aos recursos públicos, o que afasta aquele ideal de autossustentabilidade (RAMOS; HAJE, 2011, p. 25). Vanessa Valiati (2013, p. 18) aponta também para a burocracia nos processos estatais de seleção, voltados ao financiamento de projetos, como um obstáculo para produção nacional de filmes.

Essa dependência dos incentivos estatais combinada com a insuficiência dos recursos disponibilizados pelo governo para o setor da cultura e do audiovisual em específico e com a burocracia, faz com que os envolvidos no processo de criação audiovisual, em especial, aqueles que atuam de forma independente, busquem formas alternativas de se

1 O grande exemplo nesse sentido é a produção verticalizada da Globo, emissora líder no cenário da televisão aberta. Ademais, mesmo as outras emissoras abertas são marcadas por conteúdos estrangeiros e programas de auditório, basicamente, de modo que a produção independente, principalmente de caráter ficcional e regional, é relegada ao descaso, não estando presente no mercado televisivo brasileiro (RAMOS; HAJE, 2011, p. 18).

2 Murilo César Ramos e Lara Haje acentuam que a ideia de produção independente está vinculada ao conteúdo que é produzido por produtor diverso do distribuidor, o que, aliás, não é a realidade vivenciada no Brasil, onde "grande parte dos conteúdos distribuídos pelas emissoras de televisão é produzido por elas próprias" (RAMOS; HAJE, 2011, p. 16).

financiar. Nesse contexto, a expansão do acesso à Internet e da utilização desse meio como portal de comunicação permitiu o advento do fenômeno do *crowdfunding* (VALIATI, 2013, p. 93-94), assunto que será objeto de estudo nos tópicos subsequentes.

3. O FENÔMENO DO *CROWDFUNDING*

3.1. O QUE É E OS PRIMEIROS CONTATOS DO *CROWDFUNDING* NO BRASIL

O *crowdfunding* nada mais é do que um mecanismo de financiamento (*funding*), que utiliza a Internet como canal de captação de recursos, a partir de doações realizadas por uma multidão (*crowd*) interessada no investimento de um projeto que, por sua vez, pode ser a gravação de um CD, ou o financiamento de uma campanha política, ou até mesmo a realização de trabalhos artísticos, como uma produção audiovisual (VALIATI, 2013, p. 66). Nas palavras de Vanessa Valiati (2013, p. 68), "o objetivo central do *crowdfunding* é que várias pessoas contribuam com pequenas quantias para viabilizar uma ideia".

Do ponto de vista artístico, o *crowdfunding* tem se mostrado como um instrumento para criação de obras "que estão fora da zona de interesse da grande indústria", utilizado por criadores que, aproveitando-se do fenômeno de expansão da Internet, como meio de comunicação, encontraram uma forma alternativa de chamar a atenção do público para o financiamento dos seus projetos. Nessa perspectiva, o público deixa de lado a postura passiva de absorção de conteúdo, organizando-se em grupos participativos do processo de criação cultural (VALIATI, 2013, p. 43).

Na prática, o *crowdfunding* se materializa da seguinte maneira: o idealizador do trabalho define o projeto, estabelece um valor para a sua realização, isto é, uma meta, estipula uma recompensa aos doadores e, por fim, cadastra todas essas informações em uma plataforma ou cria uma plataforma própria de arrecadação. Uma vez atingida a meta, o dinheiro

arrecadado é repassado ao idealizador para a realização do projeto (VALIATI, 2013, p. 68).

O fenômeno surge nos Estados Unidos, no início dos anos 2000, mas só alcança o Brasil em 2009, ocasião em que é lançado no país o site *Vakinha*. Essa foi a primeira plataforma nacional idealizada como uma ferramenta de arrecadação de dinheiro, a partir de doações, a fim de viabilizar o desenvolvimento de projetos variados, dentre os quais, desde casamentos até projetos sociais. Trata-se de um fenômeno tão recente que mesmo em 2009, a expressão *crowdfunding* ainda sequer havia se popularizado (VALIATI, 2013, p. 81).

Dado o *start* com o referido site, a partir de 2010, observa-se uma expansão e uma consolidação do fenômeno com o surgimento de outras plataformas do gênero, sendo a mais famosa delas conhecida como "*Catarse*", inaugurada no país em janeiro de 2011. A partir dos dados coletados por Valiati (2013, p. 81-84), na sua dissertação de mestrado, os resultados apontam que mais da metade das plataformas no Brasil são destinadas ao investimento na área cultural, de projetos artísticos.

Cumpre observar também que a maior parte das plataformas brasileiras adotam o sistema do "tudo ou nada", que consiste, basicamente, no seguinte: (a) se o projeto não alcançar a meta estipulada pelo idealizador, em termos de valores, o montante arrecadado retorna aos colaboradores, o que pode ser feito tanto em espécie, como na forma de créditos a serem direcionados, sob o interesse do colaborador, a outros projetos em fase de arrecadação; (b) ultrapassado o valor solicitado, o montante integral é repassado ao idealizador que pode optar sobre a forma com que o recurso extra será alocado. Trata-se de um sistema mais seguro aos colaboradores que não ficam desamparados caso o projeto não atinja a meta, bem como serve para avaliar a qualidade do projeto, de acordo com o interesse manifestado pelo público (VALIATI, 2013, p. 83-85).

Feita essa introdução acerca do funcionamento das plataformas de *crowdfunding* no Brasil, passa-se ao estudo desse fenômeno aplicado à produção audiovisual nacional.

3.2. O *CROWDFUNDING* E O SETOR AUDIOVISUAL NACIONAL

No que se refere à produção audiovisual em si, a prática do *crowdfunding* deve ser combinada com o advento e a evolução da tecnologia, em especial, das TICs (Tecnologias da Informação e Comunicação), principalmente a partir do surgimento e da expansão da Internet, que não só viabilizaram esse fenômeno, como também alteraram a dinâmica da produção e, consequentemente, da cultura que, por sua vez, passam a assumir um caráter digital.

Nessa perspectiva, as tecnologias digitais propiciaram a diminuição dos custos de produção dessa espécie de obras, viabilizando a atuação de uma classe de amadores, e facilitaram a etapa de distribuição, tanto pela variedade de plataformas, quanto pela diminuição dos custos também nessa fase, tornando-a mais horizontal, permitindo, inclusive, a participação ativa do consumidor que passa a poder atuar em todas as etapas, desde o financiamento até a distribuição (VALIATI, 2013, p. 79).

Com base nas críticas apresentadas anteriormente, no que diz respeito à legislação vigente, Valiati (2013, p. 91) acentua que "a burocracia excessiva, a demora nos processos de seleção e a dificuldade no acesso" estão entre os motivos ensejadores do crescimento do uso do *crowdfunding* enquanto meio de captação de recursos, por ser mais ágil o processo.

Além disso, a autora avalia a dificuldade enfrentada pela produção independente de se inserir no mercado convencional, não por falta de qualidade ou de potencial comercial, mas por apresentar, muitas vezes, inovações estéticas, linguísticas ou de narrativa, ou por contar com elenco novo, sem muita notoriedade pelo público. Esses são aspectos que, combinados com a insuficiência de recursos governamentais, bem como por causa da burocracia, fazem da fase de captação de recursos a mais desgastante, pela dificuldade em reunir todos os elementos necessários para a apresentação de propostas chamativas aos gerentes de *marketing* de possíveis empresas patrocinadoras. É nesse contexto que o *crowdfunding* se mostra como uma alternativa (VALIATI, 2013, p. 95).

Ademais, o *crowdfunding* é analisado por Valiati (2013, p. 50) como um fenômeno que se baseia "em dois dos pilares que consolidam a economia criativa: a tecnologia e a demanda por produtos criativos". De um lado, trata-se de um mecanismo alternativo de captação de recursos, especialmente, pelos criadores independentes – que, ressalta-se, não deixa de garantir a proteção autoral –, e de outro, permite uma maior inclusão social, diante de um cenário em que o consumidor interage com maior proximidade do processo de criação, inclusive, no aspecto da demanda pelo conteúdo cultural de seu interesse, de modo que a distribuição desse conteúdo também seja mais horizontal.

É importante ter em mente, apesar de todas as vantagens apresentadas, que o *crowdfunding* não vai resolver todos os problemas de financiamento da produção audiovisual nacional. Aliás, há que se deixar claro que esta sequer é a proposta do presente trabalho. Pretende-se com esta pesquisa, comparar o modelo tradicional de financiamento, proveniente das medidas de incentivo pela renúncia fiscal, com o método alternativo proposto pelo *crowdfunding*, a fim de diagnosticar a postura do Estado frente ao setor do audiovisual.

Com base nisso, ressalta-se que o próprio *crowdfunding* apresenta um problema similar ao dos métodos tradicionais de financiamento: a concentração geográfica das iniciativas no trecho São Paulo – Rio de Janeiro. No resultado apresentado pelo levantamento feito por Valiati (2013, p. 96-101), mais do que a concentração nestes estados, existe uma centralização propriamente nas respectivas capitais, também conhecidas como capitais culturais do País. A autora identifica nessas cidades polos de atração para profissionais criativos, por causa do mercado existente nesses locais, tanto do ponto de vista da produção, como do consumo cultural. Ela conclui, então, que a força apresentada pelo *crowdfunding* nessas cidades representa um indício de auto-organização pela classe artística (também concentrada em tais localidades) na busca por soluções alternativas aos modelos econômicos tradicionais.

Noutro giro, em termos quantitativos, o financiamento via *crowdfunding*, por se tratar de uma iniciativa recente, apresenta um

resultado interessante, conforme é possível extrair dos dados divulgados no *blog* da plataforma *Catarse*, em notícia veiculada em 22 de outubro de 2015, que apontam a categoria de "Cinema e Vídeo", como a segunda mais financiada – atrás apenas do setor musical –, totalizando 371 projetos financiados desde janeiro de 2011 (quando o site foi ao ar) até a data supracitada[3] (RAVONI, 2015). Se comparado com o número de filmes brasileiros lançados mais ou menos no mesmo período (2011 a 2015), normalmente financiados pelas vias tradicionais, totalizando 555 filmes, conforme se extrai da tabela publicada pelo OCA (Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual)[4], criado pela ANCINE (OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DO CINEMA E DO AUDIOVISUAL, 2015), o montante de projetos oriundos do sistema *Catarse* é significativo.

Outros dados relevantes apurados na pesquisa realizada por Valiati, no período de 2011 a 2013, com relação à plataforma *Catarse*, é que existe um investimento considerável em obras de curta-metragem, diferentemente do financiamento tradicional, mais focado nos longas-metragens e que os realizadores ou idealizadores dos projetos são predominantemente universitários (iniciantes vinculados a universidades) (VALIATI, 2013, p. 103-105). Ademais, não se pode deixar de mencionar que essa forma de financiamento também é mais marcante nos projetos que demandam um baixo orçamento (VALIATI, 2013, p. 132)

Isso aponta para um cenário em que o *crowdfunding*, a despeito das suas limitações, especialmente a respeito da centralização geográfica dos projetos e dos limites orçamentários, apresenta-se como uma alternativa à produção audiovisual independente, possibilitando a inserção de universitários e iniciantes em um mercado cheio de obstáculos, como a burocracia do financiamento tradicional, a concorrência com criadores e artistas mais renomados e a consequente falta de interesse da iniciativa privada, leia-se, das empresas patrocinadoras que se mostram relutantes aos projetos que não envolvam certa notoriedade (VALIATI; TIETZMANN, 2012, p. 11).

3 Informações extraídas do site: http://blog.catarse.me/crowdfunding-financiados-catarse/#more-23554582356. Acesso em: 30 maio 2016.

4 Informações encontradas no sítio eletrônico: http://oca.ancine.gov.br/media/SAM/DadosMercado/Dados_gerais_do_mercado_brasileiro_-_2015.pdf. Acesso em: 30 maio 2016.

4. OS ANSEIOS DE UM CENÁRIO MARCADO PELA ECONOMIA CRIATIVA

A Economia Criativa abarca um olhar diferenciado sobre o desenvolvimento econômico, social e sustentável, partindo de uma estratégia dinâmica entre economia, cultura e tecnologia como aspecto fomentador do mencionado desenvolvimento (WACHOWICZ, 2015, p. 13). Fala-se em uma realidade onde "a riqueza está cada vez mais ligada à inovação como produto da criatividade, nascida da aplicação do conhecimento (técnico e cultural) do indivíduo ao trabalho" (MADUREIRA; SILVA, 2015, p. 39).

Esse novo contexto, por conseguinte, pressupõe um abandono do pensamento liberal que marcou a sociedade industrial, cujas noções de economia e desenvolvimento econômico estavam diretamente relacionadas ao ideal de maximização dos lucros e conquista de mercados, em detrimento de aspectos sociais e criativos, relegando ao descaso aspectos como a dignidade dos trabalhadores, o trabalho intelectual – o que importava, de fato, era o aumento da produtividade decorrente dos serviços braçais – e os problemas ambientais (MADUREIRA; SILVA, 2015, p. 33).

Trata-se, então, de uma transição que leva a uma sociedade pós-industrial, caracterizada pela valorização da informação, do conhecimento e do trabalho intelectual, como uma decorrência do advento e da evolução das tecnologias informacionais, como a Internet, que passam a ocupar um papel relevante na sociedade e na economia, rompendo as barreiras territoriais da comunicação. Nasce, portanto, um novo paradigma que alçou a criatividade a um patamar de destaque, inserida na noção de desenvolvimento econômico (MADUREIRA; SILVA, 2015, p. 33-34).

Essas transformações na economia mundial são reflexos das transformações sociais, ocasionadas, especialmente, pela expansão das tecnologias da informação, responsáveis por formar um perfil de consumidores mais informados, conscientes e críticos, que exigem, cada vez mais, produtos inovadores com valor agregado. Em outras palavras, trata-

se de uma economia que anseia pela promoção da diversidade cultural, da inclusão social e do desenvolvimento sustentável (MADUREIRA; SILVA, 2015, p. 39).

Nesse diapasão, essa Economia Criativa postula um equilíbrio de interesses que envolvem, de um lado, os individuais do autor, de ver sua paternidade reconhecida sobre sua obra, bem como de colher os frutos da sua exploração, a partir de uma prerrogativa de dispor de modo exclusivo de sua criação; e de outro, os sociais, que incluem os direitos de acesso do público à educação, cultura, conhecimento, informação, o que exige um certo grau de liberdade na utilização das obras intelectuais alheias (VICENTE, 2015, p. 17-19).

A conciliação desses interesses se mostra como aspecto essencial para a garantia do florescimento de um novo pensamento econômico, fundado no comprometimento com o estímulo à criatividade e à diversidade cultural, tudo isso em prol do desenvolvimento econômico, social, cultural e humano (MADUREIRA; SILVA, 2015, p. 29-30).

Conclui-se, assim, sob os dizeres de Marcos Wachowicz e Sandro Mansur Gibran, que a Economia Criativa há de ser caracterizada como sistêmica, porque ela opera "com as interfaces entre a economia, a cultura e a tecnologia com vistas a um desenvolvimento sustentável", voltado a um ideal inclusivo que garanta o uso e o acesso aos produtos criativos pelo público consumidor, a partir das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) (GIBRAN; WACHOWICZ 2015, p. 215).

4.1. OS DIREITOS CULTURAIS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO ESTADO ENQUANTO GARANTIDOR DESSES DIREITOS

Compreendida a relevância da cultura no aspecto do desenvolvimento econômico, em um cenário marcado pela Economia Criativa, passa-se a uma abordagem dos direitos culturais. Nesse diuturno, ressalta-se que a proteção destes engloba duas nuances: (a) a garantia de acesso a referidos

direitos culturais e a de liberdade criativa e (b) a proteção das criações artístico-culturais (DRUMMOND, 2015, p. 67).

Com base nessas duas vertentes dos direitos culturais, depreende-se que o papel do Estado nesse contexto não pode ser apenas passivo, permitindo a liberdade de criação e de expressão artística, livre de censura. Demanda-se, nesse sentido, que o Estado adote uma postura ativa, de verdadeira promoção da circulação e do acesso à cultura (DRUMMOND, 2015, p. 75).

Assim sendo, imperioso o reconhecimento dos direitos culturais como direitos fundamentais, não só pela perspectiva da liberdade de criação e de acesso à cultura, ou seja, não só como direito de 1ª geração (liberdades), mas também enquanto um direito social, de 2ª geração, intimamente imbricado ao conteúdo da educação, outro direito social (DRUMMOND, 2015, p. 77) – sendo ambos, educação e cultura, previstos no Título VIII da Constituição Federal, que trata "Da Ordem Social".

No entanto, a despeito dessa compreensão, e conforme aponta Victor Gameiro Drummond (2015, p. 81-82), o Estado parece encontrar uma dificuldade em tratar o desenvolvimento cultural como elemento componente desse ambiente de proteção e garantia mínima a ser por ele prestada. O resultado disso é o descaso, a partir da atribuição de um tratamento como se fossem direitos de categoria inferior e, como consequência de referido entendimento, "não se destina ao setor cultural verba sequer próxima do razoável, mesmo considerando a dificuldade de implementação da ordem econômica em decorrência da *reserva do possível*".

Apesar de não existir diferença qualitativa em relação aos direitos fundamentais, sendo a sua classificação em gerações apenas para efeitos cronológicos e históricos, na acepção de Drummond (2015, p. 86), se o Estado considerasse a cultura como direito social, de 2ª geração, ao lado da saúde e da educação, as políticas públicas seriam mais efetivas na disseminação da cultura nacional, atingindo a parcela da população que realmente necessita de formação cultural, sendo este o principal objetivo dos direitos culturais.

Essas reflexões realizadas até o presente momento servem para questionar a postura do Estado que, tanto na posição de legislador, responsável por criar novas leis e por reformá-las quando necessário, quanto no papel de administrador, encarregado da função de formular políticas públicas para implementação dessas leis tem deixado a desejar.

Nessa esteira, ressalta-se que a mudança do paradigma liberal para o cultural, no cenário pós-industrial, conforme anteriormente relatado, não se refletiu, por exemplo, na legislação autoral brasileira, que ainda apresenta um viés marcado por uma noção liberal/individualista, em que se destaca o monopólio e a soberania do autor, em detrimento da diversidade cultural e do acesso à cultura (MADUREIRA; SILVA, 2015, p. 47-48). O problema, ainda mais grave do que se imagina, é que esse discurso da proteção autoral, amparada nos ideais de monopólio e soberania do autor é, muitas vezes, utilizado como escudo protetor pela "indústria exploradora do trabalho criativo alheio", conforme pontua Karin Grau-Kuntz (2015, p. 54-55), e não propriamente pelos "autores em geral, sujeitos criativos que alimentam a indústria mencionada, os grandes perdedores nas relações econômicas reguladas pelo 'direito de autor'".

Essa problemática é ainda complementada com as ponderações feitas por Drummond (2015, p. 89) de que não adianta insistir em manter o foco nas políticas públicas voltadas à apresentação de padrões universalizantes, pois isto não consagra a diversidade cultural tanto almejada. Nesse sentido, o autor exemplifica comparando a valorização da "cultura das escolas de samba em detrimento das atividades de bois de Parintins". E não é só: Drummond (2015, p. 89) também explica que "quanto mais se permite o uso de leis de incentivo por parte do Estado para os mesmos nomes já consagrados e já assentados na cultura brasileira, mais distante se está de um fortalecimento da diversidade cultural".

Por fim, o autor ainda acrescenta que falta estímulo "para que a sociedade civil tenha interesse em investir em cultura", o que decorre da consagração do entendimento, no mercado cultural nacional, de que aquele que trabalha com arte e cultura deve atuar como um mecenas, abrindo mão de seus lucros.

Então cria-se uma falsa noção de que o acesso à cultura só é garantido quando há gratuidade, o que não é verdade. Aliás, o papel do Estado é promover o acesso às diferentes manifestações artísticas, independentemente da existência de gratuidade (DRUMMOND, 2015, p. 93).

Este é o ponto da pesquisa em que todo o cenário apresentado se converge e, para explicar essa situação, faz-se um breve diagnóstico do setor audiovisual brasileiro.

5. O DIAGNÓSTICO DO SETOR AUDIOVISUAL BRASILEIRO

Conforme já relatado previamente, as leis de renúncia fiscal, sobretudo a Lei do Audiovisual, surgidas no início da década de 1990, foram de grande importância à época, marcada pela extinção da Embrafilme, empresa estatal responsável pelo investimento direto ao cinema, e consequente decadência do setor audiovisual pelos quatro anos que se seguiram a essa extinção. Isso porque mencionada legislação permitiu uma retomada nos investimentos neste setor, o que, ao longo dos anos, representou um aumento considerável na produção de filmes nacionais, e até mesmo um crescimento no "*market share*" do filme brasileiro (RUY; VALIATI, 2014, p. 2).

No entanto, é preciso ter cautela antes de afirmar que esse crescimento representou o sucesso da produção cinematográfica nacional frente aos *blockbusters* estrangeiros, pois isso não reflete a realidade. O que os dados mercadológicos, de fato, revelam é o diagnóstico de profundas assimetrias internas, ocasionadas, principalmente, pela entrada da Globo no mercado cinematográfico, utilizando o selo "Globo Filmes" (RUY; VALIATI, 2014, p. 2-3).

Retoma-se o que foi exposto inicialmente acerca da concentração das fases de produção e de distribuição de conteúdos audiovisuais em uma mesma emissora de televisão, como é o caso da Globo, e agora se acrescenta o fato de que esta empresa também ganhou espaço na área de produção cinematográfica, acesso esse que, aliás, foi não só conveniente, como também facilitado pela sua já "reconhecida capacidade técnica e

criativa na produção e difusão de conteúdos audiovisuais", que permitiu, sem muito esforço, a sua inserção em um setor ainda não explorado, qual seja, o cinema (RUY; VALIATI, 2014, p. 3).

Ademais, verifica-se nesse cenário, não só a existência de um monopólio, como também o uso de uma fórmula típica da cultura de massa, que é a produção de obras cinematográficas pensadas em um modelo para "dar certo", a partir de um arquétipo de filme nacional de sucesso comercial, marcado pela elaboração de um roteiro que dialoga profundamente com as produções televisivas, bem como pela escolha de um elenco renomado, tudo isso com o intuito de atrair a atenção do público-alvo. Associado a esse esquema de produção, acrescenta-se que as obras geradas nesse formato ainda contam "com a força de divulgação do principal conglomerado midiático do país" (RUY; VALIATI, 2014, p. 3-4), o que evidencia a estrutura monopolística apresentada.

Reitera-se, por conseguinte, os desafios enfrentados pela produção independente de conteúdo audiovisual no país, já elencados em tópico anterior: nota-se uma dificuldade de acesso às fontes tradicionais de financiamento, de um lado, por causa da burocracia existente nos processos de seleção estatais, o que torna demorado o acesso aos recursos, e de outro, a falta interesse dos patrocinadores (iniciativa privada) em investir nas criações que não apresentem um mínimo de notoriedade (como aquelas formadas por um elenco de atores iniciantes); o cenário relatado aponta um comprometimento à diversidade cultural e à inovação temática/estética das obras, diminuindo o espaço de liberdade criativa e mantendo a centralização geográfica da produção audiovisual; tudo isso sem deixar de ressaltar que "o modelo de fomento indireto transfere o poder de decisão sobre o investimento no cinema para as empresas patrocinadoras" (RUY; VALIATI, 2014, p. 4).

O cenário apresentado desafia os anseios da Economia Criativa, justamente porque caminha no sentido contrário ao ideal de valorização da criatividade e da diversidade cultural, enquanto promotor do desenvolvimento econômico sustentável. Aliás, essa centralização da produção audiovisual nacional nas mãos de uma minoria reflete a

problematização apresentada por Karin Grau-Kuntz acerca do discurso protecionista utilizado como escudo pelas empresas que exploram o trabalho criativo, para amparar os seus interesses, em detrimento dos interesses da classe dos autores, reais prejudicados pelas relações econômicas regidas pela legislação autoral, sendo esta marcada por uma noção liberalista e individualista.

Ademais, o panorama relatado também é explicado pelas críticas realizadas por Victor Gameiro Drummond ao sinalizar as falhas nas políticas públicas do Estado brasileiro, voltadas à consagração de padrões culturais universalizantes e ao incentivo de nomes consagrados, tudo isso em detrimento da tão sonhada diversidade cultural, o que, conforme demonstrado, reflete-se no setor audiovisual brasileiro.

Nessa perspectiva, o uso do financiamento coletivo ou *crowdfunding* pelos produtores independentes serve como um termômetro, cujas medições apontam falhas no marco regulatório nacional, no que diz respeito ao setor audiovisual, identificando as medidas adotadas pelo Estado como insuficientes para garantir um crescimento democrático e sustentável do referido setor. Assim, as políticas públicas de incentivo à produção audiovisual não atingem eficientemente a produção local/regional e independente[5] e não contribuem à promoção da criatividade e da diversidade cultural, corolários da Economia Criativa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A produção audiovisual brasileira sempre esteve em relação de dependência com as políticas públicas estatais, inclusive, no que concerne ao aspecto do financiamento e essa é uma realidade que persiste até o

5 Nas palavras de César Ricardo Siqueira Bolaño (2010, p. 101), "(...) é aterrador notar a quase total e completa falta de interesse em se regular os conteúdos, a praticamente inexistente preocupação com a questão da diversidade cultural, da regionalização da produção etc. no modelo brasileiro de regulação da comunicação ao longo de toda a sua história. (...) A questão regional, o problema da diversidade cultural, de estímulo à produção local e independente, enfim, toda a problemática da regulação dos conteúdos, numa perspectiva progressista, como aquela que figura nos princípios da Constituição brasileira de 1988, no capítulo sobre a matéria, ou não está tratada na legislação ou, quando está, os dispositivos não são cumpridos".

presente momento. Aliás, cumpre consignar que o advento das leis de incentivo baseadas na renúncia fiscal (Lei Rouanet e Lei do Audiovisual), na década de 1990, representou uma retomada no setor audiovisual que havia suportado um período de decadência após a extinção da Embrafilme.

Contudo, o crescimento das produções audiovisuais a partir desse período não foi uniforme, nem democrático, por isso, deve ser analisado com cautela. Isso porque os dados apurados dos filmes lançados nas salas de cinema apontam para um domínio da Globo, não só no setor televisivo, como também em uma área até então não explorada pela empresa, qual seja, a do cinema, tanto é que no ano de 2013, dos 20 filmes brasileiros de maiores bilheterias, todos se tratavam de produções associadas à Globo (RUY; VALIATI, 2014, p. 3).

Ademais, a burocracia que permeia os processos de seleção estatais, combinada com a transferência do poder de decisão para as empresas patrocinadoras sobre os projetos a serem investidos, além da concorrência com a parcela de artistas renomados, são fatores que criam ainda mais obstáculos para a proliferação de produções independentes, o que, aliás, conforme abordado nesta pesquisa, é motivo ensejador para a busca de meios alternativos de financiamento como as plataformas de *crowdfunding*.

É importante ter em mente que as iniciativas como o *crowdfunding* não objetivam sufragar os mecanismos estatais de financiamento ao setor audiovisual, mesmo porque, de acordo com a análise realizada, o próprio financiamento coletivo apresenta limitações, como a concentração geográfica dos projetos no eixo Rio de Janeiro – São Paulo (característica também das políticas públicas tradicionais) e o atendimento majoritário a projetos de baixo orçamento. No entanto, o resultado dos investimentos provenientes destas plataformas, bem como a própria busca pela comunidade artística a meios alternativos de angariar recursos já apontam falhas no modelo tradicional de financiamento e a consequente necessidade de se repensar as iniciativas existentes.

Nessa perspectiva, a crítica que se faz ao marco regulatório e às políticas públicas direcionadas ao setor audiovisual é que não basta a previsão nos textos legais dos ideais de promoção à diversidade cultural e

à regionalização da produção e do incentivo à produção independente se estes aspectos não são garantidos na prática.

Além desses problemas apontados, a leitura do *crowdfunding* serviu também para diagnosticar a falta de diálogo com o público consumidor do produto audiovisual, bem como a ausência de estímulo à sociedade civil para que se interesse em investir em cultura. Nesse sentido, não existe uma preocupação pelo Estado em conciliar os interesses dos criadores, dos patrocinadores e do público-alvo, tanto é que a escolha do projeto a ser investido é repassada ao patrocinador, servindo o Estado como mero intermediário entre este e o realizador do projeto, em uma atitude claramente passiva. E se não bastasse, o Estado sequer se esforça para incentivar o interesse da população em investir em cultura, de modo que se constrói aquele entendimento equivocado de que só existe acesso à cultura quando há gratuidade, recaindo sobre os criadores e artistas o ônus de abrir mão de seus direitos em prol do interesse coletivo, visão completamente deturpada.

O saldo final apresentado por este trabalho é que existem sim falhas na atuação estatal no que diz respeito ao setor audiovisual, que afetam não só a classe artística não privilegiada e a produção independente, como o próprio público destinatário dessas obras, ou seja, o cenário atual da produção audiovisual nacional aponta para um desequilíbrio de interesses entre as partes envolvidas nesse processo. Nesse diuturno, conclui-se que o Estado não tem conseguido atender aos anseios da Economia Criativa, especialmente no tocante a este setor artístico, de modo que não restam dúvidas acerca da necessidade de se repensar o modelo de políticas públicas adotado, em todos os sentidos, a fim de demandar uma postura mais ativa do Estado na promoção da diversidade cultural, do acesso à cultura, da regionalização da produção audiovisual e do investimento na produção independente.

REFERÊNCIAS

BOLAÑO, César Ricardo Siqueira. O modelo brasileiro de regulação do audiovisual em perspectiva histórica. *Revista Eletrônica de*

Comunicação Informação & Inovação em Saúde, Rio de Janeiro, v.4, n. 4, p. 94-103, 2010. Disponível em: <http://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/651/1299> Acesso em: 17 mar. 2016.

BRASIL. *Lei 8.313*, de 23 de dezembro de 1991. Restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8313cons.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. *Lei 8.685*, de 20 de julho de 1993. Cria mecanismos de fomento à atividade audiovisual e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8685.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. *Lei 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. *Medida Provisória 2.228-1*, de 6 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm> Acesso em: 12 mar. 2016.

DRUMMOND, Victor Gameiro. A circularidade cultural e o papel do Estado como fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Direito autoral e economia criativa*. Curitiba: GEDAI Publicações/UFPR, 2015, p. 61-96.

FORNAZARI, Fabio Kobol. Instituições do Estado e políticas de regulação e incentivo ao cinema no Brasil: o caso Ancine e Ancinav.

Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 647-678, 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6845/5426>. Acesso em: 27 mar. 2016.

GIBRAN, Sandro Mansur; WACHOWICZ, Marcos. A propriedade autoral e licenciamentos criativos: liberdade de acesso e interação para o fortalecimento da economia criativa. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Direito autoral e economia criativa*. Curitiba: GEDAI Publicações/UFPR, 2015, p. 185-221.

GRAU-KUNTZ, Karin. Políticas públicas: mercado e desenvolvimento / Novos modelos / Políticas públicas de incentivos / Papel estratégico dos setores criativos. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Direito autoral e economia criativa*. Curitiba: GEDAI Publicações/UFPR, 2015, p. 53-60.

MADUREIRA, Amanda; SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e. Direitos autorais e economia criativa: uma perspectiva para o desenvolvimento. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Direito autoral e economia criativa*. Curitiba: GEDAI Publicações/UFPR, 2015, p. 29-52.

MATTA, João Paulo Rodrigues. Políticas públicas federais de apoio à indústria cinematográfica brasileira: um histórico de ineficácia na distribuição. *Revista Desenbahia*, Salvador, v. 5, n. 8, p. 55-70, mar. 2008. Disponível em: <http://www.desenbahia.ba.gov.br/uploads/2508201110509843_Cap%203.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.

OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DO CINEMA E DO AUDIOVISUAL. *Dados gerais do mercado audiovisual brasileiro*, 2015. Disponível em: <http://oca.ancine.gov.br/media/SAM/DadosMercado/Dados_gerais_do_mercado_brasileiro_-_2015.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

RAMOS, Murilo César; HAJE, Lara. Panorama da produção de conteúdo audiovisual no Brasil e o direito à comunicação. In: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Produção de conteúdo nacional para mídias digitais.* Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos, 2011.

RAVONI, Anthony. *Mais de 2 mil projetos de crowdfunding financiados no Catarse*, 2015. Disponível em: <http://blog.catarse.me/crowdfunding-financiados-catarse/#more-23554582356>. Acesso em: 30 maio 2016.

RUY, Karine; VALIATI, Vanessa. O potencial do crowdfunding como mecanismo de financiamento alternativo para o cinema brasileiro. In: JORNADA INTERNACIONAL GEMINIS, I, 2014, São Carlos. *Anais...* São Carlos: UFSCar, 2014. Disponível em: <http://www.geminis.ufscar.br/jig/anais/>. Acesso em: 22 mar. 2016.

VALIATI, Vanessa Amália Dalpizol. *Crowdfunding no cinema brasileiro*: um estudo sobre o uso do financiamento coletivo em obras audiovisuais brasileiras de baixo orçamento. 2013. 167 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social) – Faculdade de Comunicação Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/7/TDE-2014-01-17T144952Z-4813/Publico/453201.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____; TIETZMANN, Roberto. Crowdfunding: o financiamento coletivo como mecanismo de fomento à produção audiovisual. In: Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul, XIII, 2012, Chapecó. *Anais...* São Paulo: Intercom, 2012. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/regionais/sul2012/resumos/R30-1090-1.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2016.

VICENTE, Dário Moura. Economia criativa e equilíbrio de interesses no direito autoral. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Direito autoral e economia criativa*. Curitiba: GEDAI Publicações/UFPR, 2015, p. 17-28.

WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Direito autoral e economia criativa*. Curitiba: GEDAI Publicações/UFPR, 2015.

O DESAFIO DA REGULAÇÃO DA MODA NO BRASIL

Autores: Bruna Santos; Eduardo Magrani
Instituição: FGV DIREITO RIO

Resumo: O presente artigo procura discursar sobre o fenômeno da moda, seus aspectos relevantes na sociedade e a forma de proteção que atualmente se aplica para tal. Em princípio, procurou-se discorrer sobre características da moda e o funcionamento de tal mercado. Após tais observações, foi feito um estudo sobre os institutos da propriedade intelectual que são utilizados pela Justiça brasileira para garantir a exclusividade de produções de moda. Por fim, segue-se uma análise dos problemas enfrentados pelo mercado, assim como exemplos de casos e apresentação de uma possível solução.

Palavras-chave: propriedade intelectual, concorrência, direito autoral, desenho industrial, patentes, marca, moda, tendências.

Litígios envolvendo o mundo da moda, sejam relacionados às marcas, às coleções ou até mesmo a um modelo específico, têm aparecido constantemente nos tribunais brasileiros, em razão do crescimento da indústria e da própria relevância que se tem dado à moda.

A moda é considerada hoje uma das maiores indústrias globais, portanto, um mercado de importante participação na economia mundial, capaz de movimentar bilhões de reais por ano só no Brasil, empregando mais de um milhão de pessoas[1].

Ultrapassando a função primária da vestimenta de proteção do corpo, atualmente a indústria da moda compreende as funções social, estética e de comunicação, tendo por base os aspectos sociais, culturais[2] e econômicos presentes na sociedade em que se insere.

Historicamente, foi por volta do século XVIII, com a França dividida entre a corte abastada e os trabalhadores pobres que o interesse pelo que vestir começou a se destacar (FRINGS, G. S. 2012, p. 4-5). Por questões econômicas, somente a corte real e os grandes donos de terras podiam investir em roupas da moda. Por conta dos privilégios econômicos e status, a realeza era a responsável por definir as tendências, ditando tecidos e cores que deveriam ser usadas, sendo copiados pela aristocracia da época. Notadamente, ainda hoje muitas pessoas enxergam a moda como uma forma de demonstrar que pertencem a certo grupo de pessoas ou visando comunicar um determinado status na sociedade.

É interessante também notar que a moda atualmente não se exemplifica somente pela produção e venda de vestimentas e derivados (como os sapatos, bolsas, e outros acessórios), mas também pela exposição de tais produções, feitas especialmente nas semanas de moda, assim como o próprio gerenciamento dessas produções. Desta forma, observa-se que, mesmo o agente passivo da moda sendo essencialmente o consumidor,

1 http://economia.ig.com.br/carreiras/mercado-da-moda-se-profissionaliza-e-vira-opcao-de-carreira/n1237971422526.html

2 De acordo com Da Matta, R (1981, pág 2): "[…] 'cultura' não é simplesmente um referente que marca uma hierarquia de 'civilização' mas a maneira de viver total de um grupo, sociedade, país ou pessoa. Cultura é, em Antropologia Social e Sociologia, um mapa, um receituário, um código através do qual as pessoas de um dado grupo pensam, classificam, estudam e modificam o mundo e a si mesmas."

seria correto considerá-lo também como espectador (CIDREIRA, R. P. 2008. p. 48). Esse aspecto é importante para ajudar a entender a diferença entre o *prêt-à-porter* e a moda conceitual produzida para as passarelas, visto que esta última normalmente é criada sem a intenção de ser efetivamente utilizada pelas pessoas no dia-a-dia, mas com o intuito de se criar tendências. Aquele, diferentemente, é feito para vender, produzido em larga escala e, apesar de conter traços característicos de seu designer, muito mais simples do que o outro tipo.

Tendo em vista esta diferença entre o *prêt-à-porter* e a moda conceitual, outro fator que impõe um desafio ao entendimento de como se dá a proteção das produções de moda tem a ver com o atual funcionamento deste mercado. Neste sentido, a característica mais distintiva é o tempo em que os produtos de moda realmente ficam disponíveis nas lojas.

O aspecto temporal ou, pode-se dizer, a efemeridade da moda, relaciona-se em primeiro lugar a questões climáticas e sociais, já que, por exemplo, a produção de casacos é maior durante o inverno e tem-se uma busca intensa por roupas brancas perto do *réveillon.* As peças consideradas básicas são vendidas por tempo indeterminado, enquanto as coleções criadas para a estação duram nas lojas por volta de seis meses pelo período em que foram pensadas. Já as peças mais elaboradas são muitas vezes consideradas exclusivas, vendidas por um tempo menor do que as criadas para uma certa estação, criando um incentivo para induzir os consumidores a pagarem mais.

A moda, então, é um mercado que se baseia na chamada "obsolescência programada"[3], numa "efemeridade visual", que representa uma curta validade de seus produtos. Assim, para que as pessoas estejam por dentro de tal mercado e alcancem o *status* fornecido pela moda, devem estar sempre comprando e atualizando seu armário.

Ademais, enquanto a demanda de consumo de moda cresce cada vez mais, as produções de grandes *designers* são repassadas pelo mundo todo através de fotos e descrições e são vistas como "inspirações" para um

3 Sobre o assunto, ver o documentário de DANNORITZER, Cosima. A História Secreta da Obsolescência Planejada. Arte France – Televisión de Catalunya.

número crescente de desenhistas do mundo inteiro que sonham em obter fama e reconhecimento por suas criações. Estas criações se baseiam assim em tendências que representam características comuns (de fabricação, tecidos e silhueta, por exemplo) entre as coleções desses grandes nomes da moda, podendo durar somente durante uma estação ou durante alguns anos. A inspiração, portanto, é algo natural: muitas vezes as características reproduzidas são vulgares ou estão sob domínio público. Os designers dependem de criações anteriores para fazer seu trabalho.

Tendo em vista tais características, há países, como os Estados Unidos, que resolveram adotar para essas questões suas legislações responsáveis por regrar a propriedade intelectual e as aprimorar, transformando-a em parte do chamado *fashion Law*. Inclusive, tal escolha já foi reforçada pela jurisprudência, ao utilizar tais normas para decidir sobre casos envolvendo grandes marcas, como o famoso caso *Louboutin vs. Yves Saint Laurent*[4].

Porém, a regulação da moda pela via da proteção intelectual ainda representa um enorme desafio em diversos países, inclusive no Brasil. Cumpre então avaliar as formas de proteção que temos no direito brasileiro atualmente para lidar com os problemas trazidos pela expansão de tal mercado, a começar pela regulação autoral.

A proteção autoral é atualmente um valor constitucional fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXVII da Constituição da República, que garante aos autores *"o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras (...)"* [5]. A lei especifica de proteção

4 Nesse caso, Christian Louboutin, que já havia inclusive registrado como marca sua "ideia" de colorir o solado de todos os seus sapatos de vermelho, ingressou com ação judicial contra Yves Saint Laurent (YSL), que havia relançado um sapato monocromático na cor vermelha, original nos anos setenta. Em primeira instância, ficou decidido pela impossibilidade da proteção jurídica no meio da moda. Quanto à segunda instância e embargos que forma opostos pela YSL, ao fim se entendeu que há sim a proteção de cor no mundo da moda em criações originais, porém, a ré não estaria violando direitos da autora, já que não era característica do sapato em questão a sola vermelha, e sim o fato de ser monocromático.

5 Nos dizeres de Silva, José Afonso (2007, pág. 119): "A matéria consta do art. 5º, XXVII, que contem duas normas bem distintas. A primeira e principal confere aos autores o *direito exclusivo de utilizar, publicar, e reproduzir suas obras*, sem especificar, como faziam as Constituições anteriores; mas, compreendidos e, em conexão com o disposto no inciso IX do mesmo

aos direitos autorais (9.610/98) conceitua a figura do autor em seu artigo 11 como aquele que cria "*obra literária, artística ou científica*". Apesar da grande proximidade com a arte, o principal ponto de discussão que se dá entre estudiosos do direito nesta seara é a proteção conferida ao *prêt-a-porter*, já que se baseia na utilização de características apresentadas pela moda conceitual (cores, tamanhos, estampas e modelos) e traz em si uma presença muito mais forte de sua função utilitária.

Quanto a seu objeto, a lei brasileira traz um grande rol indicativo de obras que não podem ser protegidas pelo direito autoral, ao mesmo tempo em que traz também exemplos das obras que o são. Não existe na legislação previsão expressa sobre produções de moda nem nos exemplos dados como passíveis de proteção no artigo sétimo da lei, nem nos impedimentos para tal no artigo oitavo. Como um dos pré-requisitos para a proteção autoral, a lei define apenas que a obra deve ser exteriorizada, ou seja, não pode ser protegida se ainda estiver no campo das ideias, ao mesmo tempo em que busca não demonstrar ser importante o meio em que isso foi feito [6].

A doutrina, buscando complementar a definição legal, estabelece outros requisitos para que ocorra a proteção autoral, como, a originalidade. Não é necessário ser uma novidade total, mas sim que se diferencie das obras já existentes por elementos pessoais de quem a crie. Essa originalidade vem sendo entendida pela necessidade de existência de um contributo mínimo, ou seja, um mínimo de criatividade utilizada pelo autor em sua criação, de forma que a diferencie das demais. Assim, nos dizeres de Maurício Brum Esteves:

> "Caso não seja agregado a uma "inspiração" um mínimo grau de criatividade e originalidade, que a distinga de obra pré-existente, tratar-se-á, possivelmente, de plágio, uma vez que nem mesmo como "obra" uma criação desprovida de "originalidade" pode ser considerada." (ESTEVES, 2013).

artigo, conclui-se que são obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação. Enfim, aí se asseguram os direitos do autor de obra intelectual (...).".

6 BRASIL, Lei 9.610/98. "Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (...)".

Nesse sentido, deve-se considerar que, mesmo que boa parte dos produtos deste mercado possua um mínimo de originalidade, nem sempre é suficiente. As produções de moda normalmente são inspiradas em tendências ou modelos já existentes, pois esta é, teoricamente, uma prática intrínseca ao trabalho dos *designers* de moda. Nem todas as peças novas efetivamente consistem em um contributo mínimo, fazendo parte do próprio funcionamento deste mercado a produção de obras fortemente inspiradas em outras. Sob esta perspectiva, muitos produtos de moda não mereceriam a proteção dada pelo direito autoral.

Além disso, a cópia de um trabalho para fins comerciais poderia ser traduzida em prejuízos, visto que teria o potencial tanto de reduzir as vendas do produto original quanto poderia trazer danos para a imagem da grife inovadora. Porém, não se pode esquecer que o mercado da moda também se beneficia da "cópia", visto que essa alimenta a criação de tendências, estimulando o crescimento do mercado (EGUCHI, A. 2011 p.140). Resta aí, então um dos dilemas da proteção intelectual: a definição de quais seriam as cópias consideradas legitimas ou ilegítimas, e seu impacto tanto para as empresas da indústria da moda quanto para os consumidores. Essa análise de difícil mensuração e ponderação se mostra ainda mais complexa de ser resolvida levando-se em consideração a falta de pesquisas empíricas relacionadas a esse tema.

Materialmente, os dois pontos principais que tornam duvidosa a aplicação da proteção autoral são a falta de um contributo mínimo na produção *prêt-à-porter*, bem como a própria duração e funcionamento mercadológico dos ciclos de produção e venda das peças. Apesar da clara função estética atrelada ao uso das roupas hoje em dia, não tem como se negar a sua funcionalidade. As roupas são produzidas em larga escala e em tamanhos diferentes para atender à grande demanda popular, que precisa de vestimentas próprias para ocasiões diferentes de seu dia-a-dia. Além disso, tem-se que a proteção conferida pela lei autoral é desproporcional ao ciclo da produção de moda. Proteger por no mínimo 70 anos contados do falecimento do criador uma peça de roupa que dura em média de um a seis meses no mercado, parece estar

em claro descompasso com o funcionamento deste mercado. Ademais, como dito anteriormente, a produção de artigos de moda fortemente inspirados por outras coleções também constituem práticas inerentes a este mercado, gerando um problema de ineficácia em relação ao modelo tradicional da proteção autoral.

Ainda assim, podem ser encontrados casos que foram resolvidos através da proteção autoral. Por exemplo, em 2003, a Poko Pano lançou em sua coleção primavera/verão, no São Paulo Fashion Week, biquínis que se diferenciavam dos outros por ter uma boneca específica como estampa. Logo após, a C&A começou a vender em suas lojas peças com o mesmo desenho de boneca por um preço muito mais baixo do que o do original, o que só veio a conhecimento da grife por meio de reclamações de clientes, tendo não só sua imagem prejudicada perante consumidores, como também teve vários contratos rompidos com revendedores. Nesse caso, a juíza responsável entendeu pela violação autoral, considerando que a boneca em questão tinha uma série de traços e cores específicas escolhidas pelo desenhista no intuito de individualizar e diferenciar sua boneca das outras. (BRASIL, TJ-SP, 2007).

Já no que diz respeito à proteção marcária, entende-se atualmente que é a forma mais reconhecida de proteção intelectual aplicada à indústria da moda. Isso fica cada vez mais claro quando se passa a estudar as características deste instituto. A proteção da marca é garantida pela Constituição da República e regulada pela Lei 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial)[7]. Ela é definida por Maurício de Oliveira (2000, pág. 1) como "*todo sinal distintivo aposto facultativamente aos produtos e serviços, para identificá-los e diferenciá-los"*. Como todo sinal distintivo, entende-se que pode ser considerado como marca um grande número de elementos que identifiquem um produto ou serviço, como o nome pessoal de alguém ou o nome fantasia que é dado a uma grife, o próprio nome empresarial, bem como qualquer palavra, logotipos, desenho e gestos que possam vir a identificar algum produto e diferenciá-lo dos demais.

7 BRASIL, Lei 9.279/96. "Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:I - marca de produto ou serviço: **aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;**" (grifo nosso).

Com o tempo, a marca vai agregando valores e significados pessoais, se assim se pode dizer, de maneira que cria uma espécie de distintividade perante seu público. Dessa forma, seu principal objetivo é justamente prevenir a confusão do consumidor quanto à origem e qualidade dos produtos.[8] O STJ tem entendido, de forma consolidada, pela existência de marcas fracas: marcas de pouca originalidade e pouco conhecidas que, ainda que amparadas pelo princípio da anterioridade marcária, não geram exclusividade; de maneira que, apesar de coexistirem no mesmo ramo de mercado, não se verifica presente concorrência desleal ou prejuízos à confecção (BRASIL, STJ, 2013). Porém, como exemplos de efetiva proteção, pode-se mencionar o exemplo da marca registrada Viviton, que trazia semelhanças gráficas e fonéticas com a notoriamente conhecida Louis Vuitton, em relação ao nome da marca, (BRASIL. TJ-SP. 2012).

Porém, o problema está no alcance de tal proteção. A marca registrada visa proteger o investimento feito naquele nome/signo, a integridade do nome escolhido para a marca ou então o do estilista que utiliza seu próprio nome para distinguir suas criações, mas não alcança a proteção dos produtos em si de contrafações, como poderia alcançar o direito autoral, nos casos em que fosse aplicável.

Já a proteção promovida pelas patentes foi introduzida por lei com o objetivo de garantir e regular a propriedade das criações do intelecto humano que se relacionem a invenções na área industrial. Essa proteção é dada como um direito temporário de exclusividade do invento a partir de seu registro, visando um maior desenvolvimento econômico, tecnológico e social. Dessa forma, é um privilégio que se traduz na obtenção de *royalties* por um período determinado pela lei concedido pelo Estado como um incentivo à novas criações de invenções.

8 De maneira mais explicada, dispõe Aya Eguchi (2011, pág. 137): " The primary objective of trademark law is to prevent customer confusion as to the source or quality of certain goods; hence, trademark law can protect the integrity of a designer's brand name but does not provide enough rights of exclusivity over the goods to prevent the copying of their actual designs" – "O principal objetivo do direito marcário é o de prevenir a confusão causada no consumidor no que diz respeito à fonte ou à qualidade de certos bens; pode proteger a integridade da marca de um *designer* mas não garante direitos de exclusividade suficientes sobre os bens para prevenir a cópia de seus desenhos"(tradução livre)

A relação desse tipo de proteção com a indústria da moda se dá de maneira muito difícil, visto que, primeiramente, há um impedimento legal[9] de registro de patentes de obras artísticas ou qualquer criação estética. Portanto, como os produtos da indústria da moda possuem tal função, considerando as milhares de possibilidades e conjuntos de cores, cortes, modelos e estampas, não haveria que se falar em proteção da moda por via patentária. Ademais, os produtos deste mercado não atendem aos requisitos doutrinários da atividade inventiva e da novidade, visto que raramente trazem alguma novidade tecnológica (ou nova funcionalidade) a elementos industriais; as produções do mundo da moda costumam ter diferenciações estéticas apenas, que por mais que tenham um toque pessoal do seu *designer*, se baseiam em tendências do momento ou em reinterpretações de tendências antigas.

Contudo, existem alguns exemplos de registro de patentes relacionados à indústria da moda, porém não quanto ao mercado propriamente, mas em relação à produção de tecnologias de tecidos e materiais para a produção e vestimentas na indústria têxtil: a fibra de lycra, que foi protegida por patente quando depositada em 1959 (MAIA, L. B. 2015, p. 25), e mais recentemente, o tecido "Suberis", feito com cortiça que é utilizado na fabricação de diversos produtos (ORG. MUNDIAL DA PROP. INT).

Já o desenho industrial, em sua definição, é o ramo de proteção intelectual no qual faria mais sentido se alocar a proteção dos desenhos de moda. A Lei 9.279/96 o define, em seu artigo 95, como "a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto", enquanto a doutrina menciona, além da óbvia função ornamental do desenho industrial que, assim como as marcas, garante à diferenciação dos produtos, um certo aspecto funcional, o que, aqui, significaria dizer que deve existir uma aplicação utilitária a um produto específico[10]. Nesse ponto, deve-se ter atenção ao falar em

9 BRASIL, Lei 9.279/96. "Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: IV - as obras literárias, artísticas e científicas ou **qualquer criação estética;**" (grifo nosso)

10 É o que explica Denis Borges Barbosa (2003, pág. 6) "O que singulariza os desenhos industriais é que essa diferenciação integra, e não simplesmente sinaliza, o próprio produto. É uma diferenciação que afeta *a elaboração industrial do produto*".

funcional, já que o desenho em si não pode ter funcionalidade própria, mas sim o objeto ao qual foi aplicado.

Interessante apontar a existência de um requisito específico pela Diretiva da União Europeia. Em seu artigo 5º (1), em vez de falar em originalidade, fala de caráter singular do desenho, que existe quando:

> "(...) a impressão global que suscita no utilizador informado diferir da impressão global suscitada nesse utilizador por qualquer desenho ou modelo divulgado ao público antes da data do pedido de registro ou, se for reivindicada uma prioridade, antes da data de prioridade" (DIRECTIVA 98/71/EC, Artigo 5.1).

Desse modo, poder-se-ia dizer que não basta ser algo novo no mercado, original, mas também que traga uma impressão nova, uma nova forma de se pensar e entender um produto.

O desenho industrial vem sendo bastante utilizado no mercado da moda, mas não efetivamente para proteger qualquer peça de roupa que venha a ser produzida. No dia a dia, o desenho industrial acaba protegendo mais ornamentos específicos, pois é provável que se esbarre geralmente nos requisitos de originalidade e de novidade para se admitir tal proteção. É isso o que acontece quando se tenta proteger algo que possui um repertório comum e conhecido, como vemos as pregas, bolsos, mangas, golas, entre outros presentes no mundo da moda. Da mesma forma, não há como proteger por desenho industrial algo que tenha como diferenciação única a cor utilizada, visto que cores são de domínio comum.

Além disso, levando-se em consideração as características do mercado da moda e a proteção do desenho industrial, tem-se que a sua aplicação nos termos da legislação brasileira poderia interferir no funcionamento deste mercado. O registro de desenhos de forma a dar exclusividade a uma configuração de detalhes dificulta o desenvolvimento das criações. A lei prevê que o prazo de proteção será de dez anos, podendo ser prorrogado por até três períodos sucessivos de cinco anos[11]. Porém, conforme dito anteriormente, esse mercado tem ciclos temporais

11 BRASIL, Lei 9.279/96, artigo 108. "O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada".

curtos para seus produtos, de maneira que são lançadas várias coleções e até mesmo mini coleções durante o período de um ano, sendo raros os produtos que passam ao *status* de clássico, que se mantêm nas vitrines das lojas por mais tempo. Dessa forma, um período de no mínimo dez anos para proteger algo puramente estético e efêmero (e considerando, ainda, que muitos se baseiam em tendências e peças anteriores) ainda é excessivo e pode impactar negativamente o funcionamento deste mercado ou recair em crise de eficácia.

Com base no cenário exposto, é possível perceber que não existe ainda parâmetros claros de aplicação da proteção intelectual aos artigos de moda, gerando insegurança jurídica sobre o que seria passível de proteção e por qual regime de proteção intelectual. Por exemplo, houve o caso de uma sentença que julgou procedente um pedido de nulidade de ato administrativo praticado pelo INPI, que indeferiu o pedido de registro de marca figurativa da grife Giorgio Armani: tinha como objetivo registrar como marca figurativa o desenho de um bolso de calça jeans. A sentença apontava que o fato, provado pela autora, de já haver registros semelhantes que possuem como elemento da marca o bolso da calça, garantidos pelo INPI, seria suficiente para que o pedido de registro fosse deferido.

Porém, em sede de reexame necessário (BRASIL, TRF2, 2013), o desembargador responsável apontou que o artigo 124, inciso VI da Lei da Propriedade Industrial deixa bem claro que o objeto deste litígio não pode ser registrado, visto que a modelagem do bolso da calça jeans é um elemento tradicional e característico desse tipo de vestimenta, de maneira que, sendo conhecido e utilizado no país tão comum e vulgarmente, não cabe a possibilidade de registro de uma característica indissociável (objeto de domínio público). Se esse registro fosse efetivado, de acordo com o desembargador, estaria se concedendo na realidade exclusividade a "partes específicas de uma vestimenta e sua forma ornamental", e não a sinal distintivo da grife.

Assim, com o exemplo acima, pode-se perceber que existem divergências sobre a aplicação desses institutos em litígios e que não existe jurisprudência consolidada sobre o tema. Na prática, existem nos

tribunais brasileiros decisões em vários sentidos, inclusive dentro de um mesmo tribunal, o que ocorre em razão da dificuldade de enquadramento nos institutos de propriedade intelectual, além da própria falta de conhecimento e expertise por parte dos magistrados tanto sobre o mercado da moda quanto sobre os temas de propriedade intelectual.

As dificuldades de aplicação do direito na indústria da moda (*fashion Law)* através do institutos que poderiam razoavelmente se comunicar com o conteúdo dos litígios, para além das problemáticas específicas apontadas, como o ciclo da moda, a cultura da cópia e o desconhecimento do sistema judiciário acerca dos direitos intelectuais, soma-se ao problema da demora processual, da insegurança jurídica e da publicidade dos processos.

Sabe-se que a atual demanda judicial que temos no país é grande e que existem muitas possibilidades de recursos, fazendo com que, muitas vezes, um único processo demore anos para transitar em julgado. Assim, se o tempo de proteção oferecido pelo nosso direito material já poderia ser considerado um entrave para o funcionamento do direito da moda, agregado ao tempo médio de duração processual, ele se torna maior ainda.

Pode-se também perceber a importância que tem o sigilo processual dentro de um mercado que se desenvolve através de reconhecimento e marketing. A mera existência de um processo envolvendo marcas famosas, vindo a público, pode atingir seu reconhecimento e seu prestígio perante seus consumidores. Dessa forma, raramente havendo sigilo nos processos judiciais, um simples envolvimento em alguma disputa judicial pode vir a ser prejudicial para uma marca do mercado da moda.

Tendo em vista os problemas materiais e processuais decorrentes dos litígios nesta área, uma possibilidade que começa a ser ventilada (ALVES, R. C. B., 2015) é a adoção da arbitragem como um método mais eficiente de resolução de conflitos envolvendo *fashion Law.* Podemos apontar alguns benefícios existentes em comparação com o sistema judicial. Primeiramente, é fácil identificar o tempo de duração da arbitragem como um diferencial entre ambos os procedimentos, já que inexiste a possibilidade de recursos, enquanto ainda é possível haver regras

impondo prazo para a sua sentença. Outro fator que contribui tanto para o conteúdo das decisões como para a própria celeridade da arbitragem é a possibilidade de eleger árbitros com profundo entendimento técnico sobre a matéria a ser discutida, facilitando o desenvolver do processo e a satisfação das partes. Por fim, podemos visualizar também, de forma diametralmente oposta ao processo judicial, a questão do sigilo: não se aplica o princípio da publicidade às arbitragens, de maneira que o conhecimento do caso pode ser restrito tanto às partes quanto aos próprios árbitros, evitando assim, danos colaterais.

Percebe-se então que a regulação adequada da indústria da moda e seus produtos no Brasil ainda se coloca como uma questão complexa a ser resolvida, já que o próprio funcionamento desta indústria apresenta idiossincrasias e modos de funcionamento que colocam em cheque a validade da regulação tradicional por propriedade intelectual, seja pela vertente da proteção autoral seja via propriedade industrial, como marcas, patentes e desenho industrial.

Conclui-se, portanto, que a regulação por propriedade intelectual de obras vinculadas ao mundo da moda é, muitas vezes, controvertida ou ineficaz, ao passo que tais litígios ainda exigem do judiciário uma expertise temática que lhe falta, podendo ser melhor atendida pela via arbitral.

PRECEDENTES

BRASIL, STJ, **REsp 1107558 / RJ;** Min. Marco Buzzi, 2013.

BRASIL, TJ-SP. **Proc. n. 0015039-28.2003.8.26.0068**; Maria Elizabeth Oliveira Bortoloto, 2007.

BRASIL. TJ-SP. **Apelação n. 0212964-86.2010.8.26.0100**; Rel. Ricardo Negrão, 2012.

BRASIL. TJ-RJ. **Apelação n. 0002797-62.2006.8.19.**0024; Rel. Flávia Romano de Resende, 2013.

BRASIL, TRF2, **Apelação/Reexame necessário n. 0811098-91.2011.4.02.5101**; Rel. Messod Azulay Neto, 2013.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ricardo Carrion B. **A moda não usa toga:** arbitragem como método para resolução de conflitos da indústria da moda. 2015.

BARBOSA, Denis Borges. **Da ornamentalidade e acessoriedade como características do desenho industrial.** 2003. Disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/da_ornamentalidade_acessoriedade_di.pdf Acesso em 20 de outubro de 2015.

CIDREIRA, Renata Pitombo. ***Moda e estilo*: introdução a uma estética da moda.** Revista FAMECOS. Porto Alegre, n. 36. Agosto 2008. Disponível em http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/4414/3314 Acesso em 17 mai. 2015

DA MATTA, Roberto. ***Você tem cultura?*** Publicado no Jornal da Embratel, RJ, 1981.

EGUCHI, Aya. ***Curtailing Copycat Couture*: the merits of the innovative design protection and piracy prevention act and licensing scheme for the fashion industry.** Cornell Law Review, 2011, v. 97. Disponível em: http://cornell.lawreviewnetwork.com/files/2013/02/Eguchi-final.pdf Acesso em 22 de outubro de 2015.

ESTEVES, Maurício Brum. **Inspiração ou Plágio?** Disponível em http://www.piccininiserrano.com.br/opiniao-inspiracao-ou-plagio/ 2013. Acesso em 04 de nov. 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. ***O império do efêmero*: a moda e seu destino nas sociedades modernas.** São Paulo: Cia das Letras, 2009.

MAIA, Lívia Barboza. ***A proteção do Direito da Moda pela***

Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro. 2015. 55 p. Monografia (Pós-graduação em Direito da Propriedade Intelectual) – Departamento de Direito da PUC-Rio.

MIGLIACCIO, Luciano. **Arte, história da arte, moda.** Cienc. Cult., São Paulo, v. 62, n. 2, 2010 . Disponível em <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252010000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 Junho 2015.

OLIVEIRA, Maurício Lopes de. ***Propriedade Industrial:*** **O âmbito de Proteção à Marca Registrada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. Página 1.

Organização Mundial da Propriedade Intelectual. ***Um ponto no tempo:*** **o uso inteligente da Propriedade Intelectual por empresas do setor têxtil.** Disponível em http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/sme/794/wipo_pub_794.pdf Acesso em 03 de novembro de 2015.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

ANÁLISE DA INCIDÊNCIA E ALCANCE DA BOA-FÉ NO DIREITO AUTORAL

Autores: Camila Lidizzia de Carvalho[1]; Marianna Mancini Malafaia[2].
Instituição: Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios. (UFRRJ-ITR).

Resumo: A boa-fé se apresenta como uma norma jurídica que incide sobre todas as relações sociais e jurídicas. O presente estudo tem como objetivo analisar a aplicação, sentidos e efeitos da boa-fé no direito autoral, a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. O trabalho recorre ao método de abordagem indutiva pelo qual, a partir de um conjunto geral de decisões, extrai-se o entendimento do STJ em relação à boa-fé na matéria em discussão. Preliminarmente, observou-se que o Tribunal tem aplicado o instituto da boa-fé em sua vertente objetiva nos contratos de direitos autorais. Nesse sentido, a referida cláusula geral vem sendo utilizada com o escopo de assegurar a proteção à lealdade e confiança entre das partes contratantes, bem como suas legítimas expectativas e o cumprimento dos deveres anexos estabelecidos. Não obstante, verificou-se ainda que, em uma das decisões analisadas, os efeitos atribuídos à boa-fé não foram fundamentados nem suas razões explicitadas de forma consistente para melhor compreensão de seus sentidos quando de sua aplicação ao caso concreto.

Palavras-chave: Direitos Autorais; Boa-fé; Cláusulas Gerais.

1 Acadêmica de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. Bolsista do Programa de Educação Tutorial – PET. E-mail: camilalidcarv@hotmail.com. CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/2786655743389348

2 Acadêmica de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. E-mail: mari_mancini@hotmail.com. CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/8558100284598366

1. INTRODUÇÃO

A transformação do ordenamento jurídico frente às novas demandas sociais[3], a partir da qual o contrato passa a ser analisado sob uma hermenêutica jurídica constitucional, passa-se a ter a justiça e a solidariedade como centro do vínculo do negócio, haja vista que os efeitos do acordo firmado pelas partes devam importar, concomitantemente, aos interesses individuais, os interesses sociais[4].

Neste contexto, considerando a Constituição Federal como norma irradiadora de princípios e valores a serem observados pela coletividade e a multiplicidade de fontes, a tarefa do juiz de contextualizar o sentido da lei aos casos concretos, de acordo com a realidade social, se torna mais complexa.

Diante deste panorama, cabe questionar se o judiciário brasileiro adota uma postura voltada para a promoção de valores constitucionais, especificamente quanto à aplicação da boa-fé, tendo em vista que o princípio é tido como nuclear ao direito civil contemporâneo[5]. Dessa forma, o estudo se dedica à análise do alcance e sentido atribuído a boa-fé pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) nas decisões que compreendem os direitos autorais.

O trabalho recorre ao método de abordagem indutiva pelo qual, a partir de um conjunto geral de decisões, extrai-se o entendimento do STJ em relação à boa-fé nos direitos autorais. O material utilizado inclui doutrina jurídica, legislação aplicável e jurisprudência pertinente, obtido por meio de acórdãos do STJ.

Dividiu-se o presente artigo em três partes. Inicia-se com a apresentação das cláusulas gerais, sua respectiva estrutura, características e funções. A segunda parte apresenta a boa-fé em suas vertentes subjetiva

3 BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo do direito constitucional no Brasil*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, Escola Nacional da Magistratura, a. I, n. 2, 2006, p. 52.

4 NALIN, Paulo. *Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 41, 2004, p. 86.

5 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. 2006, p. 211.

e objetiva. A terceira parte se inicia tratando da aplicação da cláusula geral da boa-fé no direito autoral e finaliza o trabalho analisando o entendimento do STJ sobre a matéria.

2. CLÁUSULAS GERAIS

Considerando a mutabilidade dos dias atuais, a noção normativista do direito, baseada em generalizações abstratas feitas a partir de idealizações tipológicas, passou a não atender mais às crescentes demandas sociais, revelando a necessidade de conceitos indeterminados normativos carecedores de valoração para o preenchimento de seus sentidos, que deve ser buscado pelo intérprete nos princípios e na tábua axiológica constitucional.

O Código Civil de 2002 adota as cláusulas gerais como técnica legislativa, possibilitando a adequação ao Direito à mobilidade social sem, contudo, da vida sem ofensa à segurança jurídica. Neste sentido, ocorre um aprofundamento da tarefa do magistrado de adequar o sentido da lei aos problemas da realidade da sociedade quando da sua aplicação ao caso concreto.

Por certo, as cláusulas gerais, propositalmente abertas e vagas, são dotadas de flexibilidade e indeterminação, opondo-se, dessa maneira, à técnica da casuística, uma vez que, em face da tipificação de condutas, o método casuístico deixa pouca margem de discricionariedade ao julgador. Atuando como metanormas, as cláusulas gerais são, então, dirigidas ao juiz para que, considerando a situação fática, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas com a possibilidade de utilização de elementos externos ao sistema, evidenciando, com isso, a necessidade de fundamentação das decisões[6], que sempre deve se sustentar nos princípios e valores constitucionais.

As cláusulas gerais são caracterizadas pela ampla extensão do seu campo semântico, além de serem constituídas por

6 MARTINS-COSTA Judith. *O Direito Privado como um "sistema em construção". As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Brasília: Ed., Revista dos Tribunais, 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em 08 de agosto de 2016, p. 7.

uma linguagem propositalmente fluida[7]. Nessa linha, a flexibilidade das cláusulas gerais confirma sua abertura semântica, possibilitando maior adequação jurídica à realidade das relações sociais. Ao mesmo tempo, esta mesma indeterminação das cláusulas gerais garante sua fluidez, e exigem que tenham seu sentido construído a partir do caso concreto, afastando a subsunção do caso à norma como método de aplicação do Direito. Nessa linha, escreve Judith Martins-Costa:

> As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito --- pois revolucionam a tradicional teoria das fontes --- constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo.[8]

As cláusulas gerais podem ser classificadas de acordo com suas funções de individualização, generalização e integração[9]. Em sua função individualizadora são analisados os fatores da situação fática e, posteriormente, de que forma será aplicada a cláusula geral no caso concreto. Dessa forma, o sentido da cláusula é individualizado em conformidade com as circunstâncias fáticas e a realidade sociocultural subjacente.

Com isso, o sentido dado ao caso em apreço será generalizado para poder ser aplicado em outras situações semelhantes, exercendo, por conseguinte, a função generalizadora das cláusulas gerais. Nessa linha, verifica-se que a função de generalização enseja a criação de novos precedentes com o escopo de atender as demandas sociais, estabelecendo, assim, uma aproximação entre a realidade social e o direito.

---

7 *Ibidem*, p. 8.

8 MARTINS-COSTA Judith. *A Boa-fé do direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed., Revista dos Tribunais, 1999.

9 *Ibidem*, p. 10-11.

Dessa forma, pode-se observar que tais funções resultam em uma terceira, qual seja a função de integração. A função integrativa das cláusulas gerais permite a abertura intra e inter sistemática, formando-se uma ponte que integra determinado caso concreto ao ordenamento jurídico com um todo.

Com isso, a função de integração viabiliza a mobilidade do sistema na aplicação de normas e princípios de dentro do próprio diploma civil, sendo assim chamada de "integração intra-sistemática", bem como a agregação de normas e princípios ao direito privado, sendo tal fenômeno denominado de "integração intersistemática"[10]. Permita-nos ir além, e pensar também em uma função de integração extra-sistemática, que remete às próprias relações sociais e suas dinâmicas, exigindo recurso à interdisciplinaridade e aos saberes extra-jurídicos[11].

A partir da análise de sua estrutura, identificam-se três tipos de cláusulas gerais, a saber, tipo restritivo, tipo regulativo e tipo extensivo[12]. As de tipo restritivo delimitam a extensão de um conjunto de permissões singulares, evitando possíveis abusos que possam emergir de relações contratuais em desequilíbrio, afastando, dessa forma, a incidência absoluta da autonomia[13].

Por seu turno, as cláusulas gerais regulativas surgem de modo independente e regulam hipóteses fáticas não prescritas casuisticamente, isto é, regulam as situações não legisladas. Por fim, as cláusulas gerais

10 MARTINS-COSTA Judith. *A Boa-fé do direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed., Revista dos Tribunais, 1999, p. 11.

11 No direito consumerista brasileiro, a cláusula geral da boa-fé acentua-se nos contratos de consumo, devendo a mesma estar inserida em todas as relações jurídicas de consumo, mesmo que de forma não expressa. Nesse sentido, cita-se o artigo 51 do CDC, *in verbis*: Art. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam imcompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

12 MARTINS-COSTA Judith. *O Direito Privado como um "sistema em construção". As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Brasília: Ed., Revista dos Tribunais, 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em 05 de agosto de 2016, p. 9.

13 TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the Best knowledge of the sellers. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 377, 2005, p. 237-254.

de tipo extensivo ampliam o sentido e a aplicação de uma determinada regra, através da possibilidade da integração inter, intra e, mesmo, extra-sistemática[14]. Além disso, aduz Judith Martins-Costa que

> seja qual for o tipo da cláusula geral, o que fundamentalmente a caracteriza é a sua peculiar estrutura normativa, isto é, o modo que conjuga a previsão ou hipótese normativa com as consequências jurídicas (efeitos, estatuição) que lhe são correlatas.[15]

Desta maneira, as cláusulas gerais foram primordiais para a modificação do sentido e aplicação do direito privado. Com efeito, os conceitos indeterminados, abertos e vagos se baseiam nos valores constitucionais para conformação de seus significados, irradiando suas implicações por todo direito privado, sobretudo no que toca às relações obrigacionais.

Uma das cláusulas gerais mais relevantes para o direito contratual é a da boa-fé objetiva que, por sua vez, configuram-se como uma regra ética caracterizada como um dever de agir de acordo com padrões de honestidade, lealdade e probidade socialmente estabelecidos. A seguir será tratado o instituto da boa-fé em suas vertentes objetiva e subjetiva, apresentando suas respectivas funcionalidades no sistema.

3. BOA-FÉ

Do ponto de vista histórico, a boa-fé se apresenta inicialmente como um princípio geral de direito que tem por objetivo tutelar e resguardar a confiança nas relações humanas[16]. A absorção para o centro do direito constitucional e normativo de valores regras de conduta inicialmente morais é uma característica do direito contemporâneo,

14 TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the Best knowledge of the sellers. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 377, 2005, p. 238.

15 MARTINS-COSTA Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção". As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Brasília: Ed., Revista dos Tribunais, p. 7-8, 1998.

16 MARTINS-COSTA. Judith. *Boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 92.

visível nas constituições elaboradas na sequência dos regimes autoritários do século XX. Dignidade humana, solidariedade, justiça são alguns destes conteúdos transmutados de secundários 'princípios gerais do direito' para vetores axiológicos centrais da Constituição Federal e, por consequência, de todo o ordenamento jurídico.

Pode-se afirmar que a boa-fé se expressa normativamente nas vertentes subjetiva e objetiva. Em linhas gerais, a boa-fé subjetiva diz respeito a elementos psicológicos internos do agente, enquanto que a objetiva corresponde às efetivas ações do negociante traduzida em comportamentos, exigindo-se que seja probo, honesto e leal. Neste sentido, Orlando Gomes aduz que

> Modernamente distingue-se a boa-fé subjetiva, que se refere a um estado subjetivo ou psicológico do indivíduo, aplicável notadamente no campo do Direito das Coisas (fala-se em "possuidor de boa-fé", por exemplo), da boa-fé objetiva, correspondente a uma regra de conduta, um modelo de comportamento social, algo, portanto, externo em relação ao sujeito. [17]

De acordo com Teresa Negreiros, a boa-fé subjetiva é "definida como um estado de crença ou ignorância, que pode ou não verificar, e o qual o direito atribui relevância para o efeito, em geral, de proteger aquele que age ou deixa de agir sob tal estado[18]". Já na boa-fé objetiva busca-se analisar se as ações correspondem aos deveres impostos pela sua incidência.

A boa-fé objetiva não é um princípio de fácil significação, tendo em vista que, sendo uma norma dotada de abertura e vagueza semântica, é carecedora de concretização, sendo indispensável a análise das circunstâncias de cada caso no momento de sua aplicação. Entretanto, o conceito de boa-fé pode ser apresentado a partir de suas funções[19], conforme leciona Judith Martins-Costa

17 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 43.
18 NEGREIROS, Teresa. *O princípio da boa-fé contratual*. In Maria Celina Bodin de Moraes (Coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
19 MARTINS-COSTA. Judith. *Op. Cit.* p. 40.

> definir a boa-fé objetiva, pode-se, contudo, indicar, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes (valendo então a expressão como forma metonímica de variados modelos de comportamento exigíveis na relação obrigacional), bem como discernir funcionalmente a sua atuação e eficácia como (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do alter, copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais.[20]

Entre seus efeitos na relação obrigacional, destaca-se a estipulação de deveres anexos, os quais se baseiam na efetiva situação subjetiva das partes e das relações reais de poder, pela essência do vínculo, pela eventual convergência de princípios e regras distintas do ordenamento jurídico, e, por fim, pela análise a ser feita objetivamente pelo intérprete a respeito dos valores que regem a específica relação jurídica, na qual se caracteriza o caso concreto.

> Assim sendo, a existência, ou não, dos deveres instrumentais e o seu grau de intensidade, devem ser verificados na situação concreta, pois a boa-fé pode gerar, às partes, certos deveres que não se confundem com o dever principal de prestação, porém não gera "quaisquer deveres", mas tão só os que estão instrumentalizados para a otimização da "conduta devida"[21].

A cláusula geral da boa-fé pode ser delineada a partir de suas três funcionalidades, quais sejam: (1) função de cânone interpretativo-integrativo do contrato; (2) a função de fonte de limitações ao exercício de posições jurídicas; (3) fonte normativa de deveres jurídicos antes, durante e após a extinção contratual, sendo as partes contratantes obrigadas a preservar, assim na conclusão do contrato, como na execução do mesmo, os princípios de probidade e cooperação.

A boa-fé objetiva em sua função interpretativa supre eventuais lacunas não previstas pelas partes contratantes, tornando-se obrigatórias às partes,

20 *Ibidem*, p. 92.

21 MARTINS-COSTA. Judith. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. In Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 25. 2003, p. 253.

em determinadas situações fáticas, condutas que não resultam de expresso dispositivo legal casuístico tampouco das cláusulas contratuais pactuadas[22].

Não é possível, quando da aplicação da boa-fé, recorrer à subsunção, muito menos utilizá-la como solução para todos os males da realidade. Dessa forma, a cláusula geral da boa-fé em sua função integrativa não substitui a regra casuística, ao revés, integra-a, apontando para uma concepção substancial do ordenamento jurídico[23]. Nessa vertente, surgindo eventuais lapsos normativos quando da interpretação, a boa-fé deverá ser interpretada pelo aplicador do direito com o fito de preencher tais lacunas.

Insta salientar que determinado comportamento consoante com a boa-fé objetiva não pode ser descrito a priori de modo geral, salvo em termos de elevada abstração, visto que a mesma é norma carecedora de exatidão semântica. Sendo assim, ao ser aplicada, a boa-fé objetiva exige do intérprete a superação dos métodos tradicionais de interpretação em prol de uma nova hermenêutica jurídica disciplinada pelo modelo constitucional. É notório que a boa-fé manifesta-se como uma qualidade dinâmica da norma, uma vez que a atividade de concreção deva ser, essencialmente, compreendida e analisada contextualmente[24].

Ao mesmo tempo, o artigo 187 do Código Civil estabelece que o titular do direito que o exerce excedendo os limites impostos pelos seus fins, pela boa-fé ou pelos bons costumes, comete ato ilícito. Evidencia este dispositivo a função delimitadora de direitos subjetivos da boa-fé, equiparando o abuso de direito ao ato ilícito em sentido estrito. O abuso de direito permite conter toda ação que se considera inconveniente aos novos valores das relações humanas, ao novo sentido que se vem emprestando ao comportamento social[25]. Logo, a boa-fé reveste o ordenamento jurídico de modo que os direitos subjetivos devam ser exercidos dentro dos limites estabelecidos por esta cláusula geral, ou da cláusula geral de função social.

Finalmente, a boa-fé, positivada no artigo 422 do Código Civil de 2002, também apresenta uma função criadora, ao estabelecer para as

22 *Ibidem*, p. 233.
23 *Ibidem*, p. 256.
24 *Ibidem*, p. 257.
25 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 124.

partes deveres anexos. Trata-se de um padrão de conduta ética intrínseco a qualquer contrato, e que visa assegurar a proteção das partes negociantes frente à outra. Apesar de não previstos expressamente no contrato, tais deveres devem ser satisfeitos pelas partes, tornando sua inobservância verdadeiro descumprimento contratual, independente de culpa. Assim, salienta Judith Martins Costa que,

> A cooperação, ligada à conduta dos sujeitos, não está reduzida ao cumprimento do dever principal de prestação: ela requer, em variados graus e infindável tipologia, a observância de outros deveres, secundários, anexos, colaterais ou instrumentais, que encontram a sua fonte ou em dispositivo legal, ou em cláusula contratual, ou no princípio da boa-fé.[26]

Dessa forma, sendo o princípio da boa-fé uma norma cogente, sua aplicação se torna obrigatória em qualquer contrato em espécie, inclusive nos de direitos autorais. Passa-se, então, à análise da incidência do princípio nas relações jurídicas de direito autoral, a partir da análise tópica das decisões do STJ.

4. INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ NO DIREITO AUTORAL

A boa-fé é apenas abordada diretamente na Lei de Direitos Autorais no artigo 98, § 3º[27], que se refere ao estabelecimento de preços pelo repertório pelas associações de gestão coletiva, e no artigo 98-A, § 3º[28], que trata do processo administrativo de anulação da habilitação de associações de gestão coletiva. Ademais, em termos gerais, o artigo 98-B[29] impõe

26 MARTINS-COSTA. Judith. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. In Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 25. 2003, p. 254.

27 Art. 98, § 3º. Caberá às associações, no interesse dos seus associados, estabelecer os preços pela utilização de seus repertórios, considerando a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras.

28 Art. 98-A, § 3º. A anulação da habilitação a que se refere o § 1º do art. 98 levará em consideração a gravidade e a relevância das irregularidades identificadas, a boa-fé do infrator e a reincidência nas irregularidades, conforme disposto em regulamento, e somente se efetivará após a aplicação de advertência, quando se concederá prazo razoável para atendimento das exigências apontadas pela autoridade competente.

29 Art. 98-B. As associações de gestão coletiva de direitos autorais, no desempenho de suas funções, deverão: I - dar publicidade e transparência, por meio de sítios eletrônicos próprios,

explicita deveres relacionado à boa-fé que são expressamente impostos às associações de gestão coletiva, no desempenho de suas funções.

No entanto, a mesma Lei de Direitos Autorais foi silente quanto à aplicação da boa-fé objetiva às relações contratuais – bem como aos demais princípios contratuais gerais de direito privado, devendo os negócios jurídicos de direitos autorais estarem adequados aos preceitos do Código Civil, posto que o sentido, a interpretação e aplicação dos artigos 113, 187 e 422 do referido diploma são de aplicação a todas as relações contratuais, assim como todas as normas do ordenamento jurídico, são fundamentados e estão vinculados diretamente à axiologia constitucional.

Deste modo, o instituto da boa-fé objetiva impor aos contratos de direitos autorais, como todas as situações jurídicas obrigacionais, deveres instrumentais ou anexos, independentemente da concordância dos contratantes, uma vez que incide a boa-fé em todos os negócios jurídicos e relações obrigacionais. Nesse sentido, por exemplo, deve preponderar à intenção sobre a literalidade, interpretando o negócio contratual conforme as finalidades almejadas entre as partes. Sendo assim, nas declarações de vontade, será acolhida à intenção nelas sustentadas e não ao sentido literal das cláusulas contratuais.

às formas de cálculo e critérios de cobrança, discriminando, dentre outras informações, o tipo de usuário, tempo e lugar de utilização, bem como os critérios de distribuição dos valores dos direitos autorais arrecadados, incluídas as planilhas e demais registros de utilização das obras e fonogramas fornecidas pelos usuários, excetuando os valores distribuídos aos titulares individualmente; II - dar publicidade e transparência, por meio de sítios eletrônicos próprios, aos estatutos, aos regulamentos de arrecadação e distribuição, às atas de suas reuniões deliberativas e aos cadastros das obras e titulares que representam, bem como ao montante arrecadado e distribuído e aos créditos eventualmente arrecadados e não distribuídos, sua origem e o motivo da sua retenção; III - buscar eficiência operacional, dentre outros meios, pela redução de seus custos administrativos e dos prazos de distribuição dos valores aos titulares de direitos; IV - oferecer aos titulares de direitos os meios técnicos para que possam acessar o balanço dos seus créditos da forma mais eficiente dentro do estado da técnica; V - aperfeiçoar seus sistemas para apuração cada vez mais acurada das execuções públicas realizadas e publicar anualmente seus métodos de verificação, amostragem e aferição; VI - garantir aos associados o acesso às informações referentes às obras sobre as quais sejam titulares de direitos e às execuções aferidas para cada uma delas, abstendo-se de firmar contratos, convênios ou pactos com cláusula de confidencialidade; VII - garantir ao usuário o acesso às informações referentes às utilizações por ele realizadas. Parágrafo único. As informações contidas nos incisos I e II devem ser atualizadas periodicamente, em intervalo nunca superior a 6 (seis) meses.

O STJ tem enfrentado o tema a partir da abordagem de que os contratos de direitos autorais são essencialmente reguladores de questões sociais, de forma que sua interpretação, no caso concreto, não pode elidir a aplicação dos princípios contratuais de direito civil, sob risco de olvidarmos os direitos fundamentais e as garantias norteadores do Direito, conforme será demonstrado a seguir.

No Recurso Especial (REsp) nº 575.271[30], originário do estado de São Paulo, julgado no STJ em 07 de novembro 2005, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, enfrenta-se o caso em que foi ajuizada ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de violação de direitos autorais, proposta por Alzira Martins Apollo, em face do Grupo de Comunicação Três S/A.

A artista plástica, proponente da ação, alega ter firmado contrato com a referida empresa com o objetivo de divulgar obras pararrealistas na revista "Planeta". Não obstante, o Grupo publicou obras da artista em veículo distinto, cujos fascículos, reeditados, continham reproduções das obras, alegadamente em violação aos direitos de artista, inclusive em capas, com erros técnicos e indevida classificação da obra como pintura mediúnica.

Entendeu o Tribunal que a simples classificação de uma obra de arte sob critério diverso do pretendido pelo artista não enseja indenização por danos morais. Entretanto, os fatos delineados na origem evidenciam que a empresa ofendeu o direito da autora à integridade da obra, tendo em vista que as obras foram indevidamente reproduzidas com diversas alterações e falhas tais como, falta de título, título equivocado, assinatura cortada ao meio, atribuição equivocada ou omissão de autoria. Estas ações do Grupo de Comunicação, de acordo com a decisão, violam os direitos morais do autor, principalmente o de integridade da obra, previsto no artigo 24, inciso IV[31], da Lei de Direitos Autorais.

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 575.271/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 07 de novembro de 2005. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=507490&num_registro=200301433113&data=20051107&formato=PDF>. Acesso em 11 de julho de 2016.

31 Art. 24. São direitos morais do autor: IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra.

Diante do exposto, verificou-se na decisão que a Recorrente feriu o princípio da boa-fé ao agir com deslealdade e permitir a reprodução das obras da Recorrida sem observância aos critérios acordados no mencionado contrato celebrado entre as partes. Contudo, verificou-se ainda que, apesar da cláusula geral da boa-fé ter sido aplicada na presente decisão, o Tribunal não apresentou uma fundamentação consistente do instituto e sua violação no caso concreto, conforme aludido,

> A recorrente feriu o princípio da boa-fé ao agir com deslealdade e permitir a reprodução das obras da recorrida sem observância aos critérios acordados no mencionado contrato celebrado entre a recorrente a Sociedade Pararrealista de Artes Plásticas.[32]

Já no Recurso Especial (REsp) nº 1.380.630[33], originário do estado do Rio de Janeiro, julgado no STJ em 13 de outubro 2015, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a Friedman S.A. ajuizou uma ação em face de Flávia Versiani Aragão, Mariazinha Modas Ltda, Línea Rio Roupas Ltda e Moda Mania Shopping Show, vindicando indenização por violação de direitos autorais, bem como obrigação de não fazer, para que fossem impedidas de reproduzir, vender, estocar, distribuir e divulgar, por qualquer meio, o material e as técnicas de venda da referida autora. A Requerente afirma ainda ser representante e cessionária exclusiva dos direitos autorais da empresa norte-americana *NationalRetail Workshops inc.*, *DBA The Friedman Group*, no território nacional, conforme consta do contrato de licença celebrado.

No caso, a Friedman S.A. alega que a ré Flávia Versiani de Aragão já integrou seu quadro de funcionários, vindo a reproduzir o conteúdo dos manuais "TVV" e "PTG", assim como divulgando e oferecendo cursos com as técnicas de venda desses manuais e outras obras literárias de titularidade da *National Retail* sem qualquer prévia autorização.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 575.271/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 07 de novembro de 2005. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=507490&num_registro=200301433113&data=20051107&formato=PDF>. Acesso em 11 de julho de 2016, p. 9.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.380.630/RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 13 de outubro de 2015. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1448781&num_registro=201102376564&data=20151027&formato=PDF>. Acesso em 10 de julho de 2016.

Em primeiro grau, o pedido foi julgado improcedente, tendo em vista que a hipótese foi considerada como simples método de vendas e não de obra literária, não havendo, portanto, trabalho de criação ou originalidade passível de proteção por direitos autorais. Com efeito, interposto apelação pela parte autora, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, negou provimento ao recurso.

Em linhas gerais, o STJ entendeu que um ex-empregado pode exercer a mesma atividade profissional ou gerir sociedade empresária com a mesma atividade desenvolvida por sua ex-empregadora. Contudo, no caso em apreço, foi verificado que a ré faltou com os deveres inerentes à boa-fé objetiva ao reproduzir o conteúdo dos manuais, bem como divulgar e oferecer cursos com as técnicas de venda destes, sem qualquer prévia autorização da titular, além de concluírem estar havendo concorrência desleal.

Desta feita, buscou-se, com a decisão, assegurar no presente caso a proteção à lealdade e confiança de cada uma das partes contratantes e suas legítimas expectativas, sendo, pois, os denominados deveres anexos, cláusula geral que constitui face de operatividade da boa-fé objetiva, constituindo complexo de regras que incidem antes, durante e mesmo após a contratação. Ademais, a decisão em tela conta com fundamentação adequada, explicitando as razões de fato e de direito que conduziram o magistrado para a resolução da demanda.

Noutro giro, no Recurso Especial (REsp) nº1.201.340[34], originário do Distrito Federal, julgado no STJ em 03 de novembro 2011, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, Anderson Cardoso Rubin ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais em desfavor de Instituto Evariste Galois, alegando que determinada obra intelectual de sua autoria foi reproduzida eletronicamente pelo réu sem autorização e com a supressão do seu nome.

Em primeiro grau, o juízo julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que não foi provado o dano material e nem caracterizado

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.201.340/DF. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 03 de novembro de 2015. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1102048&num_registro=201001303117&data=20120802&formato=PDF>. Acesso em 11 de julho de 2016.

o dano moral. Dessa forma, o autor interpôs apelação, tendo o réu, por sua vez, interposto recurso adesivo.

Da análise do conjunto probatório e das alegações tecidas por ambas as partes, concluiu o Tribunal estadual que o autor disponibilizou a obra ao preposto da ré, apenas para que fosse utilizado para consulta, mas não para a divulgação por meio da internet. Além do mais, não há nos autos qualquer prova de que a ré tivesse conhecimento de que seu proposto, não tinha autorização do autor do material didático para disponibilizá-lo na página eletrônica da instituição de ensino.

Ante o exposto, o Tribunal estadual decidiu que não há como se imputar à instituição de ensino a obrigação de, ao disponibilizar obras intelectuais e materiais didáticos por meio da internet, apresentados por seus professores, averiguar a autenticidade dos conteúdos e a observância aos direitos autorais, sobretudo quando não há no material apresentado, a clara indicação de autoria diversa do professor.

Portanto, o Tribunal estadual acolheu a alegação de que não houve má-fé por parte da instituição de ensino, ao disponibilizar o material produzido pelo autor, na medida em que, não tinha conhecimento da inexistência de autorização para tal finalidade.

Contudo, ainda assim, decidiu o Superior Tribunal pela responsabilidade objetiva da instituição de ensino pela conduta lesiva de seu professor, uma vez que a beneficiada pela divulgação do material foi a instituição de ensino empregadora, independentemente da boa-fé com que tenha procedido. Nesse sentido,

> Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para reconhecer a responsabilidade objetiva do Instituto Evaristе Galois pela conduta de seu preposto, condenando o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigidos a partir da presente data, incidindo juros de mora, também a partir da presente data, na linha de precedente da Quarta Turma do STJ[35].

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.201.340/DF. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 03 de novembro de 2015. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1102048&num_registro=201001303117&data=20120802&formato=PDF>. Acesso em 11 de julho de 2016, p. 9-10.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da boa-fé objetiva, por se tratar de uma norma jurídica aberta e vaga, com um grau de abstração relativamente elevado, depende, através de juízo de proporcionalidade e de razoabilidade, de um esforço maior do julgador para encontrar a medida efetiva da aplicação da norma à situação fática, bem como para fundamentar sua decisão revelando os sentidos da boa-fé diante do caso concreto.

No presente trabalho, observa-se que o STJ tem aplicado o instituto da boa-fé em sua vertente objetiva nos contratos de direitos autorais. Ademais, verificou-se que, de forma majoritária, a boa-fé objetiva tem sido consagrada de forma a assegurar a proteção à lealdade e confiança entre das partes contratantes, bem como suas legítimas expectativas e o cumprimento dos deveres anexos.

Ademais, percebe-se que duas das decisões analisadas contam com fundamentação adequada, explicitando as razões de fato e de direito que conduziram o magistrado até o julgamento, evitando subjetivismos e arbitrariedades. Não obstante, no Recurso Especial nº 575.271[36], os efeitos atribuídos à boa-fé não foram bem fundamentados nem suas razões explicitadas de forma satisfatória e consistente para melhor compreensão de seus sentidos quando de sua aplicação ao caso concreto.

Dessa forma, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça aplica o princípio da boa-fé em suas decisões, tendo em vista que o mesmo se apresenta como uma norma cogente, tornando sua aplicação obrigatória em qualquer contrato em espécie, inclusive nos de direitos autorais. Com isso, a cláusula geral de boa-fé cumpre também a sua função de integração sistêmica, criando pontes entre a legislação geral e a especial que confirmam a natureza sistêmica do ordenamento.

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 575.271/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 07 de novembro de 2005. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=507490&num_registro=200301433113&data=20051107&formato=PDF>. Acesso em 11 de julho de 2016.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 984, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo do direito constitucional no Brasil*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, Escola Nacional da Magistratura, a. I, n. 2, 2006.

DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José. *Direito autoral*. Forense, 1980.

GOMES, Orlando. Contratos. 26ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2009.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 124.

MARTINS-COSTA Judith. *A Boa-fé do direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed., Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA Judith. *O Direito Privado como um "sistema em construção". As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Brasília: Ed., Revista dos Tribunais, p. 7-8, 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em 08 de agosto de 2016.

MARTINS-COSTA. Judith. *Boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, p. 92, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. p. 211, 2006.

NALIN, Paulo. *Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 41, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *O princípio da boa-fé contratual*. In Maria Celina Bodin de Moraes (Coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos Culturais no Brasil*. Editora Azougue Editorial, 2013.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil, 1988-2005*. Editora Faculdade de Direito de Campos, p. 16, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira.* In Boletim da Faculdade de Direito, StvdiaIvridica nº 48, Colloquia – 6. Coimbra: Universidade de Coimbra Editora, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Novos princípios contratuais e teoria da confiança*: a exegese da cláusula tothe Best knowledgeofthesellers. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 377, p. 237-254, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissa Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In Gustavo Tepedino, Temas de Direito Civil, 2. Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 575.271/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 07 de novembro de 2005. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=507490&num_registro=200301433113&data=20051107&formato=PDF>. Acesso em 11 de julho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.380.630/RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 13 de outubro de 2015. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1448781&num_registro=201102376564&data=20151027&formato=PDF>. Acesso em 10 de julho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.201.340/DF. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 03 de novembro de 2015. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1102048&num_registro=201001303117&data=20120802&formato=PDF>. Acesso em 11 de julho de 2016.

O LUGAR DO AUTOR PELA ANÁLISE DO CONTO "A MEMÓRIA DE SHAKESPEARE, DE JORGE LUIS BORGES

Autora: Flávia Sangiorgi Dalla Bernardina
Instituição: UFPR – GEDAI – Grupo de Estudos em Direitos Autorais e Industriais

Resumo: Trata-se da análise do lugar do autor, através do conto "A memória de Shakespeare", do escritor argentino Jorge Luis Borges. Após discorrer resumidamente do que se trata o conto – essencialmente em torno do fato de o narrador receber a memória de Shakespeare – o artigo analisa sob a ótica da psicanálise a subjetividade autoral, que perpassa mais pelo legado do autor, as obras que por ele são constituídas ao longo da vida artística, do que pelas trivialidades cotidianas de sua personalidade. Nesse ponto, oportunamente faz-se a correlação com o pensamento de Roland Barthes, sobretudo do texto "A morte do autor", de Michel Foucault sobre a função autor, assim como "O autor como gesto" de Giorgio Agamben. Também, trata-se da questão da memória enquanto invenção e a sublimação como forma de alcançar o marco zero do indivíduo criador, uma forma de cessar a roda que lança a falta ao infinito, para que se inscreva, de fato, seu traço, sua marca autoral.

Palavras-Chave: Autoria, autor, subjetividade, alteridade.

> "Eu realmente penso que não sou ninguém. Se você trabalha como artista, vocês se devasta. Quanto mais você trabalha, menos você existe, e cada vez que você dá uma entrevista, uma parte de você desaparece. Parece horrível, mas também pode ser uma coisa boa, pois é mais fácil viver do que fazer arte". (Christian Boltanski)
>
> "Somos nossa memória, somos nosso quimérico museus de forma inconstantes, esse montão de espelhos rangidos". (Jorge Luis Borges)

O destino de Hermann Soergel invariavelmente seria Shakespeare. Estudioso da obra do escritor inglês, o narrador do conto "A memória de Shakespeare", de Jorge Luis Borges, cumpriu seu desígnio.

Num congresso shakespeariano foi apresentado à Daniel Thorpe, pelo amigo em comum major Barclay. Após a jornada de estudos, encontram-se os personagens numa taberna e ouvem Thorpe falar sobre uma fábula, de um anel tão valioso, que permitia entender a língua dos pássaros.

Após conversas triviais em torno da fábula, já no hotel onde prolongaram o encontro, Thorpe revela não se tratar de uma parábola e oferece à Soergel, ainda que metaforicamente, o anel do rei, o que significa dizer que entregava ali algo tão valioso, a ponto de impedir a sua própria comercialização: a memória de Shakespeare "desde os dias mais pueris e antigos até os do início de abril de 1616."

E dali, ao sentir que recebia o mar, Soergel ouve atentamente a história de como Daniel Thorpe recebeu memória de tamanha importância, de um soldado raso, pouco antes de sua morte. Não titubeia a dizer em voz alta: "aceito a memória de Shakespeare", mesmo tendo notado a infelicidade que pairava na face de Thorpe por deter algo de tanta valia.

No ato da aceitação, Thorpe avisa que a partir daquele momento a memória já havia entrado em sua consciência, mas que ele deveria descobri-la, contando com o acaso como grande aliado em acelerar o processo. Na medida em que Thorpe esquecia, Soergel se lembraria.

E na medida em que a memória de Shakespeare lhe vem à tona o narrador se dá conta que:

> A memória de Shakespeare não podia revelar-me outra coisa senão as circunstâncias de Shakespeare. É evidente que estas não constituem a singularidade do poeta; o que importa é a obra que ele executou com esse material inconsistente (BORGES, 2008, p. 100).

É quando Soergel percebe que entraria em contato com a genialidade, mas também com a trivialidade de Shakespeare. O que os diferencia é justamente o que o dramaturgo inglês fez desse resto, desse lixo que habitava o seu ser. E ao narrador não foi dado ganhar cada detalhe do autor de Macbeth, mas tão somente "a mera possibilidade de conhecer algum dessas coisas". (BORGES, 2008, p.98).

Isso quer dizer que, detalhes da memória de Shakespeare que compareciam ao protagonista, apresentavam, também, um homem comum, trivial. São suas obras, e não suas memórias que o revelam. Uma biografia de Shakespeare não faria jus ao seu legado literário. A autoria que se encontra não em sua memória, mas em sua obra. Não em sua pessoa, mas na sua escrita.

Conectando o conto com o tema deste artigo – o lugar do autor, enquanto marcador do traço autoral – poderíamos dizer que o ato criativo que funda o sujeito não está na sua sublimação diária, esse motor que mantém em cena a falta, relançando-a ao infinito na tentativa de recortar o objeto perdido (para sempre). Pois não há como voltar efetivamente ao passado e recontar a história, afinal, memória é invenção. Em verdade, sublimar é lugar de passagem para a criação. Processo no qual o inconsciente é convocado a traduzir o indizível em busca da boa palavra que cessa a roda de sublimação e faz com que, pela experiência humana do discurso, o sujeito se coloque na posição de inventar os contornos desse buraco vazio e para sempre perdido, evidenciando a invenção e não a revelação espontânea de uma memória ou de uma verdade.

Trata-se justamente da constatação de Soergel com relação à Shakespeare: o que o grande dramaturgo inventou dessa massa de trivialidades, desse resto de cotidiano que habita cada um de nós, inscreveu

seu traço autoral ao longo dos séculos. A Soergel caberia criar tão somente uma insossa biografia do gênio, mas não a genialidade em si.

Lacan afirmou que a verdade não há, "ela é uma estrutura de ficção que se inscreve para cada um de nós sempre de maneira parcial" (LACAN, 1986, p.285). E o inconsciente definitivamente não é um lugar à espera do sujeito revelar a memória, essa verdade supostamente nele contida. A psicanalista Renata Conde Vescovi, num interessante artigo sobre memória diz que:

> A experiência do discurso, humana por excelência, é uma experiência da falta que nos convoca a dizer, a inventar, na tentativa de contornar o vazio onde sempre nos faltará a peça para completar o quebra-cabeça sobre nossa origem.(...) O inconsciente é um furo contornado por marcas intraduzíveis e que nos oferece a grande desordem de impossibilidades infinitas. É a partir dele que criamos as mais diversas versões sobre nossa existência (2015, p. 3).

A psicanalista Tânia Rivera (2009) afirma que no contexto histórico do início da década de 60, Lacan aponta que arte é justamente a organização em torno do vazio, esse lugar que é a fratura que existe no ser humano, onde habita o objeto primordial da sua pulsão, que é desde sempre perdido. Para ele não temos acesso a esse furo, mas tão somente a seus substitutos, os objetos que parecem tomar o seu lugar (RIVERA, 2009, p. 54). Lacan (1986) retoma essa questão da sublimação em Freud, para afirmar que a Coisa é pura perda, seu lugar é um vazio, seu objeto é definido por um oco.

O objeto que faz parte da fórmula lacaniana da sublimação é um objeto qualquer, perdido, indigno. "Objeto capaz de lembrar ao sujeito sua finitude e capaz de retirá-lo da pretensão de se afirmar como dono dos objetos, senhor do espaço e da representação, legítimo criador – ou crítico." (RIVERA, 2009, p. 54)

Também Paul Ricouer (2007, 157), grande estudioso da memória, da história e do esquecimento, no livro de mesmo título diz que "a nossa memória pessoal é uma colcha de retalhos onde estão incorporadas memórias pessoais, de terceiros, memórias coletivas."

E não poderíamos deixar de citar Walter Benjamin, em "Sobre o conceito de história", de maneira perfeitamente atual diz: "Articular historicamente o passado não significa conhecê-lo 'como ele de fato foi'. Significa apropriar-se de uma reminiscência, tal como ela relampeja no momento de um perigo" (1994, p.224).

Em 1967, Roland Barthes declarou no texto "A morte do autor" que a escrita é a destruição de cada voz, de cada ponto de origem. Seria um espaço neutro, onde a identidade é perdida. Para ele, na medida em que algo é narrado, a voz que narra perde sua origem e o autor enfrenta a sua própria morte.

Barthes pontua ainda que o autor moderno nasce simultaneamente com o texto, em contraste com o autor que o precede, que se coloca como sujeito e a obra como predicado. Para ele não existe outro tempo que não o presente. A obra nasce no aqui e agora. O texto é um espaço multidimensional onde uma variedade de inserções, nenhuma delas originais, diga-se de passagem, se misturam e se chocam. "O texto é um tecido de citações saídas dos mil focos da cultura" (BARTHES, 1995, p. 145).

Por essa visão, a autoria é erigida sobre uma imensa colcha de retalhos onde o texto é tecido. Assim, como a memória, a autoria é costura e invenção! Lugar do autor que funda o traço e recria a história do sujeito, bem como o sujeito na história.

É claro que aqui não ousamos analisar a autoria de Shakespeare, mas sim, aquela que não conseguiu ser atingida pelo narrador ao receber a memória do brilhante escritor. Não precisa ser um gênio da lâmpada para perceber que após a excitação inicial, a memória de um morto – e não um morto qualquer – passou de ônus a bônus para o narrador. Após a felicidade, a opressão e o terror. Isso porque a memória de Shakespeare passou a recobrir a memória do próprio Soergel, que temeu por sua razão. Eis o momento da triste constatação: "À medida que transcorrem os anos, todo homem é obrigado a desonerar a carga crescente de sua memória. Duas me torturavam, confundindo-se, às vezes: a minha e a do outro, incomunicável" (BORGES, 2008 p.101).

Numa fala derradeira, já se encontrando no inferno da memória alheia, ele decide se libertar e para isso escolhe, em um número aleatório

da lista telefônica, uma voz que lhe pareça culta para delegar a não mais desejada memória de Shakespeare. Pois como ele mesmo diz: "Todas as coisas querem preservar em seu ser, escreveu Espinosa. A pedra quer ser uma pedra, o tigre, um tigre, eu queria tornar a ser Herman Soergel."

1. O AUTOR E SUA SUPOSTA MORTE

Em 1967, Roland Barthes declarou no texto "A morte do autor" que a escrita é a destruição de cada voz, de cada ponto de origem. Seria um espaço neutro, onde a identidade é perdida. Para ele, na medida em que algo é narrado, a voz que narra perde sua origem e o autor enfrenta a sua própria morte.

Nesse sentido, Mallarmé foi o primeiro a antever a necessidade de substituir a linguagem pela pessoa que seria a sua suposta "proprietária". Tanto para ele, quanto para Barthes, é a linguagem que se manifesta e não o autor, não um eu.

O autor seria então uma figura moderna, criada pela nossa sociedade a partir do empirismo inglês e o racionalismo francês, que prestigia excessivamente o indivíduo e, por isso, a pessoa do autor. Diz Barthes (1995):

> A imagem da literatura encontrada na cultura vigente está tiranicamente centrada no autor, sua pessoa, sua vida, seus gostos, suas paixões (…) a explanação de um trabalho é sempre costurada sobre o homem ou a mulher que o produziu.

Barthes pontua ainda que o autor moderno nasce simultaneamente com o texto, em contraste com o autor que o precede, que se coloca como sujeito e a obra como predicado. Para ele não existe outro tempo que não o presente. A obra nasce no aqui e agora. O texto é um espaço multidimensional onde uma variedade de inserções, nenhuma delas originais, diga-se de passagem, se misturam e se chocam. "O texto é um tecido de citações saídas dos mil focos da cultura" (BARTHES, 1995, p. 145-146).

De toda sorte, Foucault (2001) ressalta que a constatação do desaparecimento do autor, do vazio e ausência por ele deixado, abre espaço para revelar a sua função. Daí surge o termo função-autor, uma espécie de subjetividade exterior, onde o mesmo cumpre o papel de um catalisador, uma figura que passa ao largo da obra, absolutamente neutra, assim como pensou Barthes.

Da pergunta inicial, Foucault (2001, p. 264-298) faz quatro proposições: 1) A impossibilidade de tratar o autor com uma descrição definida, ou com um nome próprio; 2) O autor não é o proprietário dos seus textos; 3) Ao autor é atribuído o que foi dito ou escrito, mas tais atribuições são complexas e raramente justificadas; 4) A posição do autor nos diferentes tipos de discurso.

Em sua tese, a relação da autoria com a sua função se manifesta justamente no desaparecimento das características individuais do sujeito-autor, que despista todos os signos de sua individualidade particular. Para Foucault (2001, p. 269), a marca do autor é a singularidade da sua ausência; ele faz o papel de morto no jogo da escritura. Podemos inferir que para o pensador, as noções de identidade, subjetividade e autoria estão atrelados à ausência. Na produção artística, essa ausência se manifesta pela circulação de discursos sem a presença da pessoa que os produziu.

Essa tese, segundo o professor Teixeira Coelho Netto (2011) no texto "A morte moderna do autor", vem de uma forte influência (ou dívida), do estruturalismo sobre o pensamento de Foucault – embora por ele negada. Era a tese do estruturalismo: não há mais sujeito, mas sim uma estrutura que se desenvolve independente dele, para validar-se ao sistema ao qual pertence (TEIXEIRA COELHO NETTO, 2011, p. 174). Um dos exemplos que embasavam essa teoria vinha justamente das comunidades primitivas ou indígenas, como se nessas sociedades a figura do artista conhecido no ocidente e que se revela entre os demais por sua singularidade e originalidade criadora não existisse.

Teixeira Coelho Netto refuta essa ideia, afirmando que os membros das comunidades ditas primitivas sabiam sim reconhecer o autor de uma obra, bem como atribuir valor àqueles que se diferenciavam dos demais.

Cita como exemplo as tribos que pintam o corpo com desenhos executados pelo próprio indivíduo, e que o distingue dos demais, caracterizando a ideia da criatividade e originalidade.

No seguimento de seu raciocínio, Teixeira Coelho Netto (2011) compara as antigas sociedade chinesas aos aprendizes renascentistas, como aqueles que eram reconhecidos como autores na medida em que conseguiam reproduzir perfeitamente a obra de um mestre. Nesse momento, o aprendiz estaria elevado ao status de artista, ou seja, a autoria estava baseada na perfeita imitação. Entretanto, eis um paradoxo apontado: caso o artista pretendesse seguir como autor e ter a sua obra reproduzida e imitada por outros aspirantes, aí sim, teria de ser capaz de apresentar algo inovador, que o diferenciasse dos demais.

Esses exemplos servem à Teixeira Coelho Netto para defender que Foucault privilegiava a estrutura, adjetivada por ele como 'estrutura vazia', em detrimento do sujeito. Nessa esteira, cita Marcel Duchamp, e seus *readymades*, como precursor da desnecessidade do sujeito à materialização da obra, o que seria denominado por Foucault como função-arte. Vale a citação:

> Duchamp, Marcel Duchamp, por falar nisso, é o grande antecessor de Foucault na tese da desnecessidade de um sujeito criador por trás de uma obra: seus *ready-made* são a materialização *avant la lettre* da função-autor e da função-arte. O indivíduo por trás de um *ready-made* nada mais faz do que coletar do mundo alguma coisa produzida por um sistema que é exterior a esse indivíduo e maior do que ele. O indivíduo não fala, não significa (não faz) o *ready-made*: o *ready-made* é que se serve do indivíduo para reproduzir-se, o *ready-made* é que fala, significa e faz o indivíduo (TEIXEIRA COELHO NETTO, 2011, p. 179).

O contexto cultural em que Foucault está inserido para propor sua tese sobre o autor – o seu espírito do tempo – é alimentado pelo estruturalismo dos anos 50 e 60, que, segundo Teixeira Coelho Netto (2011), mantém uma dívida antiga com o marxismo e sua tese de que a história é tocada não por personalidades, mas por massas, grupos ou classes, que ocupam o lugar de verdadeiras funções-autor.

A construção desse raciocínio por Teixeira Coelho Netto lhe serve para justificar que nada há de original na tese de Foucault, que, por ser datada, deve ser analisada sob uma perspectiva histórica – momento em que o mundo vivenciou duas grandes guerras. Para o autor, se algo valida essa tese num dado momento histórico esse instrumento não se prolonga no tempo a ponto de justificar sua evocação recente, nas últimas décadas do século XX.

Embora para Foucault e, claro, Duchamp, o indivíduo funcione como um catalisador, um sujeito que passa ao largo da obra, há correntes opostas, ao qual o próprio Teixeira Coelho Netto se filia, que entende que esse 'veículo' que supostamente contribui para o fim da autoria não é de todo neutro.

Além disso, o contexto histórico em que a função- autor foi defendida por Foucault remete a um cenário cultural narcisista, eminentemente francês da década de 60 e 70, e que encontrou ressonância também na cultura americana. Vale novamente invocar a reflexão de Teixeira Coelho Netto (2011, p. 182), nesse sentido:

> ... será possível ver a cultura narcisista não como uma cultura de autoafirmação, conforme o entendimento comum do narcisismo, mas como uma cultura de perda da individualidade, da vitimização e da paranoia. (...) Esta cultura de fluxo elimina a associação entre identidade e continuidade da personalidade (...) assim como exclui a possibilidade de que essa identidade seja definida a partir do interior da pessoa.

Para Teixeira Coelho Netto, o lado patológico dessa cultura de fluxo seria justamente seu aspecto paranóico, onde a perda da individualidade, defendida por Foucault como a perda da autoria – ou de condicionar a sua existência a uma função - seria resultado de uma influência exterior ao indivíduo, contra a qual ele nada poderia fazer, e não um processo endógeno, da própria vontade do indivíduo.

Nessa cultura narcisista - de identificação - constituída por um sujeito fluido e definido pelos papeis sociais que cumpre, a tese da negação do autor encontrou campo fértil para se firmar. Não existem autores, mas como diz Foucault (2001), instauradores de discursos, fundadores de

discursividade. Daí vem a noção de que o autor é uma função catalisadora do sujeito, por onde tais discursividades perpassam.

Bem nos lembra Teixeira Coelho Netto (2011) que nem todas as culturas são narcisistas, bem como que não mais estamos na década de 60 e 70, e que sem a autoria o enfrentamento de certas obras e autores estaria impossibilitada. Na pós-modernidade, ou ainda, a noção da autoria na contemporaneidade será outra que não aquela solidificada sob a égide do autor romântico.

Mesmo autores como Proust, que se deixou evidenciar em suas obras, requerem análises que superem a figura do autor romântico, o gênio criador e solitário, bem como a arte como expressão de uma individualidade singular. Para Barthes (2005), embora Proust conservasse numerosos elementos da sua vida pessoal em seus textos, eles estão desviados:

> Como se vê, o que passa para a obra é, de fato, a vida do autor, mas uma vida desorientada. [...] Proust entendeu (e aí está o gênio) que ele não tinha que contar sua vida, mas que sua vida tinha, entretanto, a significação de uma obra de arte (COUTO, 2011, p. 323).

Não por acaso, Teixeira Coelho Netto (2011) afirma que sem a ideia de autoria não seria possível enfrentar autores como o próprio Proust, Joyce, Fellini, Guimarães Rosa, Machado de Assis.

Não foi em vão, todavia, a construção e manutenção da tese do fim da autoria, por um certo tempo. Sem dúvidas, ela trouxe à cena partes relevantes na composição da obra de arte – e até mesmo da autoria.

Resta-nos, seres supostamente contemporâneos, recontextualizar o discurso, não para nos aprisionar, mas justamente para se libertar dele. E a partir daí abrigar todas as versões e nuances que a obra de arte – seja qual for o suporte – comporta.

2. O AUTOR EM BUSCA DE UM NOME PRÓPRIO

Na cronologia da história é certo que a arte moderna foi um período em que a obra de arte está permeada pelo nome próprio, numa

demarcação da singularidade autoral. Thierry De Duve assinala que a modernidade tornou-se um período da história ocidental para a qual a arte era um nome próprio. A inscrição dos nomes próprios dos artistas na superfície da obra são comuns nesse período da história da arte, a exemplo de Malevich, Picasso, Delaunay, entre outros.

Glória Ferreira no excelente artigo "Autoria e Propriedade", publicado na Revista Viso (jul-dez 2009), afirma que "o nome próprio inscrito como um tipo de âncora no quadro tanto coincide com a recusa da ilusão quanto nos remete naturalmente à questão da autenticidade: o nome é uma garantia de origem" (2009). Vale a citação de Allan Kaprow pela autora, sobre as profundas mudanças nesse sentido:

> Tradicionalmente, o gênio-artista, criador da obra-prima, era uma analogia de Deus, O Pai, criador da vida. Um artista, uma obra original: um só Deus; uma só existência. Mas hoje há inumeráveis artistas e reproduções. Quando o "único" é substituído pelo "grande número", a realidade pode ser percebida como um cardápio de ilusões, transformável e substituível de acordo com as necessidades (como a luz elétrica que transforma a noite em dia) (apud FERREIRA, 2009).

Ainda Kaprow (apud FERREIRA, 2009) sinaliza no texto "O legado de Jackson Pollock", que os artistas – "os verdadeiros alquimistas da década de 60" - não necessitam mais especificar uma denominação como pintor ou poeta, mas, simplesmente, artistas. Essa realidade sinaliza um deslizamento entre a relação nome próprio x autor, ou situa o nome de autor, enquanto nome próprio, "entre os pólos da designação e da descrição", na teoria de Foucault (2001).

Ao refletir sobre a herança modernista da noção de autoria, Walter Benjamin (1985, p. 36), no texto "O Autor como Produtor" afirma que o trabalho do autor consciente não visa a fabricação exclusiva de produtos, mas dos meios de produção:

> Em outras palavras: seus produtos, lado a lado com seu caráter de obras, devem ter antes de mais nada uma função organizadora. Sua utilidade organizacional não precisa de modo algum limitar-se à propaganda. A tendência em si não basta. O excelente Lichtenberg já o disse: não importam as opiniões que temos, e

> sim o que essas opiniões fazem de nós. É verdade que as opiniões são importantes, mas as melhores não têm nenhuma utilidade quando não tornam úteis aqueles que as defendem. (grifo nosso)

Essa passagem de Benjamin nos leva de volta ao início do artigo onde tratamos das questões do lugar do autor baseado nas memórias desejadas de Shakespeare, memórias essas que não entregaram a Herman Soergel a chave para a genialidade autoral. Se ousarmos substituir a palavra opinião, na citação acima, por memória, veremos que sua inteligência cai como uma luva ao ocorrido ao narrador: "não importam as memórias que temos, e sim o que essas memórias fazem de nós."

3. AUTORIA E FELICIDADE: EM BUSCA DO NOME SECRETO

Reconectando ao fio que nos leva a essas reflexões, parece-nos que o lugar do autor, e por conseguinte a busca pela autoria, trata-se do encontro com a felicidade, que segundo Giorgio Agamben é gesto, o contato com o lado sombrio, com o nome secreto, a nomeação do indizível, a escrita pela letra impossível, a escrita do inconsciente.

Essa felicidade que Herman Soergel acreditou que encontraria nas memórias de Shakespeare, mas que, ao contrário, o fez se perder nos labirintos de memórias sobrepostas. Todos temos um nome secreto, aquele que inventamos e que nos liberta da inscrição do olhar do outro.

Lacan disse que ter um nome é culpa, a submissão ao desejo do outro que nos nomeou, e que se funda em demandas que não cessam.

Numa leitura desavisada, pode parecer que o narrador desejava ser Shakespeare. Pois, como diz Agamben, o corpo do desejo é uma imagem e a de Soergel revelava a caricatura de Shakespeare. Mas supomos que Herman Soergel buscou a si mesmo através do outro inalcançável. Ser o outro, e não um outro qualquer, mas o ídolo, o brilhante gênio da dramaturgia ocidental - parecia-lhe uma solução nobre. Nesse lançamento de si ao infinito, onde aceita mesclar uma memória alheia à sua própria, Soergel acaba por criptografar-se no seu querer, perdendo não só a genialidade de Shakespeare – que nunca seria alcançada, evidentemente – mas também a sua própria.

Giorgio Agamben (2007, p. 49) nos traz uma leitura sobre o ato de desejar, que interessa ao contexto, como sendo a coisa mais simples e humana que há, mas difícil de trazer à palavra. E prossegue: "Tão difícil que acabamos mantendo-os escondidos, e construímos para eles, em algum lugar em nós, uma cripta, onde permanecem embalsamados, à espera".

Essa felicidade evidentemente almejada pelo narrador do conto seria a magia apontada pelo filósofo italiano, a ciência dos nomes secretos. É sabido que Soergel buscou seu nome secreto através do nome alheio, usurpando suas memórias a troco de se perder num emaranhado de inconscientes. Tanto é que na parte final do conto, após já ter delegado a memória de Shakespeare a um estranho e ocupar a cadeira de professor emérito, Soergel confessa que uma ou outra vez lhes surgem memórias autênticas, pois que aquela que lhe foi possuída passou a incorporar um caldo sem placas, nem mapas que é o inconsciente.

Sobre a perda da identidade recorremos ainda à Machado de Assis no conto "O Espelho", onde o personagem que perde a sua identidade vislumbra tornar-se alferes. E para encontrar-se cria uma espécie de manual de orientação, que vai desde o comportamento à indumentária, reduzindo sua identidade ao título.

Na análise do conto, o professor, curador e crítico Marcelo Campos (2011) cita Arthur Danto ao tratar da mímesis do mito de Narciso, e explica que a identificação simbiótica entre o menino Narciso e o menino do reflexo não dá conta da construção de uma obra de arte.

Tal como Herman Soergel que mesmo conhecendo os meandros da memória de Shakespeare, tendo acesso a toda a biblioteca ali contida, não consegue produzir nada além de sua biografia – nada que se aproxime a Hamlet ou Macbeth.

> Se fosse apenas a crença na cópia perfeita pela sua fisicalidade, Narciso não se iludiria e um copista de Caravaggio seria tão genial quanto o artista. O fato é que a artesania da cópia não define uma obra de arte, assim como a duplicação de um sujeito diante do espelho não o define como pessoa (CAMPOS, 2011).

Isso nos leva à aproximação do lugar do autor, enquanto demarcador do ato criativo que inscreve o sujeito no mundo, que não se contenta com seu nome próprio, mas que se lança, corajosamente, em busca do seu nome secreto.

Agamben (2007, p. 25) nos revela que o nome secreto é "o gesto com o qual a criatura é restituída ao inexpresso". Ousamos dizer que autoria é magia e "magia não é conhecimento dos nomes, mas gesto, desvio em relação ao nome." E o indizível a que se refere Agamben não se trata daquilo que está mapeado na linguagem, embora possa ter um nome, mas aquilo que passa ao largo de um discurso definitório.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Traçando um paralelo entre a filosofia e a psicanálise, parece-nos que o nome secreto de que fala Agamben (2007, p. 25) trata-se justamente do lugar do autor que pretendemos modestamente abordar neste artigo: "o monograma que sanciona sua libertação com relação à linguagem", lugar sem nome. Por essa razão também, Lacan ressalta que ter um nome é culpa, pois se trata justamente desse olhar alheio que constitui o sujeito, aquele que deliberadamente nos nomeou com um nome próprio ao qual devemos nos desviar para um reencontro, uma renomeação, uma reconstrução.

Alinhado a isso Agamben, nos sugere a chave para encontrar a saída: a magia, ciência dos nomes secretos, que fala pelos gestos. O que é indizível, a voz do inconsciente, aquilo que se revela pelo não dito. Supomos que Herman Soergel tenha buscado (e usado) a sua chave para encontrar o seu nome secreto na fechadura de outra porta: aquela que abriria as memórias de um outro – e não um outro qualquer. A crença de que adentrando as memórias de Shakespeare, encontraria sua genialidade, submeteu Sorgel ao mais terrível dos labirintos: o embaralhamento da própria memória, aquela capaz de identificá-lo no mundo, ainda que como fruto de uma invenção.

Naufragar nas memórias de Shakespeare talvez tenha sido uma tentativa - do homem moderno que Soergel era - de resgatar o autor

romântico, aquele que não ocupava ainda o lugar de um morto, visão pós-estruturalista, eminentemente moderna.

Marshall Berman (2007), em "Tudo que é sólido desmancha no ar – A aventura da modernidade", nos diz que o primeiro dos modernismos, o mesmo que busca a porta de saída da vida moderna foi defendido por figuras como Barthes, na literatura e Clement Greenberg, nas artes visuais, que valorizavam o meio como mensagem. Citamos Berman (2007, p. 29):

> O modernismo, então, se torna a procura de uma arte-objeto pura, auto-referida. E assim foi: a adequada relação entre arte moderna e vida moderna veio a ser a ausência de qualquer relação. Essa forma de pensar, e que sugere a libertação dos artistas das "impurezas e vulgaridades vida moderna".

Entretanto como o próprio Berman ressalta, poucos foram os artistas que seguiram com essa proposta por muito tempo, por acreditar que uma arte ausente de sentimentos e relações está fadada ao exílio, uma falta de vida, "a liberdade belamente configurada e perfeitamente selada da tumba" (BERMAN, 2007, p. 29).

Se olharmos o mundo de Soergel por essa visão de tudo que é sólido dissolve no ar – visão rarefeita implementada pela modernidade - a angústia de Soergel passou por esse desejo de aniquilar uma modernidade em si mesmo, de retornar ao passado ideal, de encontrar o gênio, o autor romântico, aquele cuja identidade está atrelada à sua mestria, pois há vida suficiente para que isso aconteça.

Na modernidade dá-se a fratura entre o ser e o meio, por isso a busca pela pureza, para livrar-se das imperfeições que a modernidade conferia à vida das pessoas.

Diante da necessidade de me apagar para dar conta de uma vida vazia, para que somente a arte prevaleça independente de mim, melhor que eu aceite a memória do gênio, aquele que eu desejo ser para fugir de mim. Uma maneira curiosa, mas também acomodada de encontrar o nome secreto, o qual falamos acima. Como se ganhando a memória da genialidade, esta se abrisse sem ressalvas, de maneira limpa e uniforme, sem levar em consideração as reminiscências, trivialidades e dramas que qualquer um carrega em si.

No apagar das luzes, já temos material suficiente para nos lançar na descoberta do nome secreto, esse que não fala, mas caminha, que não diz, mas escreve, que não titubeia, mas mira.

E mesmo que seja Shakespeare, o lugar do autor é aquele onde ninguém pode mais adentrar, a menos que seja o leitor/espectador para continuar a leitura da obra. O lugar do autor é esse buraco que existe entre o que é planejado para a obra e o que realmente é materializado dela. Esse espaço que permite uma ou mais interpretações diversas.

Mesmo que à duras penas é preciso experimentar para saber, pois as respostas muitas vezes não estão somente no que a cabeça diz, mas impressas no corpo, como tatuagens recém adquiridas. É um saber pelo não saber. No caso do narrador de Borges, o lugar do autor fica claro ao final do conto, quando o gesto primordial de retomada, de exorcizar a memória alheia é expresso na seguinte frase: *Simply the thing I am shall make me live.*

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Profanações, "desejar"**. 1. ed. São Paulo: Ed. Boitempo, 2007.

BARTHES, Roland. **Image, music, text. The death of the author**. Tradução de Stephen Heath. Londres: Fontana Press, 1995.

BENJAMIN, Walter. O Autor como Produtor (1934). In: **Obras escolhidas. "Magia e técnica, arte e política"**. Vol. 1. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar – A aventura da modernidade**. São Paulo: Cia. das Letras, 2007.

BORGES, Jorge Luis Borges. **Nove ensaios dantescos & a memória de Shakespeare**. São Paulo: Cia das Letras, 2008.

CAMPOS, Marcelo. **História da arte, ensaios contemporâneos**. Marcelos Campos; Maria Berbara; Roberto Conduru; Vera Beatriz Siqueira (Orgs.). Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2011.

COUTO, Maria de Fátima Morethy. A biografia, o gênio e a morte do autor. In: CAMPOS, Marcelo (org.). **História da Arte – ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2011.

FERREIRA, Glória. Autoria e propriedade. Artigo proferido por em comunicação na mesa "Autoria" do Colóquio "Gênio, criação, autoria". Revista Viso; EAV – Parque Lage (orgs.). **Revista Viso**, n. 7, jul./dez. 2009.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos**: Estética – literatura e pintura, música e cinema (vol. III). Rio de Janeiro: *Forense Universitária,* 2001.

KAPROW, A. L'art et la vie confoundus. In: FERREIRA, Glória. Autoria e propriedade. **Revista Viso**, n. 7, jul./dez. 2009.

LACAN, Jacques. **Seminários**. Livro VII. A sublimação. Paris: Seuil, 1986.

RIVERA, Tânia. O retorno do sujeito e a crítica na arte contemporânea. FERREIRA, Glória; PESSOA, Fernando (Org.). **Anais...** Seminários Internacionais do Museu Vale, Vila Velha (ES), 2009.

OBRAS SOB ENCOMENDA: UMA ANÁLISE TEÓRICA E PRÁTICA

Autoras: Sarah Helena Linke[1]; Heloísa Gomes Medeiros [2]
Instituição: Universidade Federal do Paraná

Resumo: Atualmente não existe na legislação pátria qualquer disciplina específica referente à "obra sob encomenda" considerada no campo literário, artístico e científico. Esta lacuna acarreta insegurança jurídica tanto para contratantes quanto para autores, dada ausência de proteção mínima às partes interessadas. Por conta disto, a disciplina deve se dar por meio de negócios jurídicos, que podem conter cláusulas abusivas, desrespeitando a própria finalidade do contrato ou até mesmo omissões que prejudicam a sua execução. Em síntese, o presente trabalho teve por finalidade analisar normas que possam direcionar a interpretação e calcar a elaboração de "obra sob encomenda", bem como analisar como o tema é entendido pela jurisprudência. A conclusão obtida é de que caso não haja em contrato a regulação específica direitos autorais, deve-se interpretá-lo de forma a contemplar a autorização ao contratante de todos os usos imprescindíveis para atender à sua finalidade; e ao autor é garantido que não será realizado qualquer outro uso diferente do imprescindível para o consectário lógico.

Palavras-chave: direitos autorais; obra sob encomenda; direito patrimonial de autor.

1 Sarah Helena Linke. Advogada. Mestranda em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia pela Universidade Federal de Santa Catarina, Formada em Direito pela mesma Universidade. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito do Autor e Informação (GEDAI/UFPR). E-mail: sarahlinkeadv@gmail.com

2 Heloísa Gomes Medeiros. Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito do Autor e Informação (GEDAI/UFPR). Bolsista da CAPES. E-mail: medeiroshg@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Atualmente não existe na legislação pátria qualquer disciplina específica referente à "obra sob encomenda" considerada no campo literário, artístico e científico. Esta lacuna acarreta insegurança jurídica tanto para contratantes quanto para autores, dada ausência de proteção mínima às partes interessadas. Por conta disto, a disciplina deve se dar por meio de negócios jurídicos, que podem conter cláusulas abusivas, desrespeitando a própria finalidade do contrato ou até mesmo omissões que prejudicam a sua execução.

Os direitos patrimoniais autorais são o cerne do debate, discutindo-se sua transmissão originária ou derivada; e contratual ou legal; sua extensão, limites e possibilidades existentes, sendo pacífico o entendimento que ao autor remanesce sempre seus direitos morais.

Assim sendo, este trabalho tem por finalidade analisar o instituto da "obra sob encomenda" no ordenamento jurídico brasileiro e seu tratamento pela jurisprudência pátria, a fim de auxiliar intérpretes, autores e contratantes no entendimento da matéria, como forma de resguardar seus interesses, de acordo com a boa-fé contratual, a interpretação finalística destes e vedação ao abuso de direito.

Para tanto, por meio de revisão literatura, realizou-se resgate histórico da disciplina no Brasil, bem como sistematizou-se o entendimento da doutrina especializada sobre o assunto. Ademais, fez-se a colheita de dados quantitativos e qualitativos acerca da jurisprudência pátria nos Tribunais Superiores, Tribunal de Justiça de São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Pernambuco e Rio de Janeiro. Por fim, como sugestão para estudos futuros, apresentou-se a redação do Projeto de Lei que visa reformar a Lei de Direitos Autorais, objetivando o aprofundamento dos debates sobre o tema com normas que ofereçam o arcabouço mínimo para os contratantes desta modalidade.

2. OBRA SOB ENCOMENDA

A proteção de uma obra pelo Direito de Autor, em razão do sistema jurídico a ele estatuído, dá-se com a própria criação da obra. Com a

expressão de uma ideia, sob determinada forma perceptível aos sentidos, advinda do espírito humano, dotada de contributo mínimo criativo, seja no campo artístico literário, científico ou artístico, é que se perfectibiliza a tutela da obra pelo direito autoral.

Uma criação pode advir de livre e espontânea inspiração e autofinanciamento do autor, que poderá, por exemplo, manter a obra inédita, reproduzi-la, coloca-la a disposição do público ou até mesmo licenciá-la ou cedê-la a terceiros, à título gratuito ou oneroso. Por sua vez, a criação pode surgir por iniciativa de terceiro, que contrata o autor ou o mantém sob vínculo empregatício, para a elaboração de obras intelectuais. Neste caso, normalmente, determinando o escopo e a obra que lhe interessa, o contratante seleciona dentre vários autores em potencial aquele que por sua expertise e qualificação, irá atender às suas demandas, contraindo o autor evidente *obrigação intuito personae*, ou seja, obrigação infungível.

A encomenda pode ter por objeto qualquer tipo de obra: literárias, artísticas ou científicas: comentários, coletâneas, dicionários, enciclopédias, crônicas, textos para blogs, livros no domínio literário; telas, quadros, bustos, letras de música, melodias, ornamentações, fotografias, produções publicitárias no domínio artístico; projetos, artigos, pesquisas, material didáticos e estudos, no plano científico.

Esta disciplina importa principalmente porque regula uma forma de contratação cada vez mais comum na Sociedade da Informação em razão do crescimento da economia da cultura e do entretenimento; e pela facilidade de transação e criação desses bens imateriais, dado o desenvolvimento tecnológico.

Para isso, cita-se a lição de BITTAR, 1977, p. 143:

> A obra individual de assalariado é aquela produzida por autor remunerado justamente para a elaboração de trabalhos intelectuais, em que o encomendante (o empregador: pessoa natural ou jurídica, de direito privado ou de direito público), assume os riscos da reprodução e de divulgação e fornece os meios materiais para a sua consecução. Define, de regra, o plano e orienta a execução da obra.

Assim, BITTAR, 2008, p. 40, define como obra de encomenda aquela cuja iniciativa de concepção e criação parte de outrem, solicitando ou dirigindo o trabalho do intelectual, com ou sem conjugação de esforços, a respeito da qual prospera, de um modo geral, o princípio da titularidade do criador, em cuja esfera, pois, permanecem os direitos autorais.

Explique-se: ao autor é atribuído o direito autoral, em sua esfera patrimonial e moral, todavia, nos termos de BITTAR, 2008, p. 32 o suporte fático do Direito é a criação, porém pode ocorrer ainda a assunção por terceiros de certos direitos, por vias derivadas, a saber, por lei (vínculo sucessório), ou por vontade do autor (vínculo contratual).

Em outros termos, logo após a criação da obra protegida por direito autoral, este em sua esfera patrimonial poderá ser objeto de transmissão a terceiros. Isto porque se trata de um direito disponível e passível de transmissão, portanto, permanecendo ao autor a esfera patrimonial. O sistema francês, *o droit d'auteur*, reconhece esta dicotomia, ao passo que no sistema anglo-saxão - que primordialmente não admitia a esfera moral - assegura-se de forma originária o "copyright" ao encomendante, segundo a lição de BITTAR, 2008, p. 49:

> Isso significa que, ao contrário do sistema anglo-saxão – em que se reconhece originariamente, ao encomendante, os direitos sobre a obra – **na obra sob encomenda persiste sendo a criação o único título atributivo, restando ao encomendante**, nos países da União de Berna apenas para efeitos patrimoniais, certos direitos referentes a obra encomendada e nos limites definidos na lei ou na avença conforme o caso. [grifo nosso]

Em suma: preserva-se os direitos morais do autor sobre sua criação, ao passo que é possível a transferência ao contratante ou empregador dos direitos patrimoniais, por força da onerosidade do trabalho intelectual. De acordo com CHAVES, 1976, isso se deve ao fato de o criador ser remunerado exatamente para o objetivo final visado pelo encomendante (no caso, as empresas) a que se relaciona por vínculo de subordinação.

A diferença primordial, conforme ASCENSÃO, 1997, p. 369 é que "na cedência do direito o criador intelectual foi originariamente

titular do direito, enquanto que na aquisição originária por terceiro todas as faculdades nascem originariamente já na titularidade de terceiro".

Uma das consequências deste sistema - em que o direito autoral é atribuído ao autor e posteriormente é transmitido ao contratante, ao invés de já nascer com este, como ocorre no sistema anglo-saxão - é a vedação ao ghost writer, ou nêgre para os franceses, cuja tradução seria "escritor fantasma", que vende o produto de sua obra para nomeação de outrem[3]. O direito à paternidade é direito moral do autor de natureza personalíssima, não passível de transmissão porquanto indisponível. O mero vínculo empregatício ou contratual não modifica a paternidade da obra. Só o criador da obra pode ser considerado sujeito originário do direito.

Neste diapasão, cita-se os ensinamentos de BITTAR, 2008, p. 52:

> a remuneração e a direção do trabalho intelectual não são títulos que possam modificar a substância dos direitos em causa que, *ab origine* e *in essentia*, são direitos ligados à intelectualidade e sufragados legislativamente nesse sentido. O *right of copy* ou *copyright* do direito EUA tem , pois, significado diverso; daí a excepcionalidade da referida orientação, incompatível, ao revés, com o sistema unionista.

De acordo com CHAVES, 1976:

> Como se vê, essa indenização de natureza patrimonial não tem o poder de desfazer a ligação subjetiva do autor com sua criação, o que significa dizer que não se rompe o vínculo de natureza moral que é da própria essência do Direito de Autor. Em decorrência disso, o direito de ter reconhecida a autoria da obra continua pertencendo a quem a criou. Tal prerrogativa de natureza moral é, por sua natureza, indisponível, em nenhum hipótese podendo ser objeto de cessão ao empregador ou a quem quer que seja.

Como indicado por COSTA NETTO, 1997, o contrato de encomenda cuida de obra ainda não produzida, e não de transferência de direitos sobre produto pronto. A forma como o contratante irá obter os

3 O ghost-writer, ou escritor-fantasma, é a pessoa física contratada por terceiros para, de acordo com um contrato, produzir uma obra intelectual, sendo que a autoria do trabalho será atribuída ao contratante. Este contratante, além da autoria, será também titular da prerrogativa de comercializar a obra e usufruir de seus frutos. Disponível em: http://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-10

direitos patrimoniais acerca daquela obra se dará por exigência legal ou contratual, consoante será analisado em seguida.

Conclui-se preliminarmente que o direito autoral da obra objeto de encomenda pertence ao autor em primeiro momento, no entanto, há possibilidade da transmissão do direito autoral patrimonial logo após a sua concepção. Esta pode ocorrer por conta de disposições contidas em contrato de trabalho ou contrato de prestação de serviços, ou contrato de licenciamento ou cessão posterior.

Dada a lacuna de regulação, a princípio se poderia inferir que a autorização de usos da obra sob encomenda, porquanto não se dê por força legal, mas tão só negocialmente, de forma expressa, a sua ausência implicaria na não autorização de qualquer uso. No entanto, existem autores que defendem a interpretação teleológica do ordenamento jurídico, bem como do contrato em si, ou seja, seria possível perceber as autorizações contratuais considerando a finalidade da obra e do contrato e não somente o que disposto está nele, conforme será demonstrado a seguir.

3. OBRA SOB ENCOMENDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei de Direitos Autorais, Lei nº 9.610 de 1998, não possui qualquer regramento acerca das obras sob encomenda. Esta omissão representa um retrocesso na matéria visto que a antiga Lei de Direitos Autorais, Lei nº 5.988 de 1973, por seu turno, possuía artigos específicos sobre o tema.

Na realidade, foi no Código Civil de 1916 que foram inseridas normas relativas à questão, era o antigo Artigo 1.347 "Pelo mesmo contrato pode o autor obrigar-se à feitura de uma obra literária, científica ou artística, em cuja publicação e divulgação se emprenha o editor".

Com base nos ensinamentos de BITTAR, quando do advento da lei brasileira de direitos autorais em 1973, esta disposição foi mantida *ipsis litteris* e foram inseridos três parágrafos a respeito de: fixação de prazo para entrega da obra; sobre a não conclusão da obra por falecimento do autor; e sobre publicação em parte. Assim sendo, pregava o art. 58:

> Art. 58. Pelo mesmo contrato pode o autor obrigar-se à feitura de obra literária, artística, ou científica, em cuja publicação e divulgação se empenha o editor. § 1º Não havendo termo fixado para a entrega da obra, entende-se que o autor pode entregá-la quando lhe convier; mas o editor pode fixar-lhe prazo, com a cominação de rescindir o contrato. § 2º Se o autor falecer antes de concluída a obra, ou lhe for impossível levá-la a cabo, poderá o editor considerar resolvido o contrato, ainda que entregue parte considerável da obra, a menos que, sendo ela autônoma, se dispuser a editá-la, mediante pagamento de retribuição proporcional, ou se, consentindo os herdeiros, mandar terminá-la por outrem, indicando esse fato na edição. § 3º É vedada a publicação, se o autor manifestou a vontade de só publicá-la por inteiro, ou se assim o decidem seus herdeiros.

Além disso, no capítulo relativo aos direitos patrimoniais, foram introduzidas normas especiais sobre encomenda:

> Art. 36. **Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes,** conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor. § 1º O autor terá direito de reunir em livro, ou em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da primeira publicação. § 2º O autor recobrará os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, se esta não for publicada dentro de um ano após a entrega dos originais, recebidos sem ressalvas por quem a encomendou. [grifo nosso]

De acordo com o citado autor, sugere o artigo 36 que existem três formas de encomenda: a funcional, a de prestação de serviços e a decorrente de relação de emprego. Em paralelo, também estava estatuída a encomenda pura e simples, ligada a contrato específico de encomenda em que o artista é vinculado ao encomendante por um contrato de encomenda, de natureza autoral, sujeito a obrigações específicas e titular de direitos morais.

O dispositivo, no entanto, é passível de críticas: estabelecia a comunhão entre autor e encomentante na titularidade dos direitos autorais, sem especificação se seria àquele os morais e a este os patrimoniais ou se ambos estariam em condomínio considerada a esfera patrimonial. Ademais, nos termos de VIZZOTTO, 2011, a matéria não foi objeto de regulação pelo Conselho Nacional de Direito de Autor, como primado, restando às partes

a decisão acerca da titularidade quando da elaboração do respectivo contrato laboral ou de prestação de serviços, ou até mesmo do Poder Judiciário quando perante ele ofertada demanda judicial a esse respeito.

CHAVES, 1976, ou seja, quando ainda na vigência da antiga Lei de Direitos Autorais observa o seguinte:

> na atual regulamentação das obras criadas, bastante diferenciada, no âmbito de um contrato de trabalho e das obras sob encomenda, cujos direitos autorais algumas legislações reconhecem caberem aos seus criadores, outras o atribuem aos empregadores, e outras dividem meio a meio. Grande número deixa ainda campo aberto para inteira regulamentação aos interessados, o que significa, e m última análise, que o empresário tomará a decisão que o legislador não teve a coragem de impor, e, é claro, sempre a seu favor.

Embora existisse na Lei normas as quais disciplinavam o tema, havia insegurança jurídica porquanto subsistia indefinição acerca dos direitos de ambos os contratantes acerca da extensão de cada um destes. Ressalte-se que até hoje os contratos firmados antes da entrada em vigência da Lei Atual são regulados de acordo com a antiga norma.

Aliás, com a elaboração da presente Lei de Direitos Autorais, o legislador teve a oportunidade de esclarecer e sanar tais problemas, no entanto, o assunto foi suprimido a do diploma normativo, conforme narra CABRAL, 2003, p. 57:

> A lei atual não disciplinou essa atividade geradora de direitos autorais, o que é uma lacuna imperdoável. Agora fica tudo ao arbítrio de patrões, não raro excepcionalmente poderosos e que poderão impor suas condições. Nessa relação, o autor é sempre a parte mais fraca. E, no caso dos autores assalariados, não há, para eles, qualquer proteção legal.

O autor explica que no Projeto original da Lei 9.610 de 1998 foram inseridos dois artigos referentes às obras feitas em razão de contrato de trabalho, dever funcional e encomenda. Esta redação foi inclusive aprovada pela Câmara dos Deputados, entretanto, quando chegou ao Senado Federal as disposições foram retiradas por conta da pressão de alguns artistas: entendiam que com tais disposições seus trabalhos pertenceriam, incondicionalmente, às empresas, especialmente às televisões.

Concernente à afirmação feita por tais artistas, contesta CABRAL, 2003, p. 57

> Isso não é verdade, porque neles havia uma cláusula de ressalva. O texto era bem claro: "na obra literária, artística ou científica, produzida em cumprimento de dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão ao empregador ou comitente".

O mencionado escritor assevera que com esta exclusão, a lei brasileira seria a única no mundo que não prevê uma situação concreta e comum - que é o trabalho assalariado do autor – visto que com o *lobby* de alguns artistas os quais solicitaram e obtiveram tal medida excludente, os resultados terminaram prejudicando aqueles que, em função do trabalho assalariado, produzem obras de arte.

Na esteira do que vinha sendo delineado, o CABRAL, 2003, p. 58 comenta:

> É evidente que o empregador, ou administrador público, tendo empregados ou funcionários com as atividades específicas de criar determinadas obras de arte protegidas, terá de tomar suas previdências e precauções. É natural que o faça. E certamente o fará, sob pena de não ter direito algum sobre a obra produzida por empregados e funcionários devidamente pagos para realizarem esse trabalho, o que é um absurdo.
>
> E aqui é que vem o reverso cruel da medalha, o desastre gerado pela disciplina legal para esse tipo de atividade. O empregador pode dispensar o artista assalariado, passando a comprar no mercado a obra de que necessita ou ainda pode mantê-lo, mas mediante contrato de cessão total daquilo que produzir [...]. Agora fica tudo ao arbítrio de patrões, não raro excepcionalmente poderosos e que poderão impor suas condições. Nessa relação, o autor é sempre a parte mais fraca. E, no caso dos autores assalariados, não há, para eles, qualquer proteção legal.

BITTAR, entende que a Lei 9.610 de 1998 se dedica desarticuladamente de enunciar algumas regras relevantes em seus art. 46, I c[4]; 51[5]

4 Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução:c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

5 Art. 51. A cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos. Parágrafo único. O prazo será reduzido a cinco anos sempre que indeterminado ou superior, diminuindo-se, na devida proporção, o preço estipulado.

e 54. Assim, o instituto da obra sob encomenda não estaria afastado absolutamente, outrossim, poderiam estes regerem os contratos de acordo com as circunstâncias do caso concreto, individualizando os direitos do elaboradores e os do encomendante.

Destaque-se a redação do Art. 54: "Pelo mesmo contrato pode o autor obrigar-se à feitura de obra literária, artística ou científica em cuja publicação e divulgação se empenha o editor."

CABRAL, 2003, p. 58 sugere:

> Não obstante o artigo 54 trate do contrato de edição, não há contexto apropriado ou qualquer referência expressa à obra feita sob encomenda, que merecia trato especial em face das múltiplas implicações que apresenta esta ausência para o direito autoral e para os autores.

Da situação especial da relação empregatícia, nenhum outro direito adquire a empresa nesse relacionamento. Assim, de um lado, remanescem na esfera do autor os direitos morais e todos os demais direitos patrimoniais não alcançados por sua atuação específica, a menos que os transfira por meio de contratos adequados, que de qualquer modo serão sempre entendidos nos seus estritos limites, obedecidos sempre os direitos morais.

Neste cenário delineado - considerando o vácuo legislativo presente atualmente acerca da matéria de obras sob encomenda – existe uma brecha para a elaboração de contratos com cláusulas abusivas, principalmente, considerando as grandes empresas que podem se valer de seu posicionamento econômico e técnico-jurídico em detrimento dos autores. Paralelamente, pequenas empresas com pouco domínio na matéria podem ser prejudicados por não firmarem contratos específicos ou por estarem até mesmo mal redigidos, sem a observância dos detalhes e especificidades existentes no Direito Autoral. Esta situação pode ser agravada considerando a norma de que os negócios jurídicos devem ser interpretados restritivamente, podendo trazer um desequilíbrio à relação dado o privilégio, muitas vezes injustificado autor.

Na realidade, mister sejam os contratos interpretados de forma teleológica, ou seja, respeitada a sua função e finalidade. Se alguém contrata um escritor para redação de um material didático, por exemplo, certamente está implícita a autorização para uso e reprodução da obra em livros, ainda que ausente a disposição expressa no contrato. No entanto, para o contratante não poderia utilizar para usos outros que não aqueles decorrentes da finalidade principal na qual se insere o contrato.

Essa indeterminação, porém, apresenta riscos. O ambiente normativo atual permite a confecção de contratos cada vez mais globais e perniciosos ao autor sejam firmados, sobre o tema assevera MANSO, 1989, p. 89:

> No caso de obras por encomenda, apenas os direitos que permitam o atendimento do fim da própria encomenda poderão ser considerados como transferidos, enquanto a prova de uma transferência mais ampla fica sempre a cargo daquele que a invocar. [...] Em outras palavras, a transmissão de direitos sobre a obra encomendada deve se limitar ao fim específico para o qual foi elaborado o contrato de encomenda; assim, não pode o comitente se apropriar de todo e qualquer direito patrimonial dela advindo.

Deve-se atentar que no direito industrial e na área de software, as leis disciplinam a matéria. Em resumo, naquela, pertence exclusivamente ao empregador ou contratante as invenções e modelos de utilidade que decorrerem do contrato de trabalho cujo objeto seja pesquisa ou atividade inventiva; pertencerá exclusivamente ao empregado, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador; e a ambos quando o empregador se valer da infraestrutura do empregador.

No que se refere à Lei do Software, a lógica existente é a mesma: pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista,

ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos. Ressalva-se igualmente o direito do empregado que desenvolve de forma autônoma, sem utilizar a infraestrutura da empresa. [6]

Em que pese o Código Civil de 2002 não tratar também da temática, as partes são livres para contratar e é possível calcar os negócios jurídicos de Direitos Autorais nas normas e princípios gerais dos contratos, bem como em outras existentes na própria Lei de Direitos Autorais.

Sobre esta questão, disserta ASCENSÃO, 1997, p. 370

> Não há nomeadamente nada de incompatível entre a categoria dos contratos de Direito de Autor e o recurso aos tipos de Código Civil. Também destes podem resultar efeitos de Direito de Autor. Os contratos regulados na lei de direitos autorais não se pretendem exaustivos. Aliás, disciplinam essencialmente aspectos patrimoniais. A importância saliente dos contratos, entre os vários negócios, implica que os tenhamos prevalentemente em vista.

No entanto, ressalta o autor: "na medida em que a lei recorre a categorias gerais, e não a uma tipicidade taxativa, as partes podem criar figuras não compreendidas por lei." Devendo, portanto, os contratantes atentarem para as possibilidades e proibições existentes no ordenamento jurídico (por exemplo, a questão mencionada do *ghost writer*).

Além disso, é preciso cautela na interpretação dos negócios jurídicos de Direito Autoral. Nos termos do art. 4º "Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.". Para ASCENSÃO, 1997

6 Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos. § 1º Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado. § 2º Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público. § 3º O tratamento previsto neste artigo será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados.

"Procurar nele apenas o que é expresso significa transformar os atos de disposição de direitos derivados em atos literais. Isto não se justifica mais no Direito de Autor que em qualquer outro ramo, e tanto prejudica o autor como os utentes."

> O direito de autor ganha assim um contorno de direito de privilégio, em sentido próprio. Só atende à defesa do autor e não à disciplina justa da relação em que este interenha. Com grande frequência a lei silencia de todo sobre a posição de outra parte. E produz consequências absurdas. Estas regras vao beneficiar afinal entidades que não participam já da fragilidade em que se presume incorrer o autor – nomeadamente as empresas a quem este transmite o seu direito.

Sobre o tema BITTAR tem o seguinte posicionamento: Deverá o intérprete, de início, atentar para o vínculo entre as partes, analisando os respectivos contratos; depois, para o grau de participação de cada qual na elaboração e no resultado final obtido, e, por fim, atentar para a obra em si e suas partes correspondentes, a fim de precisar com segurança, a posição jurídica de cada participante da criação, incluído o encomendante.

Consoante o exposto, entende-se ser necessário aprofundar as incidências das regras interpretativas em direito de autor, mormente diante da ausência normativa que poderia reger as obras sob encomenda. ASCENSÃO, 1997, p. 372 – 373 tem as seguintes conclusões concernentes ao tópico:

> 1) Os direitos derivados não são excepecionais [...] pois a constituição de direitos derivados é o modo normal de exploração da obra.
>
> 2) As concessões não têm de ser expressas, como vimos.
>
> 3) Estes contratos estão sujeitos aos princípios comuns, nomeadamente à prevalência da boa-fé e à sujeição ao abuso do direito.
>
> 4) O "autor" se que protege é apenas o criador intelectual. Só ele estará na posição de fraqueza que justifica a emissão de regras interpretativas especiais.

Em outros termos, para que os negócios jurídicos firmados realmente atendam às necessidades de ambas as partes, de acordo com o

objetivo e finalidade para os quais foi firmado, imprescindível interpretá-lo observando não apenas o que está expresso, ou seja, considerando igualmente as autorizações tácitas, nos termos de ASCENSÃO, 1997 "atendendo ao sentido de certos negócios, devemos neles considerar abrangidos atos de disposição que não contemplados [...] Não interessa a textualidade das palavras usadas mas os interesses que se visaram regular." E complementa o autor:

> numa autorização devem considerar-se compreendidas todas as utilizações que estejam necessariamente associadas àquela que se autoriza. Assim, nenhum sentido teria normalmente uma autorização para reproduzir se depois dessa reprodução o utente ficasse nas mãos do autor, a quem tivesse de solicitar nova autorização, para o efeito de distribuir e vender os exemplares reproduzidos, por exemplo.

Nesta esteira propõe MANSO, 1989, p. 89:

> De fato, se um autor realiza uma obra, sob encomenda (portanto sob a iniciativa de outrem), é porque aceitou a utilização de sua obra, pelo encomendante. Tal utilização será econômica, ou não, de acordo com a pessoa do encomendante: evidentemente, um particular, que encomende o retrato de uma pessoa de sua família, não está mirando uma utilização econômica dessa obra; no entanto, um editor, ou uma emissora de rádio ou de televisão, ou um produtor fotográfico que encomendem, respectivamente, um romance, uma música ou uma telenovela ou uma execução musical, não terão feito tais encomendas para um uso pessoal, de caráter meramente cultural, estético, tendo em vista suas notórias atividades empresariais.

Consoante CHAVES, 1976

> Apartam-se, então, nitidamente, dois campos: aquele de quem encomendou ou custeou a obra, que obtém a cessão da parte patrimonial do direito para a finalidade especificamente convencionada, dispensada a autorização, que é implícita, para a aproveitamento normal e imediato, sem cogitar de outra retribuição, a não ser a combinada; e o do criador material da obra, seu 'pai' intelectual, que conserva todos os direitos morais decorrentes da paternidade.

A ilação obtida é justamente que o negócio jurídico autoriza, salvo disposição contrária, todos os atos que sejam precisos para a consecução

da finalidade buscada com a obra sob encomenda e, por outro lado, o negócio por si não autoriza nenhum ato que ultrapassem aquela finalidade, ressalvada a possibilidade de anuência específica.

4. JURISPRUDÊNCIA EM DADOS

A fim de entender como os Tribunais vêm julgando esta matéria, realizou-se pesquisa nas bases de dados dos seguintes Tribunais, Tribunal de Justiça de São Paulo, do Rio de Janeiro, do Paraná, de Pernambuco e de Santa Catarina, com os seguintes termos de busca "obra sob encomenda"; "obra por encomenda"; e "obra encomendada", obteve-se os seguintes números relacionados ao julgamento de Apelações:

Percebe-se que em São Paulo existe um grande número de julgamento de Apelações envolvendo o tema, chegando a 29 julgados. Em seguida, o Tribunal de Santa Catarina julgou 4 Apelações, ao passo que o restante foi encontrado apenas um. Estranha-se o fato do Tribunal do Rio de Janeiro possuir apenas um, haja vista a quantidade de processos existente nesta região, mormente considerada a forte produção cultural e artística na região. Em que pese terem sido utilizados os mesmos termos de procura, com aspas e sem aspas e até mesmo singular e plural, apenas um único resultado foi encontrado e indaga-se aqui se o sistema de procura possui acuidade e precisão nos seus resultados.

Superado este ponto, o STJ conta com o julgamento de quatro Recursos Especiais que tratam do tema, cuja pesquisa foi feita com os termos idênticos acima mencionados, em que se verificou a origem no Tribunal de Justiça de São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná e Distrito Federal.

Em suma, da leitura dos julgados mencionados, pode-se inferir que os Tribunais brasileiros admitem a possibilidade do Contrato sob Encomenda com a cessão dos direitos patrimoniais do autor ao contratante ou ao empregador. É pacífico que diante da omissão legislativa, a mera relação laboral assalariada ou de prestação de serviços onerosa não pressupõe a cessão, mas tão somente a autorização de uso para o fim a qual se destina, em correspondência com o defendido com os autores estudados.

Veja-se recente decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. CERCEAMENTO DE DEFESA. OBRAS INTELECTUAIS. PROJETO ARQUITETÔNICO. LEI N. 9.610/1998. CESSÃO DE DIREITOS PATRIMONIAIS. MODIFICAÇÃO DO PROJETO ORIGINAL. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.. 3. 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, compreendendo entre elas, os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à arquitetura (art. 7º, Lei n. 9.610/1998) 4. Emergem direitos morais e patrimoniais da criação intelectual para o autor, sendo patrimoniais os que concedem o direito de utilizar, de fruir e de dispor da obra, na sua totalidade ou parte, regulando as relações jurídicas da utilização econômica. 5. Quando a obra de arquitetura nasce sob encomenda, caberá às partes contratantes a especificação quanto à cessão dos direitos patrimoniais, que, então, se circunscreverá aos limites do ajuste, tornando, outrossim, ilícitos usos que extrapolem a referida cessão. 6. Em princípio, as alterações do projeto original só poderão ser feitas pelo profissional que o tenha elaborado, mas estando este impedido ou recusando-se a fazer, comprovada a solicitação, as alterações poderão ser feitas por outro profissional habilitado, a quem caberá sua responsabilidade a partir de então. 7. Recurso especial não provido. (STJ,

REsp 1.290.112 – PR. Relator: Luis Felipe Salomão, Julgado em: 03 de maio de 2016) Em suma, reconhece-se a necessidade de contratantes instituírem negócio jurídico específico para regular possíveis outros usos das obras, sua extensão, limitação, no caso de licenciamento ou de cessão parcial ou total dos direitos patrimoniais. Quanto aos direitos morais geral o entendimento nos Tribunais a sua impossibilidade de transmissão, em congruência com a lei.

5. A REFORMA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS

O Projeto de Lei nº 3133/2012[7] **que tem por escopo a reforma da Lei de Direitos Autorais** prevê duas importantes disposições que suprem os problemas identificados anteriormente.

Sugere-se a seguinte redação para a cláusula referente à interpretação: "Art. 4.º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais, visando ao atendimento de seu objeto.", consagrando justamente a finalidade do próprio contrato em detrimento do que está expresso no instrumento.

Além disso, sobre as obras sob encomenda disciplina de forma detalhada sobre:

7 Diante do desafio de reformar a LDA brasileira, o Ministério da Cultura (na época sob administração de Gilberto Gil) criou o Fórum Nacional de Direito Autoral que, entre 2007 e 2009, realizou diversos encontros e debates entre sociedade civil, artistas, pesquisadores e representantes das indústrias criativas do país. O objetivo desse ciclo de debates e encontros setoriais foi o de "subsidiar a formulação da política autoral do Ministério da Cultura, bem como a possível revisão da legislação existente sobre a matéria e a redefinição do papel do Estado nessa seara", conforme comunicado divulgado pelo Ministério. Com base nessas e em outras reuniões, o Ministério da Justiça preparou um anteprojeto de reforma da lei, posteriormente submetido a uma consulta pública A plataforma ficou aberta entre 14 de junho e 31 de agosto de 2010, e recebeu 7.863 contribuições. Também foram recebidos documentos institucionais e particulares com posicionamentos sobre o texto proposto, os quais foram, igualmente, disponibilizados ao exame do público Todo esse processo deu origem a um anteprojeto de lei mais flexível e consideravelmente mais adequado do que a lei vigente, contemplando a busca de maior equilíbrio com o interesse público, apresentando uma lista expandida de limitações de direito autoral, e entrando em temas como fiscalização da atividade da gestão coletiva (posteriormente alvo de lei própria). Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16664/Reformando%20a%20lei%20de%20direitos%20autorais.pdf?sequence=1

Art. 52-A. **Salvo convenção em contrário, caberá ao empregador, ente público, ou comitente, exclusivamente para as finalidades que constituam o objeto do contrato ou das suas atividades, o exercício da titularidade dos direitos patrimoniais das obras: I – criadas em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho; II – criadas em cumprimento de contrato de encomenda**, inclusive para os efeitos dos art. 54 e 55 desta Lei. §1.º **O autor conservará seus direitos patrimoniais com relação às demais modalidades de utilização da obra, podendo assim explorá-la livremente**. §2.º A liberdade conferida ao autor de explorar sua obra, na forma deste artigo, não poderá importar em prejuízo injustificado para o empregador, ente público ou comitente na exploração da obra. §3.º A **retribuição pelo trabalho ou encomenda esgota-se com a remuneração ou com o salário convencionado, salvo disposição em contrário**. §4º Será restituída ao autor a totalidade de seus direitos patrimoniais sempre que a exploração da obra objeto de contrato de encomenda não se iniciar dentro do termo inicial contratualmente estipulado, nas seguintes condições: I – quando houver retribuição condicionada à participação na exploração econômica da obra, não sendo neste caso o autor obrigado a restituir as quantias recebidas a título de adiantamento de tal modalidade de retribuição; II – quando houver retribuição não condicionada à participação na exploração econômica da obra, desde que o autor restitua as quantias recebidas a título de tal modalidade de retribuição. §5.º Para efeitos do § 4.º, no caso de não haver termo contratualmente estipulado para a exploração econômica da obra, o autor recobrará a totalidade de seus direitos patrimoniais, no prazo de um ano da entrega da obra, obedecidos os critérios de restituição previstos nos incisos I e II do §4.º. §6.º Os contratos de obra sob encomenda far-se-ão sempre por escrito. §7.º O autor terá direito de publicar, em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano do início de sua comercialização pelo encomendante, salvo convenção em contrário. §8.º Não havendo termo fixado para a entrega da obra, entende-se que o autor pode entregá-la quando lhe convier. §9.º Serão nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que limitem o exercício dos direitos morais pelo autor da obra encomendada, observado o disposto no art. 24 § 3.º. §10. As disposições deste artigo não se aplicam: I – aos radialistas, aos autores e aos artistas intérpretes ou executantes cujo exercício profissional é regido pelas Leis n.º 6.533, de 24 de maio de 1978, e n.º 6.615, de 16 de dezembro de 1978, sendo-lhes devidos os direitos autorais e conexos em decorrência de cada publicação, execução ou exibição da obra e vedada a cessão ou a promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços ou da relação de emprego; II – às relações que digam

> respeito à utilização econômica dos artigos publicados pela imprensa, regidas pelo art. 36 desta Lei; III – às relações decorrentes de contrato ou vínculo de professores ou pesquisadores com instituição que tenha por finalidade o ensino ou a pesquisa; IV – quando a criação exceder claramente o desempenho da função, ou tarefa ajustada, ou quando forem feitos usos futuros da obra que não haviam sido previstos no contrato; V – aos profissionais regidos pela Lei no 5.194, de 24 de dezembro de 1966; VI – às produções de obra audiovisual de natureza não publicitária."

Da leitura do caput se extrai a regulação da matéria, em que se estabelece a titularidade do direito patrimonial ao contratante/empregador exclusivamente para as finalidades que constituam o objeto do contrato, em consonância com o propugnado com os autores e jurisprudência assinalados.

Uma vez que não é do intuito desta pesquisa fazer uma análise sobre a proposta contida no Projeto de Lei, sugere-se para trabalhos futuros a reflexão e até críticas acerca do texto transcrito, bem como seu impacto e consequências.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão obtida é de que a obra sob encomenda é instituto imprescindível para a circulação de obras culturais e devida remuneração laboral e contratação de artistas. Considerando o direito patrimonial de autor, dentro do sistema do *droit d'auteur*, este nasce com o autor e somente depois há sua transferência a terceiros.

A fim de manter a segurança jurídica das partes, dada a ausência no ordenamento jurídico de normas que disciplinem a matéria, o ideal é que contratantes firmem contrato regulando cessão e licenciamento de direitos autorais, sua extensão e limites. No entanto, no caso de ausência de estipulação *intra partes*, devem estes e intérpretes se calcarem em outras normas constantes no diploma de direitos autorais, no Código Civil e em princípios tais como a boa-fé contratual e a vedação ao abuso de direito.

Assim, a doutrina e a jurisprudência seguem na linha de que a interpretação deve buscar a finalidade do contrato e garantir ao

contratante todos os usos considerados necessários para a execução do negócio jurídico, por sua vez, ao autor é garantido que não será realizado qualquer outro uso diferente do imprescindível para o consectário lógico.

Outrossim, o Projeto de Lei que reforma a Lei de Direitos Autorais possui redação que visa suprir esta deficiência encontrada no ordenamento jurídico, assegurando às partes legalmente seus direitos enquanto autor e contratante.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____, Carlos Alberto. **Direito de autor na obra feita sob encomenda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

_____. Carlos Alberto. ACHAR

CABRAL, Plínio. **A Nova Lei de Direitos Autorais**. 4ª ed. São Paulo: Harbra, 2003.

CHAVES, Antonio. **Obra Criada no Âmbito de um Contrato de Trabalho.** Obra sob Encomenda. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66773

COSTA NETTO, José Carlos. **Direitos de Autor e os que lhes são conexos na relação artistas/autores com empresas produtoras e usuários de obras intelectuais**. In: Reflexões sobre direito autoral. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, Departamento Nacional do Livro, 1997.

MANSO, Eduardo Vieira**. Contratos de direito autoral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

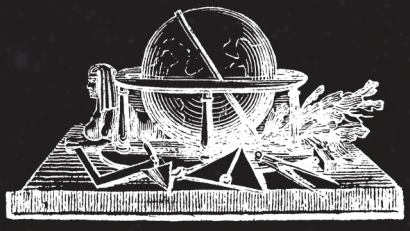
RHEIA, Jessica; MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Reformando a lei de direitos autorais: desafios para o novo governo na área da cultura.** Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16664/Reformando%20a%20lei%20de%20direitos%20autorais.pdf?sequence=1

SAVIGNON, Larissa Tristão; FURTUNATO, Kone Prieto. **Os direitos autorais do ghost-writer.** Disponível em: http://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-10

SOUZA, Carlos Affonso de. O Abuso do Direito Autoral nas Relações Contratuais. In: WACHOWICZ, Marcos; PRONER Carol. Inclusão Tecnológica e Direito à Cultura. **Movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 121 – 160.

VIZZOTTO, Rafael Antonio Luzia. **Direitos Autorais sobre Obra Produzida em Benefícios de Terceiros: Uma Classificação Possível.** Disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31489/1525%20RAFFAEL%20ANTONIO%20LUZIA%20VIZZOTTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

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



NOVOS DIREITOS AUTORAIS PARA UMA CULTURA DE LIBERDADES DE CRIAÇÃO SOB OS PARÂMETROS DOS DIREITOS HUMANOS

Autor: Alexandre Henrique T. Saldanha
Instituição: Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP)

Resumo: Este trabalho possui como proposta a de fomentar o debate sobre a necessidade de repensar o sistema de direitos autorais não somente pátrio, mas também em nível internacional, considerando as interações culturais que ocorrem entre países, principalmente levando em consideração a hiperconectividade promovida pela rede mundial de computadores. A ideia central é a de que o contexto sociocultural contemporâneo demanda novas dimensões de liberdades, associadas à interatividade e participação do cidadão na criação de seu patrimônio cultural. Diante disto, o modelo tradicional de direitos autorais, baseado em concessões de exclusividades e criações de proibições de acesso, torna-se anacrônico, surgindo a necessidade de repensa-los, considerando as exigências e características da cibercultura. O trabalho é feita com um certo relativismo, pois não envolve análise de uma legislação específica, nem é inserido num contexto geográfico determinado, pois propõe uma rediscussão dos fundamentos dos direitos autorais enquanto categoria de direitos.

Palavras-chave: Direitos Autorais, Liberdades Fundamentais, Direitos Humanos.

1. INTRODUÇÃO

No contexto contemporâneo da chamada cibercultura, as exigências de participação cidadã recebem outras dimensões que variam desde questões de engajamento político até novas exigências quanto às relações de consumo, considerando o surgimento dos chamados "proconsumidores". A proposta deste trabalho é fomentar o debate sobre como reivindicar participação na criação de produtos culturais, utilizando as possibilidades surgidas com as ferramentas tecnológicas do século XXI e as potencialidades de interatividade promovidas pela rede mundial de computadores, diante dos direitos de exclusividade surgidos com os rigores das normas de direitos autorais.

A proposta envolve considerar movimentos recentes, como Software livre, *Creative Commons* e o *Crowdfundings* como manifestações que simbolizam reivindicações sociais pela democracia na criação do patrimônio cultural, tendo como fundamento um direito humano à liberdade de criar e de criar em colaboração, rompendo, ou ao menos diminuindo com monopólios e oligopólios criados pelos instrumentos legais que regularizam os usos e reproduções das criações artísticas, propondo não novas interpretações das normas vigentes de direitos autorais, mas sim a criação de novos parâmetros normativos destes direitos.

Em outros termo, diante da cibercultura e das alterações de comportamento por ela provocadas, aqui especificamente os que envolvem a liberdade de usar da criatividade, é necessário pensar em outros direitos autorais, fugindo de seus paradigmas tradicionais até então vigentes.

2. A INADEQUAÇÃO DAS NORMAS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA O EXERCÍCIO DA CRIATIVIDADE NA CIBERCULTURA

Há quem nomeie o atual estágio de interação do homem com a tecnologia da informação como sendo a "era da informação", a da "sociedade

informacional" ou qualquer expressão semelhante, que represente uma espécie de redimensionamento do valor da informação, da produção e reprodução do conhecimento, das práticas sociais que envolvem trocas de informações e saberes. No entanto, é criticável o uso desta expressão, já que toda sociedade tem sua relação com o grau de informação acessível e com as formas de acessa-la. É mais característico da contemporaneidade, a cultura cibernética criada um, pelo grau de interação e convívio do homem com as máquinas que representam tecnológicas da informação e, dois, pelo ambiente digital criado pela conexão da rede mundial de computadores, permitindo acesso e troca de inimaginável (até então) quantidade de informação.

Este acesso à informação é uma característica da chamada cibercultura, expressão que representa uma série de impactos socio-culturais das tecnologias digitais na sociedade. Pierre Lévy usa a expressão "dilúvio de informação" na contemporaneidade, defendendo inclusive que trata-se de um caminho sem volta, característica da qual os tradicionais institutos sociais devem ficar acostumados e assim saber conviver. (LÉVY, 2010, p. 163). Esta transformação cultural, pode-se dizer, é uma consequência de revoluções no setor de tecnologias da informação. Nesta tecnologia inclui-se todo o conjunto de tecnologias em microeletrônica, computadores, telecomunicações e ainda aspectos tecnológicos da engenharia genética (CASTELLS, 2002, p. 67).

A informação e o domínio dos meios de conhecimento neste contexto cultural se tornam fatores de real influência nos negócios, no mercado e em qualquer setor produtivo. A informação vira objeto de uma tecnologia, que por sua vez se torna a causa de uma verdadeira revolução, da mesma forma como fora a energia elétrica para a revolução industrial (CASTELLS, 2002, p. 68). Informação que gera informação, conhecimento que gera conhecimento, parecem ser chaves de uma nova maneira de comportamentos socio-econômicos, em outros termos, "O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e informação,

em um ciclo de realimentação cumulativo entre inovação e seu uso". (CASTELLS, 2002, p. 69).

Para promover esta revolução, aumentando o fluxo de informações e conhecimento, desenvolvendo substancialmente as comunicações interpessoais e gerando novos modelos de produção econômica, adveio a internet como instrumento principal, um verdadeiro estopim. A internet possui um índice de penetração social mais rápido do que qualquer outro veículo de comunicação que se tem notícia na história, levando apenas três anos para criar uma rede mundial, numa situação em que o rádio levou trinta anos e a própria televisão levou quinze. (CASTELLS, 2002, p. 439).

Pelas normas tradicionais que regulamentam a propriedade intelectual concentra-se no autor toda a gestão da coisa criada, devendo qualquer uso ser analisado por ele para autorização, ou não autorização, do que pretende ser feito com sua obra. Além disto, ainda após o falecimento do responsável pela criação, a obra criada permanece inacessível para uso alheio por longos anos, antes de tornar-se domínio público. Tais regras poderiam parecer razoáveis se não houvesse problemas e exageros na interpretação e aplicabilidade delas.

Nem sempre o responsável pela criação de uma obra detém seus direitos autorais, recaindo na maioria das vezes sobre as mãos de grandes empresas e corporações que criam uma espécie de monopólio na difusão cultural, dificultando a possibilidade de criação derivada do que foi criado antes. Em outros termos, este monopólio gerado pela alta concentração dos direitos autorais dificulta, ou impossibilita, outras atividades criativas, que seriam possíveis se existisse maior liberdade para realiza-las.

Além deste problema do rígido controle da criação, inibindo criações posteriores, as regras de propriedade intelectual podem ser aplicadas de uma forma tal que práticas bastante comuns na atualidade, como fazer *downloads* de músicas, podem ser consideradas ilícitas e assim capazes de gerar indenizações judiciais. Em outra perspectiva, a rígida concentração dos direitos autorais pode ser considerada antidemocrática, uma vez que inibe criatividade, criatividade esta que reflete uma exigência fundamental para pleno exercício da personalidade, assim configurando um direito humano.

Se uma pessoa de poucos recursos tiver uma brilhante ideia com base em uma história, um personagem, uma música de outro autor, ela só poderá explorar a sua própria ideia se tiver condições de contratar advogado para pedir autorização a quem detém direitos autorais, que só liberará mediante pagamento. O que pode não acontecer e daí a brilhante ideia não foi desenvolvida. Mas, a questão da melhor configuração para direitos autorais e sua adequação a direitos humanos na cibercultura está longe de ser resolvida. De um lado está a corrente que defende controle total e absoluto de quem detenha a propriedade (como os defensores do *copyright*), do outro lado um movimento subversivo radicalmente oposto ao primeiro, que defende a abertura total dos direitos autorais e até a ausência de propriedade particular intelectual (como o movimento do *copyleft, free software* etc.). Numa espécie de meio termo, criticando os primeiros, mas não de forma tão radical quanto os segundos, estão aqueles que buscam um sistema alternativo de detenção de direitos autorais no qual haja a propriedade, mas não tão fechada a usos e fruições (como os defensores das licenças *creative commons*).

Sobre o tema, Lawrence Lessig apresenta argumentos a favor de uma reanálise da aplicação das normas que regem a propriedade intelectual, sendo esta obra um dos fundamentos da criação do *creative commons*. Ao fazer uma análise histórico-crítica dos direitos autorais o autor defende ostensivamente que há desvios na propriedade intelectual:

> [...] em nossa tradição, a propriedade intelectual é um instrumento. Ela estabelece as bases para uma sociedade muito criativa, mas permanece subordinada ao valor da criatividade. O debate atual inverteu as coisas. Andamos tão preocupados em proteger o instrumento que estamos perdendo de vista o valor.
>
> A fonte dessa confusão é uma distinção que a lei não se importa mais em traçar – a distinção entre republicar a obra de alguém e, por outro lado, criar a partir ou transformar essa obra em outra. (LESSIG, 2005, p. 36).

Partindo desta não distinção feita pelos direitos autorais do que é copiar e o que é criação derivada, é possível defender que esta forma de aplicar a regra limita e inibe a criatividade, a partir do momento que

impede que bons produtos culturais surjam com inspiração em outra obra, exceto se o criador tiver condições para arcar com gastos para autorização.

> A consequência dessa incerteza legal, amarrada a penalidades extremamente altas, é que ou uma quantidade imensa de criatividade nunca será exercida, ou nunca será exercida publicamente. Nós conduzimos este processo de criatividade de forma escondida, elegendo os "piratas" Walt Disney dos tempos modernos. Impossibilitamos que executivos confiem em domínios públicos, porque as fronteiras de um domínio público são projetadas para não serem claras. Não vale a pena fazer nada a não ser pagar pelo direito de criar, e apenas aqueles que podem pagar têm o direito de criar. (LESSIG, 2005, p. 185).

Por meio de ações judiciais, manobras empresariais e interpretações normativas mantém-se a propriedade intelectual numa perspectiva privativa, mantendo a produção cultural sob controle de corporações, impedindo assim criações e criadores. Em determinada perspectiva, esta discussão envolve questões de excessos nos rigores de fechamento apresentados pelos direitos autorais. Provavelmente, há pessoas capazes de criar uma história, uma poesia, uma música com base em criações alheias, mas que pelo regramento atual não poderá se não pagar para receber autorização.

Estas inadequações do sistema tradicional dos direitos de autor em relação a práticas comuns, ou considerada comuns, da cibercultura podem ser superadas caso sejam analisadas pela ótica dos direitos humanos e da participação democrática na criação do patrimônio cultural. Os direitos humanos serviriam nesta discussão como uma espécie de argumento "rebelde", por promoverem uma quebra dos fundamentos dos direitos de exclusividade proporcionados pela tutela legal dos direitos de autor. É importante que o argumentos dos direitos humanos deixe de ser utilizado como ferramentas retórica útil à manutenção dos esquemas de poder e que volte a ser usado num contexto revolucionário como é o destas relações entre propriedade intelectual, cultura livre e novas tecnologias.

3. O ARGUMENTO DOS DIREITOS HUMANOS COMO ELEMENTO SUFICIENTE PARA TRANSFORMAR AS NORMAS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E PROMOVER DEMOCRACIA NA CIBERCULTURA

Com o argumento dos direitos humanos orientando o surgimento de uma nova cultura para direitos autorais, haveria uma maior abertura democrática, uma vez que a democracia surge com conteúdo revolucionário, regularmente associado com novas mentalidades e quebra de paradigmas, "Para compreender a importância da revolução democrática (que Tocqueville sentiu a estudou como criadora de uma nova era histórica), basta notar que ela aparece, na vida do Ocidente, não como simples regime, mas como uma nova mentalidade". (SALDANHA, 1969, p. 141). O mesmo autor continua, "[...] o status nascente da democracia era o de regime polêmico, surgido dentro da argumentação contra outro regime, com a obrigação antecipada de justificar-se como derrubador de leis e modificador da história". (1969, p. 141). E ainda, "[...] a própria ideia de revolução – é importante – foi adotada pela mentalidade democrática [...]" (1969, p. 142).

É necessário rebuscar este conteúdo revolucionário que deslegitima normas jurídicas para orientar uma cultura de permissão e participação na criação de produtos culturais. Ainda considerando a necessária adequação dos direitos de autor às diretrizes humanistas, vale frisar que não existe um conteúdo fixo e definitivo de quais são os direitos considerados humanos, ou fundamentais (pois neste contexto a diferença de termos é irrelevante), sendo sua determinação depende mais de circunstâncias sócio-político-culturais do que de previsões normativas.

Sendo assim, ao mesmo tempo que a expressão direitos humanos fundamenta uma série de movimentos realmente interessados em desenvolver políticas humanistas fundamentais, ela pode ser usada por uma corporação, por campanhas políticas, por estados estrangeiros, no intuito de camuflar outros interesses no mais das vezes privados. Esta característica polissêmica dos direitos humanos pode assim permitir falar num direito

fundamental de criação, ou acesso à criação, de culturas. "O acesso à cultura é objeto de direito fundamental." (ASCENÇÃO, 2011, p. 9).

Se é possível arguir por um direito humano fundamental de participação na criação do domínio público cultural, a lógica das regras tradicionais de propriedade intelectual, inibindo atividades criativas, seria então um limite a este direito. E assim, a abertura da cultura livre funcionaria como instrumento de realização, ou satisfação, deste direito. Veja-se o seguinte:

> Comparando o direito de acesso à cultura com o direito de autor, devemos reconhecer a superioridade hierárquica do direito de acesso à cultura. [...] o acesso à cultura tem um evidente fundamento de interesse social e de desenvolvimento, neste caso cultural, do país. A proteção meramente patrimonial do direito do autor coloca-lo em inferioridade hierárquica perante os direitos ligados à promoção cultural. (ASCENÇÃO, 2011, p. 18).

O mesmo autor continua:

> [...] não basta afirmar que o direito de autor fomenta a criatividade, que sem criatividade não há cultura, não basta esta visão unilateral, porque sem acesso ao patrimônio cultural também não há cultura. Só se desenvolve o diálogo se as pessoas estiverem em condições de efetivamente participar. Então surge a necessidade de encontrar em concreto os pontos de equilíbrio que resolvam o conflito no nível mais alto de satisfação recíproca dos interesses em presença. (2011, p. 20).

Esta diferença hierárquica defendida pelo autor acima citado é relevante para colocar o argumento do direito humano de acesso à cultura frente a outros argumentos que bloqueiam este acesso. Em outros termos, para falar em acesso livre à cultura, ou em acesso à cultura livre, é discutir também rupturas de padrões legais, quebras de mentalidades e renovações sociais. Para isto, é necessário lembrar, como dito no início do tópico, que a própria ideia de democracia surge com conteúdo revolucionário capaz de derrubar instituições, e institutos, consolidados. E da mesma forma ocorreu com o discurso dos direitos humanos.

Discutir direitos humanos precisa partir da ideia de quebras, revoluções e crises, para que estes argumentos não sejam usados como discurso retórico, que ao final das contas mantém as coisas como estão.

> O pensamento e a ação oficiais quanto aos direitos humanos têm sido entregues aos cuidados de colunistas triunfalistas, diplomatas entediados e abastados juristas internacionais em Nova York e Genebra, gente cuja experiência com as violações de direitos humanos está confinada a que lhe seja servido vinho de péssima safra. No frigir dos ovos, os direitos humanos foram transformados de um discurso de rebeldia e divergência em um discurso de legitimidade do Estado. [...] Enquanto isso, a democracia e o Estado de direito são cada vez mais usados para garantir que as forças econômicas e tecnológicas não estejam sujeitas a qualquer outro fim que não o da sua própria expansão contínua. (DOUZINAS, 2009, p. 25).

As ideias apresentadas até aqui servem, em resumo, para defender que o discurso dos direitos humanos possui validade em diversos contextos diferentes, servindo tanto para revolucionar, alterar sistemas e quebrar regras, quanto para manter apatias, hegemonias e dogmas. "O hiato entre o triunfo da ideologia dos direitos humanos e o desastre da sua aplicação é a melhor expressão do cinismo pós-moderno, a combinação de iluminismo com resignação e apatia [...]" (DOUZINAS, 2009, p. 30). Associando esta ideia ao problema apresentado nesta pesquisa, o discurso dos direitos humanos pode ser usado, em sua verve revolucionária, para alterar a forma como a propriedade intelectual vem sendo regida, democratizando o acesso à cultura.

Para isto não se foge da complexidade da equação necessária de usar um argumento jurídico, os direitos humanos, para quebrar outro, o domínio privatista da propriedade intelectual. Tornando-se ainda mais complicada se a noção de liberdade for a de liberdade concedida por lei, como, por exemplo:

> [...] a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado Constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais [...] (SARLET, 2012, p. 59).

Estas ideias de proteção juridicamente mediada, programada e controlada por órgãos, ao mesmo tempo que legitimam racionalmente

os direitos de liberdade, podem servir para manter, preservar e até bitolar também as liberdades, o que por sua vez pode ser útil para satisfazer interesses de diversas naturezas. O argumento da proteção juridicamente controlada dos direitos humanos falha perante uma situação para a qual não há reconhecimento jurídico (ou legal) da existência de um determinado direito humano.

Como exemplo, o acesso à cultura livre não é pacificamente reconhecido como direito fundamental humano, mas uma oposição a uma barreira de criação livre pode ser feita levando em consideração outros argumentos senão o normativo.

> Princípios e direitos fazem parte da lei, não apenas porque se ajustam a escolhas e decisões jurídicas passadas, mas também porque as justificam a partir do ponto de vista da moralidade política substantiva. Se eu me oponho, portanto a um ato como violação de direitos humanos, embora ele não tenha sido legalmente reconhecido como tal, devo empregar um tipo de argumento que explique que o ato contestado não condiz com compromissos ou princípios profundos, os quais nosso sistema jurídico e político altamente valoriza. (DOUZINAS, 2009, p. 255).

Assim, se o discurso dos direitos humanos pode servir para fundamentar uma série de atos, políticas e normas que talvez não representem um valor, ou compromisso profundo com o autor acima, pode também fundamentar a quebra de parâmetros na propriedade intelectual e exploração cultural, uma vez que isto representaria uma pretensão de maior liberdade criativa e democratização do acesso à cultura. Como analisado, as regras tradicionais de direitos autorais e propriedade intelectual mantém todos os direitos da criação reservados ao autor. Acontece que nem sempre o real autor é o beneficiário destes direitos e esta reserva impede criatividade e participação na criação, assim ofendendo aspectos democráticos do acesso a bens culturais.

Ocorre que os direitos autorais já vêm sendo redimensionados, tanto teórica quando praticamente. Isto em decorrência das práticas digitais, ou da era digital como querem alguns, que gera novos problemas, questões e também soluções. Associando com o tema discutido:

> A era digital confronta-nos com grandes questões no que respeita ao acesso à cultura. Altera radicalmente as comunicações. Traz potencialidades inimaginadas para a criação, expansão e acesso à cultura. Possibilita novos usos criativos na internet. [...] Os meios radicalmente novos exigiam um novo Direito, o que só lentamente se vai fazendo. (ASCENÇÃO, 2011, p. 31).

Evidente que a digitalização das práticas sociais requer desafios para a aplicabilidade das normas jurídicas, pois as novas tecnologias trazem em si um algo revolucionário inevitável.

> Dentro do tema direito e realidade em face da evolução tecnológica, a questão do software livre e do software proprietário é uma das mais paradigmáticas. Ela deixa claro que um dos principais desafios do jurista de hoje é pensar sobre a repercussão do direito de propriedade intelectual sobre circunstâncias de fato completamente novas, ponderando sobre caminhos para sua transformação e as consequências das opções jurídicas. (LEMOS, 2005, p. 65).

Exatamente neste ponto das opções jurídicas está uma questão relevante: diante das novas tecnologias de transmissão e armazenamento de dados, ainda é adequada a razão jurídica tradicional dos direitos autorais exclusivos? Se a opção for pelo sim, interpretações exageradas, como a prisão de alguém fazendo um download, serão legítimas. Por motivos de adequação à cibercultura e às contemporâneas exigências de acesso à cultura e às liberdades de participação parece adequado buscar alternativas. Daí terem surgidos tecnologias e movimentos que representam esta busca por modelos de direito autoral mais compatíveis com a cibercultura. O *Creative Commons* representa um modelo alternativo de registrar propriedades intelectuais diferente do tradicional modelo de "todos os direitos reservados". É um projeto internacional que disponibiliza licenças flexíveis, ou seja, permitem que o autor escolha reservar alguns direitos mas disponibilize outros para uso alheio. Oferece, ao mesmo tempo, garantia aos autores e liberdade de criação.

> [...] o Creative Commons cria instrumentos jurídicos para que um autor, um criador ou uma entidade diga de modo claro e preciso, para as pessoas em geral, que uma determinada obra intelectual sua é livre para distribuição, cópia e utilização. Essas licenças criam uma alternativa ao direito da propriedade intelectual tradi-

> cional, fundada de baixo para cima, isto é, em vez de criadas por lei, elas se fundamentam no exercício das prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir o acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utiliza-los e criar sobre eles. (LEMOS, 2005, p. 83).

Somado ao *Creative Commons* está outro movimento que vem crescendo também em nível internacional no intuito de diminuir o controle de grandes produtoras e corporações dos eventos culturais, promovendo uma abertura democrática no processo de fomento a estes tipos de eventos. O *Crowdfunding*, aportuguesado para financiamento coletivo ou colaborativo, é uma prática na qual um grupo de pessoas interessadas num evento cultural capta em diversas fontes de investimento recursos necessários para realização deste. Ao entrar no site www.catarse.me, por exemplo, verifica-se com facilidade a proposta do *crowdfunding*: "Faça acontecer os projetos em que você acredita. Financie projetos de maneira colaborativa e torne-se parte de algo maior".

Existe algo bastante democrático em ajudar a financiar o próprio evento cultural que pretende curtir sem ter uma megacorporação como intermediária. Isto pode inclusive diminuir os custos e assim promover melhor acesso à cultura. Então, o *creative commons* age no sentido de abrir a cultura enquanto o *crowdfunding* no sentido de democratizar a fruição de culturas. E o discurso dos direitos humanos para quebrar paradigmas e legitimar ambos. Cabe frisar um aspecto relevante deste debate. Estas técnicas de "abertura cultural" examinadas logo acima além de democratizarem o acesso à cultura e retomar a possibilidade de um discurso subversivo dos direitos humanos promove também algo com conteúdo democrático que é o de impedir domínios e hegemonias culturais indesejáveis.

O domínio e manutenção desta cultura interessam aos grupos oligárquicos que controlam a produção cultural, que têm nas regras tradicionais de direitos autorais instrumentos fortes para seus objetivos. Objetivos estes que provavelmente não estão relacionados com a democratização da criação. [...] os *mass media* encorajam uma visão passiva e acrítica do mundo. Desencoraja-se o esforço pessoal pela posse de uma nova experiência. (ECO, 2004, p. 41).

Não incentivado a participar da criação cultural, ciente de que se usar de obra alheia poderá sofrer graves penalidades judiciais, cabe ao cidadão fruir de qualquer cultura que lhe seja apresentada como sendo sua.

> Logo perceberá que seu projeto tropeça no do próximo, como a vida do próximo restringe a sua. [...] o desânimo o levará a renunciar não só a todo ato, mas até mesmo a todo desejo pessoal, e ele buscará a solução oposta: imaginará uma vida *standard,* composta de desiderata comuns a todos, e verá que para consegui-la será necessário solicitá-la ou exigi-la coletivamente com os demais. Daí a ação em massa. (ORTEGA Y GASSET, 2007, p. 28).

Porém, este controle da produção cultural e a imposição de uma cultura de massa esbarram no desenvolvimento de novas mentalidades e de novas tecnologias que habilitam a participação individual e coletiva na criação. O indivíduo estável e indócil que satisfaz os interesses oligárquicos pode agora querer criar sua cultura.

> A assim chamada "crise de identidade" é vista como parte de um processo mais amplo de mudança, que está descolando as estruturas e processos centrais das sociedades modernas e abalando os quadros de referência que davam aos indivíduos uma ancoragem estável no mundo social (HALL, 2005, p. 7).

A identidade antes vendida como produto de consumo passa a ser encarada como uma "comunidade imaginada" (HALL, 2005. p. 51). E assim as ideias se encaixam com a disponibilidade das novas técnicas e tecnologias mencionadas. Pensar no controle da cultura por uma imposição de produtos de identidade discutível, impedir que cidadão participe da criação e tenha pleno acesso à cultura e restringir a quantidade de autores criativos estão longe de caracterizar aspectos democráticos. As ferramentas já foram mencionadas. O *Creative Commons* é capaz de abrir o leque de ações criativas, permitindo que mais criações sejam realizadas em cadeia. O *Crowdfunding* permite que pessoas em conjunto criem seus eventos culturais, sem necessidade de imposições por intermediários.

Ambos chocam com a ideia da passividade do cidadão, pois este passa a poder efetivamente criar e participar de criações, permite que ele seja inserido numa comunidade democrática de criação cultural. Para ter

um respaldo jurídico estas ideias fazem ressurgir o conteúdo subversivo dos direitos humanos, pois regras precisarão ser relativizadas e mercados precisarão ser remoldados. Nada diferente do que já foi feito sob o argumento dos direitos humanos.

4. CIBERCULTURA E PARTICIPAÇÃO: NOVOS DIREITOS AUTORAIS PARA NOVAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS

O fato do sistema tradicional de proteção legal a conteúdo autoral criar limites às liberdades de expressão surge de seu cunho patrimonial, do fato deste sistema poder ser usado para satisfazer interesses patrimoniais. O *copyright*, expressão que representa o sistema norte-americano de tutela legal das criações autorais, deu cabimento a distorções em sua própria aplicação, já que tem como proposta uma clausura de possibilidades de uso de conteúdo cultural.

Este modelo de direitos autorais surge como forma representativa de pretensões hegemônicas de uma classe dominante, resultando não exatamente de uma conquista de criadores, mas da uniformização dos esforços de livreiros e editores para conter a reprodução descontrolada de obras de arte, e assim preservar seus interesses econômicos. (FRAGOSO, 2012, p. 156). Então, apesar do conteúdo pessoal, está na essência do direito de autor, sua natureza econômica.

A conotação econômica dada aos direitos autorais, com seu esquema de autorizações, usos exclusivos e direitos reservados, interessa a uma determinada classe que, de início detinha os meios necessários para expressar as manifestações criativas. Os direitos reservados de uso de bens culturais se concentrados indevidamente permitem a criação de uma espécie de oligopólio cultural, pois seriam as empresas de transmissão e distribuição desse conteúdo que ditariam as regras do mercado de culturas, cabendo ao sistema legal não permitir que qualquer pessoa crie algo próximo, ou derivado do que já está sob "proteção". Este raciocínio se enfraquece quando os donos dos veículos de intermédio (editoras, gravadoras dentre outros) enfrentam os novos meios de divulgação e

expressão, como a internet, e novos comportamentos sociais típicos da cibercultura, como o dilúvio de informações e o compartilhamento de dados digitais.

Apesar de sua origem remeter a esquemas de espionagem militar, a internet surge para a sociedade civil como um instrumento que promete uma quase irrestrita liberdade de acesso à informação e um potencial até então inatingível de participação democrática, seja em discussões políticas, seja em produção artístico-cultural. Numa determinada perspectiva o ciberespaço promete realizar ideais da modernidade, pois nele a igualdade se manifesta pela possibilidade de cada pessoa, independente de suas características, expressar informações, a liberdade surge por meio das possibilidades de acesso, navegação e comunicação, e a fraternidade vem como consequência das conexões promovidas em ambiente virtual. (LÉVY, 1999, p. 254). É possível que estas promessas fiquem apenas em planos abstratos e não se materializem, até porque para isso seria necessário que cada cidadão do mundo possuísse meios para acessar a rede, o que não ocorre por causa de inúmeros problemas envolvendo a inclusão digital. Porém, os impactos da cibercultura nas liberdades de expressão e criação, bem como na forma de pensar os direitos autorais são bastante significativos.

Se antes os donos dos meios necessários para se expressar possuíam mecanismos para criar uma espécie de oligopólio da comunicação, hoje com a internet é consideravelmente mais fácil driblar as grandes corporações e poder se expressar. Com um simples vídeo posto em um blog individual, um criador pode exibir sua produção, seja ela um curta, um clipe ou uma animação. Uma banda pode oferecer gratuitamente em seu website suas composições até então não registradas por uma grande empresa para poderem assim divulgar sua arte. Simples exemplos que demonstram que a internet potencializa as possibilidades de se expressar.

Não é apenas nos meios de comunicação que a cibercultura provoca impactos, mas também na própria forma de comercializar, de disponibilizar e apresentar uma modalidade de expressão artística. Tradicionalmente se entende que uma obra protegida por direitos autorais é aquela "que

constitui exteriorização de uma determinada expressão intelectual, inserida no mundo fático em forma ideada e materializada pelo autor". (BITTAR, 2004, p. 23). E que esta obra tutelável pelo direito requer esforço intelectual de seu autor que produz um bem a ser inserido materialmente na realidade fática. (BITTAR, 2004, p. 23). Porém, como antes já analisado, esta interpretação tradicional do objeto dos direitos autorais se torna no mínimo problemática na contemporaneidade imersa na cibercultura.

Um dos motivos dessa incompatibilidade seria a própria inexistência de suporte fático para afirmar que a obra deve estar materializada em algo. Isto porque o ambiente digital não requer materialização da arte para considerá-la como legítima manifestação do espírito criativo. Outro motivo seria o de que o modelo tradicional de tutela da produção artístico-cultural exigia um intermediário (o que fornecia o intermédio), e com a internet esta intermediação não é mais necessária, devolvendo ao artista (o criador propriamente dito) o controle sobre sua obra, caso assim o opte. Diversas características da cibercultura, (participação, coletividade, conectividade, virtualidade e outras) provocam um declínio do modelo de negócio baseado no esquema autor e intermediário. (LÉVY, 1999, p. 139).

A internet e a cibercultura demonstram então não apenas um potencial para dinamizar o exercício de liberdades fundamentais, como também potencial para mexer na produção econômica, na forma como negócios são feitos, talvez principalmente naqueles negócios cujo objeto seja informação ou arte. A criatividade volta a ser incentivada pelas práticas da cibercultura, tornando-se um grande negócio seja com fins lucrativos, seja apenas para participar da produção de cultura. A cultura do digital "promete um mundo de criatividade incrivelmente diversa que pode ser fácil e amplamente compartilhada. E à medida que tal criatividade se aplicar à democracia, será possível que uma vasta parcela de cidadãos utilizem-na para expressar, criticar e contribuir com a cultura que os rodeia". (LESSIG, 2005, p. 184). A colaboração propriamente dita, a participação e cooperação representam hoje objetivos do cidadão, não necessariamente interessado em obter ganhos patrimoniais com sua contribuição à cultura que o rodeia.

Exemplos como os do *Free Software,* do *Linux*, das tecnologias da informação com códigos abertos, demonstram como há pessoas interessadas em formas de criação coletiva e colaborativa, ainda que isto não traga benefícios financeiros. A interatividade promovida pelas tecnologias da informação e exigências sociais da cibercultura reformulam a relação entre a obra e aquele que tem acesso a ela, permitindo que este seja também criador em colaboração e exemplos como o do *Wikipédia* e do *Creative Commons* demonstram como há uma demanda social para tal. (SANTOS, 2011, p. 147).

Para que toda essa abertura democrática ao acesso à informação e liberdade de criação ocorra, é necessário repensar o tratamento jurídico dado ao conteúdo autoral produzido, pois novos modelos de negócio surgem e assim exigem sua legalidade. Diante dos impactos produzidos pelo desenvolvimento tecnológico nos institutos jurídicos duas hipóteses surgem, uma a de que as normas jurídicas não sofrerão mudanças, outra a de que o sistema jurídico adotará medidas adaptativas, criando novas respostas jurídicas a mudanças de comportamentos sociais, a exemplo da possível subversão ao modelo tradicional de propriedade intelectual. (LEMOS, 2005, p. 66).

Essa subversão não é uma eliminação de proteção legal à criação autoral, é apenas uma nova forma de tutelar, já que a cibercultura trouxe tantas transformações nas formas de se expressar. O que está em discussão aqui não é a necessidade de uma proteção legal, pois isso é de comum entendimento, mas sim o modelo de proteção oferecido pelos mecanismos legais tradicionais que podem, ao invés de incentivar a expressão criativa, reprimir iniciativas de produção de cultura. Na hipótese da legislação recair num excesso de regulação, prevendo punições excessivas para pequenas violações de direitos autorais, e se os empreendimentos inovadores passarem a ser constantemente fiscalizados ao ponto de requerem gastos volumosos com pagamentos e autorizações, haverá bem menos inovações e criatividade do que se houvesse uma alternativa à ilegalidade. (LESSIG, 2005, p. 192).

Ou seja, em tempos de economia criativa, incentivos ao empreendedorismo e valoração da informação, a tutela jurídica tradicional

da propriedade intelectual serviria como uma barreira, impedindo parcela considerável da sociedade civil de cooperar e criar culturas, ficando essas atividades (ou permanecendo) reservadas a quem tiver meios financeiros capazes de arcar com as despesas necessárias. Não seria adequado que essa parcela da sociedade civil, querendo participar de seu próprio patrimônio cultural, fique à margem da legalidade, ou não receba oportunidade de assim cooperar. A resposta para retirar essa ilegalidade passa por escolhas entre obedecer estritamente a legislação da forma como ela está, ou modificar a norma jurídica, e quando os malefícios da manutenção de tradições se sobrepõem a seus próprios benefícios, é caso de considerar a possibilidade de mudanças. (LESSIG, 2005, p. 201).

Havendo alternativas, ainda que criadas extraoficialmente por instituições e vontades privadas, cabe preservar as liberdades de expressão e criação, ainda que em detrimento das regras tradicionais de proteção aos direitos autorais. Isto porque a manutenção destes pode interessar a grupos de pressão específicos (possivelmente não interessados em novos modelos de negócio que venham a prejudicar suas pretensões econômicas), e ainda porque tais liberdades compõem uma espécie de ideário comum aos praticantes da cibercultura.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, vale ressaltar a natureza propositiva deste trabalho, no sentido de fazer parte de uma discussão sobre a adequação de um sistema legal perante um contexto socio-cultural, propondo a criação de novos parâmetros normativos para que haja mais liberdade de exercer criatividade. Diante de um cenário de crescimento econômico por meio da economia criativa e do surgimento de modos econômicos digitais, a legislação aplicável aos produtos derivados do esforço criativo humano não pode permanecer com a mentalidade da cultura analógica, da economia da escassez e das restrições de acesso.

A cibercultura não é cultura das máquinas, mas sim uma manifestação humana que altera padrões de comportamento e faz surgir novas exigências

sociais, daí que a construção de novos direitos autorais deve usar como parâmetro os direitos humanos, orientando um esquema legal que não prejudique a produção econômica, mas que preserve o que tem de mais humano no direito autoral, que é a criatividade, a arte e o acesso a ela.

REFERÊNCIAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. IN: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org.). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011. Páginas 09 a 44.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DOUZINAS, Costas. **O *fim* dos direitos humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ECO, Umberto. **Apocalípticos e integrados.** São Paulo: Perspectiva, 2004.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito de Autor e *Copyright*:** Fundamentos Históricos e Sociológicos. São Paulo: QuartierLatin, 2012.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e cultura.** Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre:** como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. São Paulo: Trama, 2005.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** São Paulo: Ed. 34, 1999.

ORTEGA Y GASSET. **A rebelião das massas.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SALDANHA, Nelson. **Temas de História e Política.** Recife: UFPE, 1969.

SANTOS, Manoel Pereira dos. **Direito de autor e liberdade de expressão.** *In:* SANTOS, Manoel Pereira dos (Coordenador). Direito de Autor e direitos fundamentais. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. Páginas 129 a 158.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

AS LIMITAÇÕES DOS DIREITOS AUTORAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA [1]

Autores: Allan Rocha de Souza [2]; Luisa Lemos Ferreira [3]
Instituição: Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios. (UFRRJ-ITR)

Resumo: Recorrendo ao método indutivo para, a partir do conjunto de decisões, extrair as diretrizes e revelar os contornos do entendimento dominante na Corte, buscamos, neste trabalho, compreender qual a interpretação das limitações aos direitos autorais no Superior Tribunal de Justiça (STJ), e também o alcance deste entendimento na sua aplicação aos casos concretos e, neste sentido, serão analisadas as decisões neste tema dos últimos cinco anos deste Tribunal. Dentre as principais conclusões é perceptível a consolidação do entendimento de que as limitações expressas na Lei de Direitos Autorais devem ser interpretadas extensivamente, justamente porque representam e são resultado da ponderação pelos poderes constituídos entre direitos fundamentais constitucionais.

Palavras-chave: Limitações; direitos autorais; Superior Tribunal de Justiça.

1 Trabalho desenvolvido junto ao Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas (Direito, ITR-UFRRJ), vinculado à Rede Proprietas de pesquisa.

2 Professor de Direito Privado do Curso de Direito do Instituto Três Rios da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Professor e Pesquisador em Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós Graduação em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento (PPED) da UFRJ. Doutor em Direito Civil pela UERJ. Autor dos livros "A Função Social dos Direitos Autorais" e "Direitos Culturais no Brasil). E-mail: allanrsouza@gmail.com CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/5178459691896082

3 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas sob a orientação do Prof. Allan Rocha de Souza. E-mail: luiiisa_lemos@hotmail.com CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/6587489585769896

1. INTRODUÇÃO

As limitações são um tópico propício para o estudo da incidência da normatividade constitucional sobre os direitos autorais, vez que demonstram hipóteses em que os direitos da coletividade sobrepor-se-ão às pretensões patrimoniais do autor, servindo, portanto, de veículo para efetivação dos princípios normativos como a função social da propriedade no âmbito do direito autoral.

Embora problemática complexa, a questão central atual sobre as limitações é saber se sua interpretação deve ser taxativa e exaustiva e, portanto, restrita exclusivamente ao estabelecido na lei de direitos autorais, ou, o contrário, se deve ser exemplificativa e extensiva, abarcando situações além das previstas na legislação. Questão subseqüente é saber quais os argumentos colecionados pela Corte e quais critérios estabelecidos para aplicação ou não das normas estabelecidas. Estes são os problemas enfrentados neste trabalho.

Recorrendo ao método indutivo para, a partir do conjunto de decisões, extrair as diretrizes e revelar os contornos do entendimento dominante na Corte, buscamos compreender qual a interpretação das limitações aos direitos autorais no Superior Tribunal de Justiça (STJ), e também o alcance deste entendimento na sua aplicação aos casos concretos e, neste sentido, serão analisadas as decisões neste tema dos últimos cinco anos deste Tribunal.

Nessa esteira, fez-se necessária a análise das decisões no Superior Tribunal de Justiça, a fim de extrair, diante de sua aplicação, os significados do princípio da função social nos direitos autorais e os critérios utilizados para estabelecer seu alcance. Sendo as limitações fruto da harmonização entre os direitos autorais e outros valores constitucionais igualmente relevantes, estas não podem desconsiderar os direitos de autor ou titular da obra. Desta forma, é importante identificar também quais são as restrições que as próprias limitações enfrentam.

Sem esquecer que, apesar de carregar consigo o estigma de ramo de essência patrimonialista, as soluções oferecidas aos problemas ine-

rentes à regulamentação dos diretos autorais precisam estar em consonância com a Constituição Federal e os direitos fundamentais, inclusive coletivos e existenciais.

Então, a seguir fazemos uma rápida revisão bibliográfica das posições doutrinárias, ao que se segue uma análise das decisões selecionadas, que indicarão os argumentos e critérios sendo adotados na jurisprudência do STJ.

2. AS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS NA DOUTRINA NACIONAL

Convergem para o debate dos limites dos direitos autorais as discussões a respeito dos efeitos desta proteção sobre a educação, liberdade de expressão artística, inclusão dos portadores de necessidades especiais, privacidade e também com relação ao exercício dos direitos culturais, dentre outros. Assim, esta questão encontra-se na ordem do dia em diversos contextos nacionais e internacionais.

A proteção dos direitos autorais deve refletir a interseção entre os interesses individuais e coletivos que, restritos ao aspecto patrimonial, são direcionados, respectivamente, à retribuição econômica pelo trabalho criativo e investimento e à fruição dos bens culturais (BITTAR, 1999, p. 138). A própria proteção é resultado do compromisso histórico entre estes dois interesses relevantes (WISTRAND, 1969, p. 51-54), sendo que a integração entre estas posições é manifestada no estabelecimento de limites à proteção patrimonial (BITTAR, 1999, p. 140). A dinâmica social contemporânea "desafia o personalismo transparente em textos de lei, recomendando equilíbrio no jogo dos interesses envolvidos: do criador intelectual, da coletividade e de terceiros" (MELO, 1994, p. 103).

Conforme já apontado em outro estudo [4], apesar da constante referência à existência de interesses coletivos que se projetam na regulação

4 Permita-se remeter ao livro SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campos, RJ: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

dos direitos autorais e que, por consequência, impõem restrições aos direitos patrimoniais do autor e econômicos dos investidores, parte quantitativamente significante da doutrina pátria tradicional insiste na defesa de uma interpretação restritiva dos limites estabelecidos na legislação, ainda que sem justificativas convincentes.

Assim, Carlos Alberto Bittar afirma que "é preciso levar em conta que essas exceções são restrições e, portanto, a interpretação é estrita: a pessoa pode usar a obra, (desde que) observados os contornos que o legislador estabelece" (BITTAR, 2003, p. 62). Confirma o pesquisador sua posição ao alegar que "afora as hipóteses previstas na lei, insisto, a regra básica é da autorização do autor para qualquer uso econômico da obra" (BITTAR, 2003, p. 63). Persiste, ainda, na colocação quando diz que "em todos os casos, prevalece a interpretação estrita, de sorte que sempre devem ser respeitados todos os requisitos expostos, a fim de que tranqüila possa ser a utilização" (BITTAR, 2003, p. 71). Autores como Plínio Cabral [5], Jaury Nepomuceno (JAURY; WILLINTON2005, p. 92-93) e Eliane Abraão [6] também partilham desta posição e da ausência de justificativa para tal. Eduardo Vieira Manso igualmente afirma a restritividade da interpretação dos limites aos direitos autorais apontando que "toda exceção ao direito autoral deve estar contida em lei e esta há de comportar apenas a interpretação restritiva" (MANSO, 1980, p. 270).

5 Em suas palavras: "Elas (as limitações) são específicas e fechadas. Constituem *numerus clausus* e não podem, por isso mesmo, estender-se além daquilo que a lei fixou. Apesar disso, é justamente nessa área que se verificam os maiores conflitos, com a tendência de muitos a aumentar o alcance daquilo que a legislação faculta, gerando-se abusos de toda a natureza". CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos* autorais. 4. ed., São Paulo: Editora Harbra, 2004, p. 70.

6 Conforme a autora "O rol das obras que independem de prévia autorização do autor para seu uso público é taxativo, porque a limitação é uma exceção à regra geral, e no dia que o legislador deixar de considerá-la como tal, passará automaticamente a demandar a autorização prévia para seu uso". ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 146. A autora, em outro texto, indica uma mudança de posição ao afirmar que estas limitações não podem ser interpretadas como exceções aos direitos autorais, apontando ainda para o caráter constitucional destas limitações. ABRÃO, Eliane Y. Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). *Direito da propriedade intelectual*: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2005, p. 167.

Além disto, no plano internacional, Delia Lipsyc defende a restritividade dos limites. [7]

Guilherme Carboni, que defende a necessidade de alteração da legislação como forma de superar conflitos existentes, insiste serem taxativas as limitações presentes na legislação atual (CARBONI, 2006, p. 112). A proposta de reformulação da legislação encampada pela Associação Brasileira de Propriedade Intelectual também parte do pressuposto de sua taxatividade, embora esta conclusão não tenha sido unânime no seio da Comissão de Direitos Autorais da entidade. [8] Desta mesma posição, de taxatividade dos limites existentes na legislação e necessidade de mudança de formato, parece compartilhar Eduardo Lycurgo Leite (LEITE, 2006, p. 75-77). Sem deixar claro sua perspectiva individual sobre a interpretação da lei atual, Gonzaga Adolfo indica sua insatisfação com relação "[a]o exagero das posições firmadas em visão conservadora", sugerindo a inclusão de uma cláusula geral de limitações, que "tornaria o sistema autoral brasileiro mais maleável e flexível às mudanças que os novos tempos trazem" (ADOLFO, 2008, 412-413).

Em estudo para a compreensão da importância da renovação do próprio direito, e não só este ramo específico, Bruno Lewicki aponta inicialmente que "os direitos não são inatos, imutáveis, neutros ou absolutos", ao contrário, são historicamente posicionados, funcionalmente estruturados e sempre relacionados aos demais direitos e institutos jurídicos, sendo, portanto, relativos (LEWICKI, 2007, p. 6 e ss).

A revisão dos institutos de direitos autorais, de modo a adequá-los tanto à sociedade como ao sistema jurídico contemporâneos, é uma

7 Nas palavras da autora: "As limitações, sejam utilizações livres ou licenças não voluntárias, estão sujeitas a *numerus clausus*, e como todas as exceções se devem interpretar e aplicar de forma restritiva, onde os usos só podem se dar nos limites estritos de cada exceção, e o dever de respeitar integralmente os direitos morais, pois as limitações são referentes a seus direitos patrimoniais". LIPSYC, Delia. Utilizaciones libres e uso privado. In: *Num Mundo Novo de Direito de Autor*, vol. 2., Lisboa: Comunicações ao II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, 1994, p. 261.

8 Resolução da ABPI n. 67, de 20 de outubro de 2005, que trata das Limitações ao Direito do Autor. Disponível em: <http://www.abpi.org.br/bibliotecas.asp?idiomas=Português&secao=Resoluções%20da%20ABPI&codigo=3&resolucao=2>. Acesso em: 30 mar. 2010.

demanda inafastável para a doutrina. Esta visitação torna-se ainda mais importante quando se verifica o aumento da importância social dos bens culturais, muitos protegidos pelos direitos autorais, e dos conflitos sociais decorrentes de seus usos.

Bruno Lewicki revela o apego à tradição e desprezo pelas limitações, refletidos em grande parte dos escritos sobre o assunto, como justificativa da interpretação restritiva apregoada. [9] José de Oliveira Ascensão, em análise das recentes transformações no seio dos direitos autorais, fala do processo que denomina de "caça às exceções" (ASCENSÃO, 2002, p. 135).

Ao contrário das posições restritivas, Sérgio Vieira Branco defende a possibilidade de legitimação de determinadas condutas e usos não previstos ou mesmo "aparentemente *contra legem*" (BRANCO JÚNIOR, 2007, p. 232). Eduardo Pimenta indica a existência de situações não previstas expressamente na legislação em nome da tutela dos interesses coletivos. [10] A necessidade de releitura dos institutos de direitos autorais permeia todo o trabalho sobre limitações de Bruno Lewicki e, dentre as diversas e elucidativas afirmações, concorda-se que "não só as limitações que compõem o rol da lei autoral podem ser interpretadas extensivamente ou aplicadas por analogia como é, ainda, possível pensar em limitações não expressamente previstas" (LEWICKI, 2007, p. 114). Carlos Affonso Pereira de Souza analisa a aplicação da figura do abuso de direito como forma de corrigir as atuações dos titulares que escapam às próprias 'funções' dos direitos autorais (SOUZA, 2009). José de Oliveira Ascensão é firme

9 Aponta o autor ainda, em outra passagem, que "quanto à doutrina, distingue-se a numerosa corrente, já abordada, que representa uma visão reducionista das limitações – defendendo sua interpretação estrita, o caráter *numerus clausus* dos dispositivos legais concernentes, a vedação da analogia neste âmbito e a impossibilidade de extensão das limitações aos direitos morais. Em alguns defensores que se agarram a esta posição de forma mais aguerrida, chega-se a condicionar o recurso às limitações com o pagamento de uma compensação ou de uma autorização, como se verá. Outro tipo de posição que leva ao paroxismo o pouco apreço pelas limitações é aquela que vê nelas mais o reconhecimento de uma impossibilidade de controle do que propriamente a tutela de um interesse meritório". *Id. Ibid.,* p. 155 e 164.

10 O autor chama estas situações de derrogações. Em suas palavras afirma o seguinte: "A par das limitações existem as derrogações – usos que não estão previstos nas limitações de direitos autorais, mas com a permissibilidade da lei e contemplado pela jurisprudência. A derrogação é a tutela do interesse coletivo de direitos autorais, que conflitam com o interesse individual do autor, abstendo-lhe de prerrogativas no exercício de direito sobre a criação". PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 318.

ao apontar que "deve-se, antes de concluir, não olvidar que por serem partes integrantes da construção do sistema protetivo autoral, estas regras negativas, convencionalmente denominadas de limites, são, na verdade, intrínsecas e não extrínsecas" (ASCENSÃO, 1992, p. 216).

A juridicamente densa renovação promovida pela parte da doutrina mais atenta às transformações sociais e jurídicas contemporâneas, desvinculada da 'teologia' absolutista que dominou as análises pátrias, vislumbra na Constituição e nos direitos fundamentais a força justificadora deste processo e, neste aspecto, é válida a colocação de Denis Borges Barbosa quando assevera que "exceções não são, e sim confrontos de interesses de fundo constitucional. [...] Assim não é interpretação restrita, mas equilíbrio, balanceamento e racionalidade que se impõe" (BARBOSA, 2010).

Em 2006 foi lançado o primeiro livro a tratar diretamente do tema "A função social dos direitos autorais" (SOUZA, 2006). Outros estudos, já indicados acima, seguiram e complementam a reflexão sobre o tema. O objetivo do livro foi avançar uma interpretação das limitações a partir do paradigma da supremacia e eficácia da Constituição e da efetivação horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Defendeu-se, em conclusão que:

> Fazendo os direitos da coletividade, motivados pelo interesse público, parte da estrutura nuclear destes direitos, não é razoável a aplicação de uma interpretação restritiva aos seus dispositivos, especialmente quando se reconhece a extensividade da interpretação quanto às formas de utilização exclusiva e mesmo aos tipos de obras protegidas. Diante disso, a interpretação mais adequada, e única condizente com os mandamentos constitucionais e por isso juridicamente sustentável, é a extensiva, devendo suportar o Judiciário o ônus da verificação da demonstração satisfatória da existência e relevância dos interesses da coletividade apresentados nos casos concretos.

Dez anos depois, insta saber se e de que forma o Poder Judiciário nacional entende o assunto e em que medida adotou a premissa doutrinária proposta por um conjunto de então jovens pesquisadores a partir da primeira década deste século. É o que veremos a seguir.

3. RECURSO ESPECIAL Nº 964.404[11]

O Recurso Especial (REsp) nº 964.404, originário do estado do Espírito Santo, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Julgado na Terceira Turma do STJ em 15 de março de 2011, foi o primeiro a tratar diretamente da interpretação das limitações aos direitos autorais, entendendo-as como extensivas e consolidando-se como importante precedente para as demais decisões que também reconheceram as situações de predominância das limitações sobre as pretensões patrimoniais do autor.

O REsp tratou da possibilidade de cobrança pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição(ECAD) de direitos autorais em virtude da realização de execução musical e sonorização ambiental no evento religioso, gratuito, sem fins lucrativos, no início do Ano Vocacional, em escola e voltado para estudantes, familiares e corpo docente da instituição.

O Tribunal *a quo* considerou possível a cobrança de direitos autorais à ora recorrente, Mitra Arquidiocesana de Vitória, responsável pela escola religiosa. Recorrendo à subsunção como método de aplicação do direito[12], o fato exposto foi enquadrado no artigo 68, *caput*, e § 3º, da Lei 9.60/98[13], que versa sobre o pagamento de direitos autorais na hipótese

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404/ES. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1027365&num_registro=200701444505&data=20110523&formato=PDF>. Acesso em: 09 de agosto de 2016.

12 Quanto ao modelo fechado do método subsuntivo: "a interpretação do direito não se reduz a mera comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as condições de uma consequência jurídica (um dever-ser). Nesse mero exercício não há absolutamente nenhuma criação de direito. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 28.

13 BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas. § 3º Consideram-se locais de freqüência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm >. Acesso em: 09 de agosto de 2016.

de execuções musicais e sonorizações ambientais em locais de frequência coletiva, sem considerar as especificidades fáticas, na presunção de que a resposta ao fato social já estivesse pronta; preestabelecida.

Já em sede de Recurso Especial, foi sustentado pela Mitra a não violação de direitos autorais, tendo em vista que o art. 68, caput e §3º da Lei 9.610/98 não alcança as entidades religiosas. Defendeu também a recorrente a incidência do art. 46, VI[14], da mesma Lei, para afastar a ofensa aos direitos autorais face à representação teatral e à execução musical realizadas com fins didáticos em estabelecimento de ensino e sem fins lucrativos.

No STJ, fora salientado pelo Ministro Relator que o artigo 68 da Lei 9.610/98, que trata da necessidade de autorização do autor em hipóteses de execução pública musical em locais de frequência coletiva, dispõe apenas o âmbito de proteção *prima facie* do direito de propriedade do autor sobre sua obra. Afirma ainda que o âmbito de proteção do direito patrimonial do autor é somente definido após consideradas suas limitações. Segundo o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, as limitações representam a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais que nelas se refletem.

Foi também levantada a questão da interpretação dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, que tratam das limitações aos direitos autorais. Segundo o Ministro, sustentado no entendimento doutrinário de Allan Rocha de Souza[15] e Leonardo Marcelo Poli[16], tais restrições possuem caráter meramente exemplificativo, uma vez que refletem outros direitos fundamentais, assegurado pela nossa Carta Magna, como o acesso à cultura, educação, direito à intimidade e à religião. Nesse sentido, as limitações aos direitos autorais previstas na legislação especial não podem ser consideradas

14 BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm >. Acesso em: 08 de agosto de 2016.

15 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.

16 POLI, Leonardo Marcelo. Direito Autoral: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 81

como constituindo um rol taxativo, vez que representam o resultado da ponderação de direitos fundamentais em situações fáticas, o que impede sua limitação somente aos casos expressamente previstos em tais artigos.

O direito de autor, portanto, deve, no caso concreto, harmonizar com os demais direitos fundamentais que com ele interagem. Segundo o Relator, tal harmonização, contudo, não pode ocorrer de forma arbitrária, devendo observar os limites impostos pela regra dos três passos. A regra dos três passos, também conhecida como three-step-test, é disciplinada pela Convenção de Berna[17] e o Acordo TRIPS[18], e constitui critério necessário para a admissibilidade de utilização livre de obras protegidas por direitos autorais. É recorrente a utilização da regra dos três passos para verificar se há conflito entre a proteção internacional e as limitações na legislação interna, o que não ocorre quando estas são casos especiais, que não conflitam com a exploração normal da obra e não prejudicam injustificadamente os interesses do autor ou titular. Portanto, a regra dos três passos contém critérios que devem ser também seguidos pelo magistrado no momento em que é realizada a interpretação e aplicação das limitações ao caso concreto, a fim de que estas, que representam os interesses da coletividade, possam dialogar harmonicamente com os interesses do autor e estar adequadas às normas internacionais.

Tendo em vista que o evento objeto da lide é religioso e educacional, sem fins lucrativos, com entrada gratuita e não constitui festival de grandes proporções, configura, no entendimento do Tribunal, um caso especial, em que não há conflito com a exploração normal da obra e não há prejuízo injustificado aos interesses do autor ou titular. Desta forma, foi entendido que a hipótese em questão não infringe a regra dos três passos e está alcançada

17 BRASIL. Decreto 75.699 de 1995. Art. 9, alínea *2.*Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

18 BRASIL. Decreto 1.355 de 1994. Art. 13. Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito. Disponível em: < http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

pela interpretação extensiva das limitações. Neste sentido, a Turma, por unanimidade, decidiu que a reprodução musical em evento com finalidade religiosa, de entrada gratuita, destinada à comunidade escolar e de menores proporções, como se verifica no caso em questão, se enquadra na hipótese de limitação aos direitos autorais. Assim, foi excluída a cobrança de direitos autorais pelo ECAD em relação ao evento religioso e dado provimento parcial ao recurso especial, em razão da

> Necessidade interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610⁄98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

Considerando ainda que

> O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610⁄98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.

4. RECURSO ESPECIAL Nº 1.371.835 [19]

Diferentemente, no Recurso Especial 1.371.835, julgado em 26 de setembro de 2013, a controvérsia aqui cinge sobre a possibilidade de execução musical em qualquer evento religioso e gratuito que a Diocese de Jaboticabal viesse a promover futuramente, sem a necessidade de autorização prévia e da cobrança dos direitos autorais.

A Diocese ajuizou ação com a finalidade de obter "declaração de não obrigatoriedade da prévia autorização e o posterior recolhimento de direitos autorais em razão da reprodução de músicas em eventos

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.371.835/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 26 de março de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=31289962&num_registro=201102808726&data=20130930&tipo=0>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

religiosos e gratuitos ao público"[20], tendo o juízo de primeiro grau negado provimento ao pedido. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao pedido, considerando a inexistência de abuso no uso de obras protegidas pelos direitos autorais e decidido pela não obrigatoriedade de pagamento pela execução pública musical ao ECAD, vez que os eventos tratados pelo recurso não possuem pretensões lucrativas.

No Recurso Especial em análise, interposto pelo ECAD, foi argumentado a ocorrência de violação aos artigos 28, 29 e 68, § 3º, da Lei 9.610/98, que trata de hipótese em que há execuções públicas de músicas em locais de frequência coletiva, sendo devido o pagamento de direitos autorais. Deste modo, a obrigatoriedade do pagamento, de acordo com a recorrente, não está vinculada à existência de lucro direto ou indireto pela Diocese, conforme havia sido por esta sustentada.

Na decisão do presente recurso, foram acolhidas pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino as razões apresentadas pelo ECAD. Segundo o Ministro Relator,o caso tratado pelo recurso em análise - diferentemente do Recurso Especial 964.404, que também versa sobre execução musical em evento religioso - não preenche todos os critérios exigidos pela regra dos três passos. Apesar de a festividade em questão não visar o lucro, não trata ela de caso excepcional, uma vez que a não autorização prévia pelo ECAD abrangeria todos os eventos realizados pela Diocese, e não apenas um evento de ocorrência anual, como ocorrera no caso do Recurso Especial supramencionado. Consequentemente, caso permitidos e não devidos direitos autorais sobre qualquer evento realizado pela recorrida, apesar da ausência de pretensões lucrativas, poderia haver prejuízos injustificados aos interesses do autor e confronto com a exploração normal da obra, ofendendo, assim, o estabelecido nos Tratados que disciplinam a matéria. Desta forma, constata-se que a não pretensão lucrativa da Diocese não é requisito único para a possibilidade de realização do evento sem autorização e pagamento ao ECAD.

20 Idem.

5. RECURSO ESPECIAL 1.320.007 [21]

Já o Recurso Especial 1.320.007, proveniente de Sergipe, julgado em 04 de junho de 2013, versa sobre a realização de evento educacional-religioso pelo Centro de Treinamento Bíblico Rhema Brasil Aracajú, ora recorrente, em que houve a cobrança de direitos autorais pelo ECAD em razão da execução musical em cerimônia de formatura da instituição educacional bíblica. Sustenta o ECAD ter ocorrido execução pública de obras musicais, conforme preceitua o art. 68, § 2º, da Lei de Direitos Autorais, bem como violação à regra dos três passos, sendo, por isso, os direitos autorais devidos pela recorrente.

Segundo a Ministra Relatora Nancy Andrighi, ao caso em tela deve ser aplicada a interpretação extensiva da limitação prevista no artigo 46, VI, da Lei 9.610/98, que dispõe que a execução musical realizada em recesso familiar e sem intuito lucrativo não constitui ofensa aos direitos autorais. Mais especificamente, enfrentou o conceito de "recesso familiar", decidindo que deve ser entendido em seu sentido lato, em razão da própria interpretação extensiva. Assim, a partir de uma interpretação sistemática,

> Entende-se por "recesso familiar" não apenas o recinto do lar, em sentido estritamente físico. (...) a execução que se der num local onde não seja a residência da família, mas se encontra, momentaneamente, a intenção de gerar um ambiente familiar, não deve sofrer a incidência de encargos autorais.[22]

A interpretação isolada do inciso VI do artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, desta forma, desconsidera a complexidade do ordenamento e o necessário diálogo entre a Constituição e as demais disposições infraconstitucionais. Por isso, fez-se necessário a realização da

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.320.007/RS.Tribunal Pleno. Relator: Ministro Nancy Andrighi, 04 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=16964076&num_registro=201001026510&data=20110816&tipo=0>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.320.007/RS. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 04 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=16964076&num_registro=201001026510&data=20110816&tipo=0>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

interpretação teleológica do sentido da expressão "recesso familiar", a fim de que fossem consideradas outras hipóteses que percebam a obra não só sob a perspectiva do detentor de seus direitos patrimoniais, mas também interesses coletivos, como os fundamentados no direito à educação, de religião ou acesso à cultura.

O evento comemorativo foi destinado e realizado com a presença do corpo docente da instituição educacional, seus alunos, familiares e amigos, não tendo sido aberto ao público em geral, o que caracterizaria o recesso familiar, já que se trata de uma festividade destinada unicamente à confraternização entre familiares do corpo discente e amigos. Vale ressaltar, ainda, que a realização do evento foi também considerada um caso especial, pois trata de uma formatura, seguida de culto evangélico, que ocorre apenas ao final de cada ano, durante dois dias seguidos. Além disso, a festividade em questão não confrontaria com a exploração normal da obra, já que é restrita aos estudantes e seus familiares, não sendo aberta ao público. Também não gera o evento prejuízo injustificado aos interesses do autor, vez que sua finalidade é exclusivamente de confraternização entre alunos e familiares e de cunho religioso, sem pretensões lucrativas. O evento, portanto, não infringe a regra dos três passos, sendo por isso afastada a necessidade de autorização para sua realização.

Na decisão, o Relator sustenta que, ao contrário do que fora exposto pelo ECAD, nem toda execução pública é passível de cobrança de direitos autorais. Se realizadas no recesso familiar ou para fins exclusivamente didáticos, sem qualquer auferimento de lucro, não há que se falar em autorização pelo autor, vez que, nestes casos, não se vislumbra qualquer possibilidade de prejuízos aos seus interesses e à exploração da obra. Acrescenta ainda o Ministro Relator que a intenção de gerar um ambiente familiar no evento, como no caso em tela, se enquadra na limitação prevista no inciso VI do artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, e por isso afasta a incidência de pagamento ao ECAD. Neste sentido, por maioria, o recurso especial foi conhecido e provido tendo sido utilizado como balizador o precedente estabelecido pelo REsp 964.404, já ilustrado.

6. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 270.923 [23]

O Agravo em Recurso Especial nº 270.923, proveniente do Estado de São Paulo, julgado em 21 de maio de 2015, busca reverter a decisão em que foi entendido não ser cabível a cobrança de direitos autorais em razão da execução de músicas folclóricas em festa junina promovida de forma gratuita, sem intuito lucrativo, em estabelecimento escolar e voltada unicamente para os alunos, familiares e corpo docente da referida instituição. O ECAD, parte agravante, fundamenta suas razões alegando a ocorrência de execução pública de obras musicais, o que tornaria legítima, portanto, a cobrança de direitos autorais.

Recorrendo à interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais e aos precedentes, foi decidido pelo Ministro Relator Raul Araújo que, conforme jurisprudência já consolidada no Superior Tribunal de Justiça[24], às festas juninas escolares é aplicável o artigo 46, VI, da Lei 9.610/98, que dispõe não constituir ofensa aos direitos autorais a execução musical para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino e sem intuito lucrativo. Salientou o Ministro, ainda, que o evento em questão possui finalidade de integração entre a família e a escola.

A hipótese em análise trata de caso especial, vez que se refere a uma festa junina realizada em escola, não sendo um evento realizado de forma recorrente pela referida instituição pedagógica. Além disso, também não há confronto com a exploração normal da obra, vez que a festividade não é aberta ao público, estando direcionada ao corpo discente, seus familiares, e o corpo docente da escola. Por fim, não há prejuízos injustificados aos interesses do autor, pois o intuito da festa junina é exclusivamente de confraternização e integração entre escola e família.

Nessa esteira, a decisão proferida no Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência do STJ no sentido de reconhecer como

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 270.923/SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Raul Araújo, 21 de maio de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=48149151&num_registro=201202555669&data=20150527&tipo=0>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

24 Recurso Especial n. 1.320.007/SE; Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.278.263/RJ; Recurso Especial n. 964.404/ES.

indevida a cobrança de direitos autorais em eventos promovidos com intuito didático, pedagógico ou de integração pelos estabelecimentos de ensino e sem fins lucrativos. Por isso, o relator negou provimento ao agravo, reiterando e fortalecendo o entendimento de interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais.

7. RECURSO ESPECIAL Nº 1.343.961[25]

No Recurso Especial nº 1.343.961, originado no Estado do Rio de Janeiro, julgado em 06 de outubro de 2015, a controvérsia cingia sobre necessidade de permissão prévia e pagamento pela exposição de uma pintura artística em cenário de filme publicitário. A ora recorrente Flávia Silveira Serejo, autora da pintura, ajuizou ação em face de TNL PCS S.A. Arquivo Contemporâneo Ltda. e TV Zero Produções Audiovisuais Ltda., alegando que entregou em consignação à TNL uma tela de sua criação, denominada "Rupestre", para exposição e venda. Segundo a recorrente, tal obra, enquanto permanecia na posse da recorrida Arquivo Contemporâneo Ltda., apareceu em cenário de filme publicitário da TNL PCS S.A., pelo qual a TV Zero Produções Audiovisuais Ltda., também ré, fora responsável pela produção. De acordo com Flávia Siqueira, a tela foi indevidamente utilizada para publicidade da loja, vez que não houve sua permissão prévia para tal, conforme determina a Lei de Direitos Autorais, tendo as rés, por isso, se utilizado da obra em benefício próprio. Alega também que, além da ausência de autorização, não houve atribuição de autoria, causando-lhe danos morais. Além disso, destaca a autora que, no caso em tela, não há interesse público envolvido, e sim destinação meramente comercial, fato que afastaria a incidência das limitações previstas no art. 46, VIII, da Lei 9.610/98.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.343.961/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 06 de outubro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54408164&num_registro=201101063040&data=20151109&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

Ao contrário do alegado pela autora, segundo o Tribunal, o interesse coletivo incide ao caso e, por isso, precisa conformar os direitos autorais à sua função social, consoante dispõe o inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, representada aqui pela limitação prevista no inciso VIII do art. 46 da Lei de Direitos Autorais, que trata da possibilidade de uso livre de pequenos trechos de obras preexistentes, sempre que a reprodução não seja o objetivo principal da nova obra e não prejudique a exploração normal da obra reproduzida, tampouco cause prejuízos injustificados aos interesses do autor. Na decisão proferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, foi realizada uma interpretação extensiva do artigo 46, VIII, da Lei de Direitos Autorais.

Quanto à expressão "pequenos trechos", conforme explicitado pelo Ministro, foi disposta pelo legislador com a intenção de demonstrar a natureza acessória da obra reproduzida, de tal forma que não prejudica injustificadamente os interesses do autor, o que, consequentemente, também vai ao encontro dos critérios exigidos pela regra dos três passos. De acordo com o Relator, a natureza acessória da obra significa que sua reprodução não pode ser o centro das atenções quando em cotejo com a nova obra. No caso tratado pelo recurso, a tela utilizada para o filme não foi o objeto da publicidade, aparecendo neste apenas de forma acessória, fato que afasta prejuízos patrimoniais e morais.

Assim, a tela exposta no filme publicitário promovido por um dos recorridos corresponde a pequeno trecho de obra artística preexistente, não havendo, portanto, prejuízo advindo de sua exposição para a recorrente. Assim, o recurso especial não foi provido.

8. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 818.567[26]

De igual modo, no Agravo em Recurso Especial nº 818.567, do Estado de São Paulo, julgado em 02 de fevereiro de 2016, foi

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 818.567/SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 29 de abril de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=60433077&num_registro=201502769649&data=20160505&tipo=0>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

reconhecida a incidência das limitações e a consequente possibilidade de uso livre de trecho da obra. Na hipótese, a Sociedade Brasileira de Cardiologia, ora agravante, elaborou um livro de nome "Título de Especialista em Cardiologia Guia de Estudo", destinado a médicos e a estudantes da área, em que havia um grande número de citações de questões relativas a exames. A SJT Saúde Educação Cultura e Editora Ltda., então agravada, por sua vez, alegou violação aos direitos autorais, afirmando serem estes devidos já que fora grande o percentual de citações no livro em questão.

Na decisão, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão reconheceu não haver quaisquer violações ao direito de autor. Segundo o Ministro, além de a obra em questão ter finalidade e conteúdo diversos da fonte das citações, está a presente hipótese inserida no artigo 46, III, da Lei 9.610/98, que preceitua não constituir ofensa aos direitos autorais a citação, em qualquer meio de comunicação, de passagens de obra para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir.

Segundo o relator, as citações foram utilizadas para fins didáticos, já que o livro fora confeccionado com o intuito de auxiliar médicos que procuram especialização na área de cardiologia. Desta forma, não há prejuízos injustificados aos interesses do autor, tampouco confronto com a exploração normal da obra. Assim, as questões de exames foram inseridas no livro "Título de Especialista em Cardiologia Guia de Estudo" para fins de assistência aos interessados na obtenção de tal especialização, uma vez que foram comentadas e discutidas na obra produzida pela Sociedade Brasileira de Cardiologia.

Como a hipótese em questão não se confronta com nenhum dos requisitos exigidos pela regra dos três passos e têm como intuito satisfazer os interesses educacionais de um determinado grupo, foi decidido não ser devido o pagamento de direitos autorais, nem necessidade de autorização prévia, tendo sido negado provimento ao agravo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise das decisões, verifica-se a consolidação pelo STJ da interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais, como proposto pela doutrina contemporânea nacional.

Firma-se assim o entendimento de que as limitações não abarcam apenas as hipóteses expressamente previstas em lei, mas também outras situações em que os direitos da coletividade se sobrepõem aos direitos patrimoniais do autor. Com isso, assevera-se que a Lei de Direitos Autorais deve ser interpretada sob uma perspectiva sistemática, em diálogo com a Constituição Federal e influenciada pela axiologia irradiada dos direitos fundamentais. Consolida-se, também, a perspectiva de que a legislação deve ser aplicada a partir de uma interpretação teleológica, uma vez que os direitos patrimoniais do autor, como todas as formas proprietárias, precisa estar funcionalizado, vinculado aos interesses socialmente relevantes do ordenamento, conforme estabelecido na Constituição Federal. Desta forma, reconhece-se que o direito do titular sobre a obra, em razão da função social da propriedade, não tem caráter absoluto e que é, também, funcionalizado, atraindo para si a incidência de outros direitos igualmente fundamentais que com ele devem ser harmonizados.

Conforme demonstrado pela atual jurisprudência do STJ, o direito à educação, acesso à cultura, informação e conhecimento, privacidade e intimidade, religião ou liberdade de expressão são exemplos de direitos fundamentais refletidos nas limitações à exclusividade de utilização da obra pelo titular. Pode-se dizer, portanto, que as limitações são o veículo de conformação dos direitos autorais à sua função social.

Tendo em vista que os direitos autorais são de mesma hierarquia que os demais direitos fundamentais que com ele convivem, faz-se imprescindível a compatibilização entre estes, que, portanto, devem ser harmonizados à luz do caso concreto e conforme o princípio da proporcionalidade. A necessidade de harmonização entre o direito do titular e demais direitos fundamentais exige, como feito pelo STJ, o reconhecimento do caráter exemplificativo do rol de limitações previsto nos arts. 46, 47 e 48 da Lei de

Direitos Autorais, abarcando outras situações em que os direitos coletivos se sobreponham aos individuais. A lista exaustiva de limitações, por sua vez, mostra-se demasiadamente rasa ante a complexidade da realidade fática, pois, como bem elucida Luís Roberto Barroso, a existência de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas torna a subsunção insuficiente (BARROSO, 2013, p. 361).

Esta mudança no entendimento do Tribunal deve ser especialmente creditada à influência da doutrina especializada, que, como demonstrado, a partir do recurso à metodologia civil-constitucional, primeiro desenvolveu argumentos e reconheceu a obrigatoriedade de harmonização entre os direitos autorais e os demais direitos fundamentais, em razão da força normativa da Constituição, e, por conseqüência, a aplicação da função social da propriedade aos direitos autorais, bem como da interpretação extensiva das limitações previstas na legislação especial.

O momento agora é de avançarmos doutrinariamente na identificação do alcance da interpretação extensiva das limitações com a indicação fundamentada das diversas situações não previstas legislativamente nas quais o interesse coletivo e público sobrepõe-se aos interesses dos titulares.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ABRÃO, Eliane Y. Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). *Direito da propriedade intelectual*: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2005.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direitos de autor e direitos conexos*. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral: apresentações gratuitas*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC> . Acesso em: 10 de agosto de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. SãoPaulo:Atlas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito de* autor. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: LumenIures, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A função promocional do direito. In:* Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A caminho de um direito civil constitucional.* Revista de Direito Civil, n.65, 1993.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. In:_____. *Na medida da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos* autorais. 4. ed., São Paulo: Editora Harbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed.Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais, v. 5*. 8. ed. Salvador: Editora jusPodivm, 2012.

GRAU, Eros Roberto.*Do ofício de orador*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GRAU, Eros Roberto.*Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/ aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do "fair use" delineada no direito autoral norte -americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante. In: *Revista de direito autoral*, ano II, n. IV, São Paulo: ABDA e Lumen Juris, fev., 2006.

LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. 2007. 299f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

LIPSYC, Delia. Utilizaciones libres e uso privado. In: *Num Mundo Novo de Direito de Autor*, vol. 2., Lisboa: Comunicações ao II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, 1994.

MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral:* exceções impostas aos direitos autorais. São Paulo: José Buschatsky, 1980.

MELO, Albertino Daniel de. Direito de Autor e os Interesses Sócio-culturais e de Terceiros em Torno da Obra Intelectual. In: *Revista*

da Faculdade de Direito da UFMG, vol. 34, n. 34, Belo Horizonte: EdUFMG, 1994.

OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno; WILLINGTON, João. *Anotações à Lei de Direitos Autorais.* Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. Civil - *Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

POLI, Leonardo Marcelo. Direito Autoral: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SARMENTO, Daniel. SOUZA, Claudio Pereira de Neto e. (org.) *A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, 2000, pp.159-182.

SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: *Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. 2010. 266f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SOUZA, Allan Rocha de. *Os Direitos Culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012.

SOUZA, Allan Rocha; ALMEIDA Jr., Vitor de Azevedo; SOUZA, Wemerton Monteiro. *Os direitos autorais na perspectiva civil-constitucional*. In Revista Brasileira de Direito Civil. Vol. 8. Abr-jun. Instituto Brasileiro de Direito Civil: Curitiba, PR, 2016, pp. 9-31.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito autoral*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil, vol. XIV*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento Jurídico*. In. .SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Temas de Direito Civil, T.I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A garantia da propriedade no Direito Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n. 6, jun. 2005, p. 101-120.

WISTRAND, Hugo. *Les Exceptions Apportées aux Droits de L'auteur sur ses Ouvres*. Paris: Éditions Montchrestien, 1968.

DIREITO DE AUTOR *VERSUS* DIREITO DE ACESSO À CULTURA: POSSIBILIDADES E TENDÊNCIAS PARA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DA TEORIA CONSTITUCIONAL

Autores: PIRES, Eduardo Pires[1]; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva[2]
Instituição: Universidade de Santa Cruz do SUL (UNISC)

Resumo: As relações se estabelecem em torno da criação e acesso às obras intelectuais podem gerar conflitos entre direitos fundamentais, sob a ótica da Constituição Federal de 1998. Tais conflitos, que tendem-se a se agravar a partir da utilização das novas tecnologias, se pautam, especialmente, de um lado, no interesse individual do autor, e, de outro lado, no interesse coletivo de acesso às obras intelectuais, pautado, em regra, nos direitos de acesso à cultura, à educação e à informação. Nesse sentido, o presente trabalho busca investigar, a partir da teoria constitucional e dos direitos fundamentais, as possíveis formas de solução de conflitos entre o direito de autor e o direito de acesso à cultura. O tema é abordado utilizando-se do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e, acaba mostrando que o os conflitos entre direito de autor e direitos à cultura, por meio do acesso às obras intelectuais, devem ser solucionados por meio de uma ponderação dos direitos fundamentais em jogo, visando a harmonização entre os valores e interesses conflitantes, isto é, de modo a propiciar a proteção do direito do autor, contudo de tal forma que não obste o acesso a informação e ao conhecimento, pressupostos para a concretização do direito fundamental à cultura. Ademais, apesar de tratar-se de um direito fundamental social, o presente trabalho demonstra a possibilidade de aplicação de tal direito inclusive nas relações interprivadas, seja de forma direta, por meio do judiciário ou indireta, por intermédio do legislador.

Palavras-chave: Direito de Autor; Direito à Cultura; Direitos Fundamentais.

1 Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, membro do Grupo de Pesquisas Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado, vinculado ao PPGD da UNISC, Advogado atuante, e-mail: eduardo@piresefrantz.com.br

2 Doutor em Direito pela UNISINOS (2006). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA (Gravataí/RS). E-mail: <gonzagaadolfo@yahoo.com.br>.

1. INTRODUÇÃO

Com o surgimento da internet e outras novas tecnologias há o estabelecimento de um novo modelo social, ou seja, uma sociedade pautada no acesso à informação e ao conhecimento. Nesse contexto, vislumbra-se o surgimento de inúmeras possibilidades de desenvolvimento cultural da sociedade, proporcionadas justamente por estas novas tecnologias, especialmente pela facilitação de acesso às obras intelectuais, que se constituem como fontes culturais.

Todavia, percebe-se que em contramão ao interesse social de acesso às obras intelectuais, que fundamenta-se, entre outros, nos direitos de acesso à informação, cultura e educação, há o direito individual do autor, que também encontra tutela no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1998. Nota-se, portanto, um conflito entre interesses individuais e interesses coletivos, que se resume no presente estudo, ao conflito entre o direito individual do autor versus o direito social à cultura.

Desse modo, pretendendo verificar de que forma ocorre e como solucionar o conflito entre os direitos fundamentais mencionados, apresenta-se em um primeiro momento as características e fundamentos de cada um desses direitos, demonstrando-se a importância do acesso as obras intelectuais para a concretização do direito fundamental à cultura.

Ao final, verifica-se quais as possíveis formas de solução do conflito exposto, de forma a buscar um equilíbrio entre os interesses em jogo, sobretudo, por meio da aplicação do direito fundamental à cultura nas relações autorais, ou seja, nas relações interprivadas.

2. A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO DE AUTOR

Diretamente derivado dos direitos individuais, como resultado das discussões ocorridas em decorrência dos movimentos humanistas do século XVIII e da Revolução Francesa, o direito de autor, tem suas raízes reconhecidas nos privilégios editoriais da Inglaterra, tendo como primei-

ro ato legal o Copyright Act, de 1709. Pertencente ao âmbito do direito privado, busca a regulação das relações jurídicas decorrentes das manifestações pessoais de criatividade e dons artísticos humanos, que podem ser economicamente utilizados (GUERREIROS JUNIOR, 2005, p 47).

Os direitos autorais no Brasil são regulados infra constitucionalmente, pela lei 9.610 de 1998, que veio a substituir a lei 5.988 de 1973. Esta legislação tem como objeto a proteção dos bens intelectuais de cunho literário, científico ou artístico.

Trata-se de um direito especial, *sui generis*, pois da análise do conteúdo do direito de autor, observa-se a coexistência de dois direitos autônomos, sendo estes os de cunho moral, relacionados à proteção da personalidade do criador da obra e outros de cunho patrimonial, referindo-se aos direitos de utilização econômica da obra (BITTAR, 2001, p.10).

No que tange aos direitos morais, conforme ensina Carlos Alberto Bittar, "são os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade" e continua: "esses direitos nascem com a criação da obra, manifestando-se alguns (como o direito ao inédito) com a simples materialização, ou seja, com a sua inserção na ordem fática, e produzindo efeitos por toda a existência" (BITTAR, 2001, p.47). São direitos caracterizados fundamentalmente por serem pessoais; irrenunciáveis; impenhoráveis; perpétuos; inalienáveis; e imprescritíveis. Os direitos morais conferidos ao autor encontram-se elencados na Lei 9610, de 1998, no seu artigo 24.[3]

Já os direitos patrimoniais são aqueles que dizem respeito à utilização econômica da obra, através da comunicação e publicação ao público, com o objetivo de permitir que o autor obtenha benefícios econômicos pela utilização de sua obra, reconhecendo desta forma a importância do trabalho realizado e ao mesmo tempo incentivando a criação de novas obras. Estes direitos decorrem da exclusividade dada ao autor para

3 I. o de reivindicar a autoria da obra; II. o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado; III. o de conservar a obra inédita; IV. o de assegurar a integridade da obra; IV. o de modificar a obra antes ou depois de utilizada; VI. o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII. o de ter acesso a exemplar único e raro da obra [...]

exploração econômica de sua obra, o que representa um verdadeiro monopólio (BITTAR, 2001, p.49), o qual pode, ainda, ser cedido, no todo ou em parte, para terceiros, como produtores, gravadoras, etc.

Disso decorre que qualquer forma de utilização da obra intelectual dependerá, sempre, de consulta prévia ao seu autor ou detentor de seus direitos, sob pena de se estar violando os direitos de autor, incorrendo, desta forma, em ilícito civil, ou até mesmo penal.

Os direitos patrimoniais têm como características básicas a conotação real, de propriedade, a mobilidade, podendo ser transferidos ou cedidos a terceiros, a alienabilidade, a temporainedade, que lhes prescreve uma limitação no tempo, para efeito de sua fruição, a penhorabilidade e a prescritibilidade (BITTAR, 2001, p.50).

A nível constitucional, a proteção ao direito de autor encontra-se presente no inciso XIV, do artigo 5º da Constituição Federal, quando prevê que ao autor é concedido o "direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras", conferindo-lhe ainda o direito de fiscalização sobre a utilização econômica das obras que criar ou em que participar da criação. Assim, a Constituição Federal de 1988 reconhece ao direito do autor o status de direito fundamental individual.

Todavia, a fundamentalidade reconhecida ao Direito de Autor não representa que este direito seja absoluto, muito pelo contrário, pois assim como outros institutos de direito privado, como a propriedade, o contrato e a empresa, o Direito de Autor também deve cumprir uma função social. Isso significa dizer que a proteção do direito de autor deve estar em harmonia com os interesses sociais.

Neste sentido Hammes (1998, p. 76/77) preleciona que:

> [...] juntamente com a aceitação do Direito de Autor, desenvolveu-se o reconhecimento de que o mesmo está sujeito igualmente a uma vinculação social. Em nome do interesse comum, o autor deve tolerar restrições aos seus direitos.

Há a necessidade de se proteger as criações intelectuais, propiciando ao autor retirar os proventos correspondentes da sua criação, inclusive,

como meio de incentivo a produção de novas obras. Contudo, esta proteção deve sofrer restrições sempre que servir de empecilho ao acesso à educação e à difusão do conhecimento e cultura.

Nessa perspectiva, pretende-se abordar no ponto seguinte o direito de acesso à cultura e sua importância no cenário contemporâneo, bem como o seu possível âmbito de conflito com o direito de autor.

3. O DIREITO À CULTURA E O ACESSO ÀS OBRAS INTELECTUAIS COMO MEIO DE SUA CONCRETIZAÇÃO

Apesar de não estar previsto de forma expressa no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o direito à cultura é considerado como um direito fundamental, de caráter social, encontrando-se inserto em diversos outros dispositivos constitucionais, que tratam da promoção à cultura.[4]

Ao conceituar os direito à cultura ou direitos culturais, Cunha Filho (2000, p. 5, 2000), refere que:

> Direitos Culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa do presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana.

O direito à cultura, assim com os demais direitos denominados de segunda dimensão[5] que surgiram, sobretudo, a partir do advento do Estado Social de Direito, tem em regra, caráter prestacional, ou seja, para serem atingidos dependem de uma prestação Estatal.

Desta forma, a Constituição de 1998 estabelece, de forma expressa em seu artigo 215, em relação ao direito à cultura, que o Estado "garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da

4 O direito a cultura pode ser encontrado no âmbito da Constituição de 1988 nos artigos 23, V; 215; 216 e 227.

5 Direitos de segunda dimensão, são aqueles que dizem respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais e que pressupõem, ao invés de uma atuação negativa do Estado, um dever de agir do Estado na busca por uma igualdade material entre os indivíduos.

cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais"

Todavia, isto não implica que o Estado seja o único responsável por garantir o acesso à cultura para sociedade. Nesse sentido, o direito a cultura, assim como outros direitos fundamentais sociais, apresentam como responsáveis não só o Estado, mas sim uma responsabilidade solidária entre Estado e a própria sociedade, indicada pela própria Carta Magna.

Um exemplo disso é o Art. 227 da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer o seguinte:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com relação à dimensão da tutela do direito de acesso à cultura, por trata-se de um direito fundamental social, por mais que possa ser exercido individualmente, ultrapassa, de longe, o atendimento de interesses meramente individuais, ou seja, mesmo que possa ser utilizado de forma individual, não pode ser compreendido sem que se considere sua dimensão coletiva.

O direito fundamental a cultura, apresenta ainda, íntima relação com o princípio da dignidade humana, princípio matriz do sistema constitucional pátrio. Nesse sentido, o próprio Governo Federal Brasileiro, através do Programa Mais Cultura, lançado em outubro de 2007, reconheceu expressamente a cultura como necessidade básica do cidadão, tanto quanto a alimentação, a saúde, a moradia, a educação e o voto.

Nessa perspectiva, ao falar da importância da cultura para a formação do indivíduo, Vygotsky, citado por Rego (2008, p. 45), refere 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".

Dessa forma, a direito de acesso à cultura apresenta-se como um fator importante para a formação do ser humano, bem como para o próprio desenvolvimento social de um país, sendo que, a sua mitigação representa uma afronta ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, da mesma forma que ocorre com a falta de acesso à educação, à alimentação, à moradia, à saúde, etc.

Com efeito, o direito à cultura, aliado ao direito à educação objetiva permitir a formação para a liberdade, uma formação voltada para a cidadania, bem como serve como instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental insculpido no art. 1º da Carta Magna (GUERRA e EMERIQUE, 2006).

Bem assim, fica clara a próxima relação entre o direito fundamental à cultura e o princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ainda o considerar como um dos componentes do denominado mínimo existencial[6].

Nessa perspectiva, em uma sequência lógica, é possível afirmar que para se lograr uma plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana, é imprescindível que se garanta à sociedade também a concretização do direito fundamental à cultura. Todavia, é importante ressaltar que para uma completa efetivação do direito à cultura não basta apenas a proteção dos bens e patrimônio cultural, mas deve-se também promover o acesso a esses bens e produtos culturais, em especial, às obras intelectuais, ou seja, deve-se promover o acesso à informação e consequentemente ao próprio conhecimento.

Com efeito, o acesso às obras intelectuais que se constitui como pressuposto para o acesso à informação e ao conhecimento e, que, já se mostra historicamente de imensurável valor para a concretização do direito à cultura,

6 Mínimo existencial representa o conjunto de garantias mínimas para uma vida com dignidade. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas.*In: SOUZA NETO. C. P.; SARMENTO, D., (Org.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 334.

passa a ganhar maior relevância ainda contemporaneamente, sobretudo a partir do surgimento das novas tecnologias e da difusão da internet.

Isso porque, vislumbra-se uma nova realidade nos meios de comunicação que oferecem inúmeros novos recursos de acesso aos bens intelectuais e, consequentemente, com a crescente interatividade proporcionada pelas novas tecnologias, traz novas perspectivas culturais e educacionais para a sociedade.

Note-se que, quando se fala na existência de novas perspectivas culturais, quer se referir justamente a novas formas de acesso aos bens de caráter intelectual, proporcionadas, sobretudo, pelas tecnologias digitais.

De fato, presencia-se contemporaneamente uma evolução constante e veloz dos meios tecnológicos. Novos equipamentos e avanços nos meios de telecomunicação e informáticos produzem uma revolução nos meios comunicativos e de acesso às fontes de conhecimento e cultura, o que, consequentemente, provoca o surgimento de um novo modelo de sociedade.

Tal tipo de sociedade convencionou-se chamar de "Sociedade da Informação", em que a o conhecimento e a informação passam a constituir bens de inestimável valor, indispensáveis para o desenvolvimento econômico, tecnológico e cultural da sociedade como um todo.

Ocorre então, que a partir desta exigência social pelo acesso à informação aliada às inúmeras inovações tecnológicas, desponta uma alteração radical nas tradicionais práticas profissionais e sociais referentes à criação e uso dos bens intelectuais, bem como da difusão da informação e do conhecimento.

A partir da possibilidade de digitalização da informação permite-se à sociedade transpor fronteiras culturais e de conhecimento nunca pensadas. "A informação em meio digital pode ser reproduzida instantaneamente, com perfeita exatidão, sem esforço significativo" (ADOLFO, 2008, p. 245) e de forma barata, quando não gratuita.

Neste contexto, a socialização do conhecimento passa a constituir uma dos principais bases da inovação e da construção de outros novos

conhecimentos e até mesmo de uma formação cultural. Por isso, sob o ponto de vista social e especialmente cultural, tornam-se extremamente valiosas as ferramentas que a internet e demais inovações tecnológicas proporcionam para o compartilhamento dos bens intelectuais, já que estes se constituem como fontes de conhecimento e o acesso a eles é requisito para a promoção do desenvolvimento cultural, econômico e tecnológico de uma sociedade.

Com efeito, a internet diminuiu de forma fantástica as barreiras de espaço e tempo, promovendo o desenvolvimento da Sociedade Informacional que tem seu fundamento baseado no conhecimento, na pesquisa, na fácil acessibilidade e utilização da informação (WACHOWICZ, 2008).

Contudo, este progresso tecnológico, tendo em vista permitir uma maior acessibilidade e rapidez aos bens intelectuais, provoca, "um *tsunami* no Direito Autoral"(ADOLFO, 2008, p. 227).

Evidencia-se assim, uma conflituosidade, em que de um lado tem-se o autor (ou cessionários de seus direitos patrimoniais), que requer a tutela sobre as suas criações, para que possa receber a remuneração pela utilização dos bens provenientes de seu intelecto, inclusive como meio de incentivo à criação; de outro lado tem-se a coletividade, que com fundamento no direito fundamental à cultura, à educação, entre outros, pretende continuar a se beneficiar das tecnologias ora existentes para fins de acesso e difusão da informação e do conhecimento.

Surge, neste sentido, um conflito de direitos fundamentais, de um lado o direito de autor ao monopólio sobre a utilização de sua obra e de outro lado o direito da sociedade à informação, à educação e também à própria cultura.

Conforme destaca Aline Vitalis (2006. p. 205):

> [...] verificou-se um conflito entre a necessidade do progresso da educação e da cultura como fatores fundamentais para o desenvolvimento da nação e a imperatividade da concessão da proteção legal às criações intelectuais surgidas em seu contexto, exatamente como estímulo para a produção de obras de engenho pelos res-

> pectivos nacionais. O choque de interesses é evidente: o interesse do autor (individual) volta-se para a proteção e retribuição econômica de sua obra, ao passo que o da coletividade corresponde à fruição dessa mesma obra.

Com efeito, como já observado anteriormente, no constitucionalismo contemporâneo, com a exigência de que os institutos privados cumpram uma função social, é necessário que se estabeleça um ponto de equilíbrio entre os interesses individuais e sociais, de forma que, no caso em questão, se proteja os interesses do autor, todavia sem barrar o acesso da sociedade aos bens intelectuais, muito especialmente quando este acesso tenha cunho educacional.

No entanto, ao se observar a lei 9.610 de 1998, que é a atual lei de direitos autorais (LDA), se verificará a presença de uma proteção excessiva ao direito do autor, pois tal marco legal conta com um texto extremamente restritivo, possibilitando poucas exceções ao monopólio do direito do autor em favor da sociedade, quanto ao uso das obras intelectuais, mesmo que a utilização tenha fins estritamente culturais ou educacionais.

A esse propósito, Branco Junior (2016, p. 4) refere que:

> Nossa lei segue o sistema jurídico continental-europeu, que tradicionalmente apresenta, em seu próprio texto, as limitações e exceções ao direito de autor. Isso significa que a lei indica em que casos o uso de obras alheias não constitui violação aos direitos autorais. Entretanto, não há, entre as limitações e exceções da LDA, previsão suficientemente abrangente para permitir o uso de obras protegidas por direitos autorais em instituições educacionais ou com fins educacionais, de qualquer tipo.

Assim, tendo-se em vista o caráter restritivo das limitações estabelecidas pela legislação brasileira, observa-se traços de uma concepção individualista adotada pelo legislador ordinário na defesa do direito do criador da obra; o que vem a impactar negativamente no acesso à cultura.

Nota-se, portanto, um desequilíbrio entre interesses individuais e interesses sociais. Assim, é fora de dúvida que a atual LDA encontra fundamento muito maior no inciso XIV, do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito individual do autor, do que, por

exemplo, nos artigos 215, 227 entre outros da Carta Magna, que tratam do direito à cultura.

Nessas condições, para que os ajustes e a harmonização de interesses antagônicos aqui abordados ocorra, pode-se trabalhar com a possibilidade de uma aplicação direta da Constituição às relações autorais, sobretudo com uma possível incidência do direito fundamental à cultura, ou seja, por uma reinterpretação da atual LDA à luz da constituição. É o que pretende-se abordar no item seguinte.

4. INCIDÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Antes de tudo, visto que o direito fundamental à cultura é concebido como um direito fundamental social, que em regra apresenta caráter prestacional, é necessário verificar quanto à possibilidade, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, da aplicação direta dessa espécie de direito nas relações privadas, que no presente caso dizem respeito às relações autorais.

Assim, da análise doutrinária que trata do assunto, verifica-se algumas divergências. Por um lado, Steinmetz se posiciona contra a incidência dos direitos sociais nas relações entre particulares, justamente por tais diretos serem caracterizados como prestacionais.

Segundo o Steinmetz (2004, p.279):

> Se se definir direitos a prestações em sentido estrito como direitos do indivíduo a algo (bem ou serviço) ante o Estado, então, por definição, os particulares não estão vinculados aos direitos fundamentais do art. 6º. Isso é também o que se conclui com base na análise estrutural e sistemática das normas veiculadas pelo art. 6º: os particulares não configuram com sujeitos destinatários.

Ainda, segundo Steinmetz (2004, p.279), considerar que os direitos prestacionais vinculam as relações privadas, sobretudo levando em conta sua natureza de direitos financeiramente onerosos e que, por vezes exigem ações positivas, significa uma colisão de tais direitos contra o princípio da

livre iniciativa, com os direitos de liberdade e de propriedade, bem como com o princípio da autonomia privada.

Tais observações de Steinmetz induzem à compreensão de que não seria possível a aplicação do direito fundamental à cultura em um conflito que envolva direitos autorais, especialmente quando a relação jurídica ocorrer entre particulares.

Esse entendimento, portanto, leva a concluir, por exemplo, que um indivíduo que não tenha condições de comprar um livro, não pode tirar cópia integral da obra, mesmo que para uso próprio e com fins exclusivamente culturais ou educacionais, sem autorização do autor, já que a LDA não o permite, não podendo se valer do direito fundamental à cultura nessa situação, pois este direito somente seria oponível contra o Estado.

Todavia, de outro lado, Canotilho, diferentemente de Steinmetz reconhece a incidência dos direitos fundamentais sociais nas relações interprivadas, todavia, de forma apenas indireta ou mediata. A esse respeito o autor lusitano ensina que:

> A doutrina não tem dúvidas em aceitar a "eficácia horizontal" dos direitos sociais, económicos e culturais sob as duas modalidades de "efeito mediato" ou de "eficácia indireta": (1) impondo ao legislador a "atracção das normas sociais" segundo os direitos constitucionais sociais [...]; (2) obrigando o intérprete a uma interpretação conforme as normas constitucionais sociais [...] (CANOTILHO, 1998, p. 441)

Logo, para a teoria da eficácia mediata defendida por Canotilho, existe a possibilidade da incidência dos direitos fundamentais sociais também nas relações entre particulares, no entanto, não de forma direta, mas sim estabelece a necessidade de que os direitos fundamentais sejam levados em conta pelo legislador na criação das regras de direito privado.

Assim, a esse respeito Sarmento (2006, p. 200) ensina que "cabe antes de tudo ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares", ou seja, cabe ao Poder Legislativo efetuar a ponderação entre os interesses constitucionais em conflito, sendo-lhe outorgada a discricionariedade para acomodar os valores

colidentes, de acordo com o contexto social de cada época, o que resultará em leis em conformidade com uma leitura sistemática da Constituição.

Facilmente se presume, que a partir da teoria da eficácia indireta dos Direitos Fundamentais aplicada ao tema abordado, pressupõe-se que o direito à cultura só pode ser aplicado às relações autorais (entre particulares), a partir da atuação do legislador. Isso representa, que a busca pela concretização do direito fundamental à cultura, por meio do acesso às obras intelectuais, só pode ocorrer por meio da criação de uma nova lei, que venha a atualizar a atual LDA adequando-a a nova realidade social e as novas possibilidades e necessidades culturais.

Nesse sentido, há um movimento acadêmico e social, apoiado inclusive pelo Ministério da Cultura, que por meio de discussões em diversos eventos de nível regional, nacional e até mesmo internacional, busca a alteração da Lei 9.610/98, de modo a inserir aspectos que visem, entre outras coisas, promover um equilíbrio entre os interesses do autor e da sociedade, inclusive promovendo o direito à cultura, nos moldes do constitucionalismo contemporâneo.

Como se pode observar, no âmbito desse movimento que entende necessária a alteração legislativa para que seja possível atender de forma mais ampla os direitos da coletividade amparados, entre outros, também pelo direito fundamental à cultura, prepondera o entendimento da possibilidade de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Convém, no entanto, considerar ainda outra teoria sobre a incidência dos direitos sociais nas relações interprivadas. Assim, por sua vez, Sarlet, se posiciona a favor da incidência direta dos direitos fundamentais no âmbito de todo o direito, de forma genérica, incluindo-se os direitos fundamentais sociais (direitos a prestações), que, portanto vinculam de forma imediata também as relações entre particulares.

Neste sentido Sarlet (2009, p.280-281) refere que:

> [...] mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocadamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos

> termos do disposto do art. 5º, § 1º, da nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja a sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexiste norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.

Para o autor, a incidência horizontal dos direitos fundamentais sociais mostra-se mais relevante ainda quando há a conexão de tais direitos com o mínimo existencial, como é o caso do direito à cultura, asseverando que se esta vinculação dos direitos fundamentais "já é possível até mesmo fora das do âmbito do que tem sido considerado como mínimo existencial [...], o que não dizer quando estiverem em causa prestações indispensáveis à satisfação das condições mínimas de uma vida com dignidade" (SARLET, 2007, p.350). Percebe-se aqui também a influência do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio norteador da Constituição pátria.

Nesta perspectiva, pode-se entender que os direitos prestacionais, sobretudo aqueles vinculados ao cumprimento do mínimo existencial e, portanto, incluindo-se o direito fundamental à cultura, podem gerar direitos subjetivos definitivos, diretamente vinculantes e exigíveis judicialmente, inclusive contra particulares.

A esse respeito Sarmento (2006, p. 295), ensina que:

> Existe uma série de razões que justifica, hoje, a concepção de que, ao lado do dever primário do Estado, de garantir os direitos sociais, é possível também visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los. Em primeiro lugar, por que as relações privadas, que se desenvolvem sob o pálio da Constituição, não estão isentas da incidência dos valores constitucionais, que impõe sua conformação a parâmetros materiais de justiça, nos quais desponta a idéia de solidariedade. Além disto, diante da decantada crise de financiamento do *Walfare State*, que o impede de atender a todas as demandas sociais relevantes, é importante encontrar outros co-responsáveis que – sem exclusão da obrigação primária do Estado – possam contribuir para amenizar o dramático quadro de miséria hoje existente, assumindo tarefas ligadas à garantia de condições mínimas para os

> excluídos, não já, agora, por caridade ou filantropia, mas no cumprimento de deveres juridicamente exigíveis.

Diante dos posicionamentos apresentados, este último tem ganhado cada vez mais espaço no âmbito pátrio, na esfera doutrinária, e, portanto, é a tese adotada no presente trabalho. Nesse sentido, ao reconhecer a possibilidade da incidência direta dos direitos sociais nas relações privadas, seria possível defender judicialmente o direito ao acesso a obras intelectuais para fins culturais contra autores, produtores e editores, com embasamento direto no direito fundamental à cultura.

A partir disso então, pode-se entender que sempre que a lei de direitos autorais servir de empecilho para o acesso a informação para fins culturais e educacionais, se estará diante de um conflito entre direitos fundamentais. Nessa perspectiva, permite-se segunda a tese da incidência direta dos direito fundamentais nas relações privadas, que se aplique diretamente o direito fundamental à cultura, no caso concreto, para resolução do conflito. A solução do caso, consequentemente, ocorrerá por meio da ponderação entre os direitos em conflito, com a utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Sendo assim, na solução de cada caso, devem ser analisadas as especificidades, não sendo possível, desse modo, estabelecer regras prévias definitivas para resolução dos conflitos. Todavia, há que se admitir que o direito à cultura apresenta uma certa preferência na sua realização se comparado com o direito de autor.

Nesse sentido, segundo Ascensão (2011, p. 18) "devemos reconhecer a superioridade hierárquica do direito de acesso à cultura. Este está ligado a aspectos básicos da formação da pessoa, que é a justificação e o fim de todo o Direito", enquanto que o direito de autor, em regra é defendido pela sua vertente patrimonial. No entanto, mesmo havendo uma suposição de prevalecimento do direito à cultura em relação ao direito de autor, tal fato deve ser verificado no caso concreto, não podendo ser resolvido em abstrato.

De qualquer modo, o importante é a admissão da possibilidade jurídica de enfrentamento direto entre os direitos fundamentais aqui tratados, e isso significa que, numa situação fática específica, em que utiliza-se

de um bem intelectual para fins culturais, como por exemplo a reprodução de um texto de relevante importância cultural para ser trabalhado em aula por um professor, ou a utilização de uma música para o mesmo fim, caso ocorra algum óbice quanto à esta utilização, é possível a invocação direta do direito fundamental à cultura e até mesmo do direito à educação contra, por exemplo, o autor ou terceiro detentor de seus direitos patrimoniais, que tenta barrar aquela utilização.

Nessa perspectiva, sempre que a LDA servir de obstáculo ao direito à cultura pode-se forçar uma releitura de tal marco legal a partir da Constituição. Permitindo-se assim, na busca pelo estabelecimento de um equilíbrio de interesses, a incidência do direito à educação diretamente na relação entre o usuário da obra intelectual e o autor ou editor.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de autor, assim como os demais institutos de direito privado, nasce e deve funcionar, contemporaneamente, ligado umbilicalmente à Constituição e a seus princípios constitucionais, muito especialmente à dignidade da pessoa humana, não mais atribuindo aos seus titulares direito absoluto.

Todavia, ao se considerar a realidade social e consequentemente cultural contemporânea, verifica-se que o direito individual do autor e sua proteção jurídica estabelecida na Constituição Federal e na lei 9.610/98, serve de obstáculo para concretização de direitos fundamentais da coletividade, muito especialmente o direito à cultura.

Nessa perspectiva, em que observa-se um conflito entre interesses individuais e interesses coletivos, deve haver uma ponderação entre os direitos em jogo, afim de se estabelecer uma situação de equilíbrio e harmonização entre os valores colidentes, ou seja, busca-se a proteção do direito do autor, contudo de tal forma que não obste o acesso a informação e ao conhecimento, pressupostos para a concretização do direito fundamental à cultura

Assim, para que se alcance o equilíbrio referido, torna-se necessário a incidência do direito fundamental à cultura, historicamente oponível

somente contra o Estado, também nas relações interprivadas, ou seja, nas relações autorais, que como visto pode ocorrer de forma direta, por meio do judiciário ou indireta, por intermédio do legislador.

Nessa perspectiva, no âmbito pátrio, frente a uma certa resistência ainda encontrada, na prática, para a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente dos direitos sociais, decorre que talvez a melhor alternativa para fins de amenizar o conflito de interesses e buscar uma maior concretização do direito fundamental à cultura seria a modificação e consequente atualização da LDA, como forma de aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Portanto, nesse contexto, mostra-se de grande relevância as discussões para a elaboração de uma nova Lei, de forma a permitir, por meio da incidência indireta dos direitos fundamentais, entre eles o direito à cultura, um melhor convívio dos interesses públicos e privados que envolvem os direitos autorais, além de adequar a legislação às situações promovidas pelo ambiente digital e demais tecnologias surgidas recentemente.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel Joaquim dos (Coord.). Direito de autor e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direito à educação, novas tecnologias e limites da lei de direitos autorais. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_a_educacao_novas_tecnologias_e_limites_da_lei_de.pdf >. Acesso em: 15 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.> Acesso em 03 de agosto de 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição, 2ª ed.* Coimbra: Almedina, 1998.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GARCIA, Maria. A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. In: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº23.

HAMMES, Bruno Jorge. O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998.

GUERREIROS JUNIOR, Nehemias. O direito autoral no show bussiness: tudo o que você precisa saber. 3. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

GUERRA. S; EMERIQUE, L. M. B. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006.

RODRIGUES, Maria de Lurdes. Análise das condições sociais do desenvolvimento da sociedade da informação. Disponível em: <http://www.ricyt.org/interior/normalizacion/VItaller/S4_Soc/rodriguesdoc.pdf>. Acesso em: 08 set. 2016.

ROVER, Aires Jose. Os paradoxos de proteção à propriedade intelectual. Disponível em:http://info.jur.ufsc.br/aires/arquivos/jurua-20omar%20paradoxos%20propriedade%20intelectual%20internet.pdf. Acesso em: 22 abr. 2016.

SANTOS, Manoel Joaquim dos (Coord.). Direito de autor e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

_____. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas.In: SOUZA NETO. C. P.; SARMENTO, D., (Org.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: BRASIL, Ministério da Cultura. Direito autoral. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

WACHOWICZ, Marcos. Direito fundamental do autor: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos. Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2008.

A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO AUTORAL

Autoras: Gabriela Helena de Oliveira Campos Mesquita[1]; Lorranne Carvalho da Costa[2]
Instituição: Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, (UFRRJ- ITR).

Resumo: O instituto da extinção contratual consagrado no Código Civil de 2002 vem sofrendo uma série de alterações conceituais e a antiga visão de autonomia plena da vontade perde espaço para uma visão mais voltada para a realidade social dos envolvidos na relação contratual. Nesse sentido, o presente estudo concentra-se na análise de decisões judiciais que visam à extinção contratual no âmbito do direito autoral, com o intuito de observar seus motivos e conseqüências principais. Dentre os motivos identificados na realização de tal instrumento, encontra-se o descumprimento do contrato, enquanto principal, seja por inadimplemento, ou pela inobservância do tempo estabelecido. Assim, observa-se, ao final, que a extinção contratual figura como um instrumento do Direito Civil de garantia de perseguição, pelo indivíduo, de seus direitos autorais.

Palavras-chave: Contratos; Extinção Contratual; Direito Autorais.

1 Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, (UFRRJ- ITR). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. Trabalho desenvolvido sob a orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza. Bolsista do Programa de Educação Tutorial/PET. Email: gabrieela.heleena@hotmail.com. CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/8788898835525952

2 Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, (UFRRJ- ITR). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. Trabalho desenvolvido sob a orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza. Bolsista de Iniciação Científica da FAPERJ. Email: lorranne_carvalho@hotmail.com. CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/3224481627926024

1. INTRODUÇÃO

Influenciado pelo Código Napoleônico, o direito civil era tido como o "reino da liberdade individual" (MORAES, 1991, p. 2), o ramo do direito onde a autonomia privada era vista como valor supremo e indiscutível e sua utilização era desempenhada de maneira absoluta (1991, p. 2). Contudo, após o século XX ser marcado por duas grandes guerras mundiais, deparou-se com a necessidade de redefinição dos institutos jurídicos existentes, tendo em vista às inúmeras atrocidades cometidas nesses períodos históricos resguardadas na licitude.

Neste sentido, os países europeus passaram pelo chamado "constitucionalismo do pós-guerra" (BARROSO, 200?, p. 238), que redefiniu o papel central da Constituição nos ordenamentos jurídicos, proporcionando inúmeras mudanças, não somente jurídicas, mas, sobretudo, políticas, com o fortalecimento do Estado democrático de direito, aproximando os ideais constitucionais e democráticos (200?, p. 238). Os Estados, assim, transformaram seus papéis, passando a operar em seus governos internos de forma mais atuante, o que acabou por influenciar os ramos do direito, em especial, o direito civil (MORAES, 1991, p. 3):

> Diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores.

Assim, o deslocamento hermenêutico da Constituição para o centro do ordenamento jurídico brasileiro admitiu a irradiação para todos os dispositivos infraconstitucionais de seus princípios e valores, notadamente os direitos e garantias fundamentais, assegurando, destarte, que a axiologia Constitucional fosse requisito de validade das normas infraconstitucionais.

O atual contexto pós-positivista, assim, colocou os direitos fundamentais no centro do ordenamento jurídico, não só influenciando as demais normas nele existentes, como também dando a estas um novo

parâmetro de existência. Destarte, com o direito autoral não poderia ser diferente, visto que o estudo acerca do ramo deverá, sempre que necessário, estabelecer o sentido e o alcance de sua fundamentação na Constituição Federal.

Sendo os contratos um meio de transferência dos direitos patrimoniais e legitimação de usos de obras protegidas por direitos autorais, pode servir também como instrumento de dominação e controle em benefício das forças econômicas dominantes, e afrontarem direitos e valores constitucionalmente assegurados.

Neste contexto, o presente estudo tem por intuito verificar como o instituto da extinção contratual instituído pelo Código Civil é aplicado nos contratos de natureza autoral, isto é, em quais circunstâncias e sob quais fundamentos vem sendo deferidos os pedidos de extinção contratual que têm por objeto os direitos autorais.

Para tanto, se faz fundamental uma análise mais detida do instituto da extinção contratual, partindo-se de uma abordagem sumária das suas formas de manifestação no ordenamento jurídico brasileiro e concluindo com uma apreciação jurisprudencial da aplicação dos mesmos nos casos concretos.

2. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Um dos princípios basilares da antiga dogmática do direito civil é o *pacta sunt servanda*, que significa, essencialmente, *os negócios devem ser cumpridos em sua plenitude*. Tal preceito era reflexo de uma sociedade que tinha como centro das relações a propriedade privada, encontrava-se arraigada na visão do contrato como inquestionável e inviolável que se sustentava essencialmente na vontade individual, e significava que se um indivíduo livremente pactuou as condições contratuais seria responsável por satisfazê-la, independente das circunstâncias (MORAES, 1991, p. 2).

Todavia, com o passar dos anos a sociedade se modificou e os princípios considerados clássicos foram mitigados em razão de novos princípios. Em face de tal mudança, principalmente diante da relativização

do *pacta sunt servanda,* alguns institutos como o da revisão e rescisão contratuais, que antes só eram passíveis de aplicação em casos extremos passaram a ser utilizados como ferramentas para assegurar o respeito aos preceitos de justiça e equidade nas relações contratuais – que refletem a axiologia constitucional nas relações privadas.

Nesse sentido, a revisão contratual permite aos contratantes restabelecer os parâmetros contratuais em razão de, entre outras coisas, não atendimento aos ditames da boa-fé, equilíbrio e função social. Tal possibilidade leva em consideração o princípio da preservação do contrato, o qual preceitua que sempre que se esteja diante de um defeito sanável, é preferível a readequação do contrato à sua rescisão, pois, nas palavras do Ministro Sidnei Beneti (2001, p. 1):

> A ordem jurídica é harmônica com os interesses individuais e do desenvolvimento econômico-social. Ela não fulmina completamente os atos que lhe são desconformes em qualquer extensão. A teoria dos negócios jurídicos, amplamente informada pelo princípio da conservação dos seus efeitos, estabelece que até mesmo as normas cogentes destinam-se a ordenar e coordenar a prática dos atos necessários ao convívio social, respeitados os negócios jurídicos realizados. Deve-se preferir a interpretação que evita a anulação completa do ato praticado, optando-se pela sua redução e recondução aos parâmetros da legalidade.[3]

Ainda no campo da vontade dos contratantes, encontra-se o distrato, previsto no art. 472 do Código Civil. Nas palavras de Clovis Belivaqua, o distrato é "o acordo entre as partes contratantes, a fim de extinguirem o vínculo obrigacional estabelecido pelo contrato." (BEVILAQUA, 1958, p. 207). Como já mencionado, sabe-se que o que se espera de um contrato é que o mesmo seja cumprido, de acordo com o princípio contratual da obrigatoriedade, isto é, o *pacta sunt servanda*. Todavia, "pode acontecer que, por motivos que variam ao sabor dos interesses das partes, ou das injunções ambientais, ocorra a hipótese de convir que se impeça a produção de efeitos do contrato ainda não cumprido ou não totalmente executado."

3 BRASIL, Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial, Nº: 1106625/PR. 3ª Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. DJe 09/09/2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21083681/recurso-especial-resp-1106625-pr-2008-0259499-7-stj>.

(PEREIRA, 2004, p. 151). Nesse caso, então, estaremos diante de uma extinção contratual voluntária exercida pelos contratantes.

No mesmo sentido, ressalta-se, ainda, a existência do instituto da resilição contratual. Segundo Gustavo Tepedino, a resilição implica em "um instituto importado da prática jurídica francesa que representa um modo de extinção dos contratos, devido a causas supervenientes à sua formação, pela convergência de intenção das partes." (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2012, p. 113). Embora haja autores que divergem quanto ao sentido atribuído ao instituto[4], a maior parte deles, o entende enquanto um acordo de vontades para pôr fim a uma relação jurídica, como nas palavras de Orlando Gomes corresponde a um "[...] negócio extintivo. O que criaram pela vontade comum, pela vontade comum destroem." (GOMES, 2007, p. 183), representando, assim, um meio de "desfazimento de comum acordo, do laço que prendia os contraentes." (2007, p. 183).

Tendo em vista, então, a resilição ser um modo de extinção dos contratos por vontade das partes, cabe tal manifestação se expressar de forma unilateral e bilateral. Quando diante da modalidade bilateral de extinção contratual, falar-se-á em distrato, instituto analisado acima, haja vista que "[...] a resilição é o modo de extinção dos contratos pela vontade, bilateral ou unilateral, das partes. O distrato corresponde à modalidade bilateral de resilição." (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2012, p. 115), o distrato, logo, se confunde com a resilição bilateral, no entanto, diverge da resilição unilateral.

A resilição requerida por apenas uma das partes do negócio é encarada com cautela diante do princípio da obrigatoriedade, isto é, da necessidade de manutenção do que foi estipulado, mas "não se trata, contudo, de mecanismo excepcional, já que, respeitada evidentemente a obrigatoriedade dos prazos contratuais determinados, ninguém pode

4 Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior entende a resilição enquanto "uma espécie de resolução fundada no descumprimento e aplicável especificadamente às relações duradouras." JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – Resolução, 2ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 2003. In: TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 113.

ser compelido a manter-se em relação contratual contra sua a própria vontade." (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2012, p. 116), tendo em vista que, "um dos defeitos do princípio da obrigatoriedade do contrato é, precisamente, a alienação da liberdade dos contratantes, nenhum dos quais podendo romper o vínculo, em princípio, sem a anuência do outro." (PEREIRA, 2004, p. 130).

Nesse sentido, a faculdade da resilição unilateral varia conforme a modalidade do contrato, sendo capaz de manifestação: i) nos contratos por tempo indeterminado; ii) nos contratos de execução continuada, ou periódica; iii) nos contratos em geral, quando ainda não tiverem sido executados, iv) nos contratos benéficos e v) nos contratos de atividade (GOMES, 2007, p. 223). Os fundamentos da resilição unilateral dependerão, então, de cada modalidade contratual. Nos contratos por tempo indeterminado, por exemplo, em que não há obrigação por tempo certo, entende-se que "o fundamento do poder de resilir, seria, assim, a vontade presumida das partes." (2007, p. 223).

Insta mencionar, ainda, que alguns contratos assumem aspectos especiais: renúncia, revogação e resgate (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2012, p. 474). A renúncia ocorre quando um contratante informa ao outro que não pretende mais continuar na relação através da manifestação de vontade, de modo que tal conduta passa a produzir efeitos a partir do momento que chega ao conhecimento da outra parte e, normalmente, vem acompanhado de um aviso prévio (GOMES, 2007, p. 224). A revogação, por sua vez, ocorre "quando a lei autoriza a retratação da parte, como ocorre com o mandato" (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2012, p. 474) e com as doações.

Por fim, o resgate é aplicado, unicamente, nos contratos de enfiteuse e de constituição de renda, portanto representa um modo especial de resilição unilateral. Nas palavras de Orlando Gomes (2007, p. 227):

> O primeiro, consiste no pagamento, de uma só vez, de certa quantia ao senhorio, decorrido certo tempo de gozo do direito real. No segundo, o devedor de renda constituída sobre imóvel libera-se da obrigação de pagá-la, entregando, de uma vez, certo capital em dinheiro.

No que tange os efeitos da resilição unilateral, esta não atua retroativamente, isto é, *ex tunc*, pelo contrário, seus efeitos manifestam-se *ex nunc*. Como exemplo, nos contratos de execução continuada, não cabe a restituição das prestações que já tenham sido cumpridas em caso de resilição unilateral, assim, os efeitos produzidos "permanecem inalterados e jamais serão cassados." (GOMES, 2007, p. 227).

De todo modo, no curso da trajetória do contrato o que se espera do mesmo é a execução das obrigações nele previstas (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 517). Portanto, a resilição antecipada infundada, frustrando a legítima expectativa da outra parte, como nos casos de resilição antes do prazo nos contratos por tempo determinado, gera indenização.

Quando diante de situação diversa da referida, a extinção contratual advém do descumprimento ou da impossibilidade de rever as cláusulas contratuais, sendo uma das medidas mais drásticas do direito das obrigações. Nesse sentido, de acordo com Orlando Gomes (2007, *passim*), a extinção do contrato pode ocorrer de maneira natural, bem como pelo advento de causas supervenientes e até mesmo de causas anteriores ao estipulado. O autor afirma que a extinção de maneira natural ocorre quando o contrato atinge seu intuito, tendo seu objeto se extinguido e as partes se desobrigado em função da plena realização do acordado, podendo-se tal situação ocorrer de maneira imediata ou continuada.

Ainda, segundo o doutrinador, a extinção contratual pode ocorrer por motivos advindos de fatos anteriores à formação do contrato, bem como por causas supervenientes. O primeiro caso tem por conseqüência a anulação ou nulidade contratual, enquanto que, o segundo caso, se manifesta mediante dois institutos distintos: as já mencionadas resilição e resolução.

Segundo o que preceitua Orlando Gomes, a resolução se fundamenta basicamente no inadimplemento do contrato realizado por uma das partes, ou melhor, é a inexecução por um dos contratantes do que foi pactuado, caracterizando-se, assim, "um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial." (GOMES, 2007,

p. 205). A resolução, assim, é a conseqüência de um fato superveniente à celebração do contrato, seu fundamento, então, é a "manutenção do equilíbrio das partes no contexto contratual" (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 541) e seu efeito é extintivo sobre a relação jurídica estabelecida.

Sob essa perspectiva, cabe adentrar na natureza da resolução e, conseqüentemente, em seus efeitos. Como citado acima, é comum associar a resolução contratual com seu efeito extintivo da relação[5], todavia:

> Esse posicionamento pode ser contestado se conectarmos o fenômeno da resolução à visão sistêmica da relação obrigacional complexa, na qual se incluem, para além da obrigação principal, deveres secundários e anexos, além de direitos formativos e correspectivos estados de sujeição. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 542).

Deste modo, o exercício da resolução é também responsável pela criação de relações jurídicas, "pois a relação originária extinta será substituída por uma relação de liquidação, na qual o dever primário de prestação será convertido em deveres secundários de indenização ou restituição." (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 542).

O que significa dizer que a resolução além de possuir efeito extintivo, também modifica a obrigação, gerando um efeito de restituir e de indenizar. E, ainda, a resolução é capaz de gerar efeito liberatório, "pois o credor se exonera de efetuar sua prestação (caso ainda não a tenha cumprido) ou, tendo efetuado a sua prestação, acarreta a necessidade de recomposição da situação com a restituição e a reparação dos danos." (FARIAS. ROSENVALD, 2015, p. 543).

Assim, a importância da resolução contratual incide, notadamente, na possibilidade de correção do desequilíbrio superveniente em determinado contrato, "mediante o direito potestativo ao desfazimento

5 Assim, aduz Cristiano Chaves que a "é lugar comum conceituar a resolução como um fato extintivo da relação obrigacional edificada pelo inadimplemento do contrato bilateral. Aliás, a própria topografia na qual é inserido o art. 475 do Código Civil localiza a resolução – com o distrato e a resilição unilateral – como espécie de extinção contratual (Seção II, Capítulo II, Título V – Dos Contratos em Geral)." FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie.* 5ª. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 542.

da relação jurídica, com o retorno à situação originária." (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 541).

Por fim, a rescisão contratual, se reserva "para o modo específico de dissolução de certos contratos. O Código Civil de 2002 não emprega o termo "rescisão" em sentido técnico ou unívoco. É usado para significar, ora resolução, ora resilição." (GOMES, 2007, p. 227). Ou seja, a rescisão pode ser entendida como sinônimo de extinção, isto é, como gênero das espécies resilição, resolução ou extinção por cumprimento do objeto. Ainda, nesse sentido, segundo Orlando Gomes, este caso de extinção por fato superveniente, se caracteriza por possuir como elemento fundamental a identificação de um componente subjetivo (GOMES, 2007, p. 227).

Deste modo, foi possível auferir a existência, no campo do direito privado, de diversas possibilidades de extinção da relação contratual, tais como: rescisão, resolução e resilição. Assim, esclarecida a temática aludida, se faz necessária uma análise jurisprudencial do tema, a fim de se obter uma melhor compreensão do instituto na esfera prática dos contratos de direito autoral.

3. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO AUTORAL: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.

Com o intuito de analisar o modo de interpretação dos tribunais, foram selecionadas, para o escopo deste trabalho, cinco decisões, dentre recursos de apelação e apelações cíveis advindas dos Tribunais de Justiça, as quais demonstram algumas das possibilidades de resolução contratual no seio do direito autoral. São elas a Apelação Cível nº 20110111393053 DF 0037117-70.2011.8.07.0001, os Recursos de Apelação nº 9287020142008826 SP 9287020-14.2008.8.26.0000, nº 994060350321, nº 10254627920138260100 SP 1025462-79.2013.8.26.0100 e nº 00119504320138260004 SP 0011950-43.2013.8.26.0004.

3.1. APELAÇÃO CÍVEL Nº 20110111393053 DF 0037117-70.2011.8.07.0001[6]

Group Software Ltda entrou com ação de indenização objetivando a condenação da empresa Ascon Assessoria De Condomínios Ltda ao pagamento de indenização a título de perdas e danos, haja vista que após a rescisão contratual de cessão temporária dos direitos de uso de softwares que pactuaram, a parte ré continuou a utilizar os programas de computador da parte autora, em alegada manifesta violação ao seu direito autoral e patrimonial.

Em primeira instância sentença de julgou procedente o pedido condenando a ré ao pagamento de R$15.480,00 por mês. Fora concedido liminar à autora, onde se determinou a cessação da utilização do software, bem como a destruição das cópias não licenciadas, fixando multa diária de R$10.000,00.

A parte ré apelou alegando a decadência do direito da parte autora que não ajuizou a ação nos 30 dias após a efetivação da medida cautelar, afirmando ainda que possuía o direito de utilizar-se dos softwares, sendo que a rescisão do contrato teria se dado apenas no tocante à atualização destes. Aduziu que o contratado era mais abrangente do que o contrato de licença de uso e que não teria limitação quanto à quantidade de usuários habilitados a utilizar o software, não havendo se falar em violação a propriedade intelectual da autora.

O relator Antônio Lopes indicou que a ausência de ajuizamento da ação principal no período de 30 dias teria como consequência legal não a decadência do direito material postulado na ação principal, mas sim perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar.

Discorre ainda o julgador que em análise do processo, constatou-se que havia previsão de que, rescindida a cessão de direito de uso, a ré

6 BRASIL. Tribunal de Justiçado do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. 20110111393053 DF 0037117-70.2011.8.07.0001, 4ª Câmara Cível. Relator: Antoninho Lopes. Data de Julgamento: 04/06/2014, , DJ-e Pág. 63. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128110348/apelacao-civel-apc-20110111393053-df-0037117-7020118070001>

deveria devolver os softwares e todo o acervo relativo, assim como deletar de suas máquinas todos os arquivos.

Pondera o relator que a interpretação dada pela parte ré está equivocada ao agir de forma a demonstrar que os softwares seriam vendidos ou cedidos eternamente. Foi analisado que os contratos tinham sido rescindidos no ano de 2009, e a ré foi flagrada utilizando indevidamente o software após a referida data. Inclusive, sem base no contrato, aumentou a capacidade de uso de referido software com a instalação em rede. Nesse sentido, manteve o relator, Antônio Lopes, a sentença de primeiro grau, conferindo à parte autora o pedido indenizatório no valor R$15.480,00 mensais rescindida a cessão de direito de uso, negando provimento ao recurso de apelação da parte ré.

Nesse sentido, é de suma importância salientar o direito da parte autora em ver a eficácia do seu direito posto, uma vez que o contrato com a contraparte já havia terminado há tempos, e, contudo a empresa continuava usando seus produtos de maneira indiscriminada, dando ensejo assim a propositura de ação para reconhecer a resolução que já havia ocorrido, caracterizando nitidamente o direito a dano moral, pois que tal conduta advinda da parte ré demonstrou clara intenção de burla dos preceitos legais.

3.2. RECURSO DE APELAÇÃO Nº 9287020142008826 SP 9287020-14.2008.8.26.0000[7]

Cuida-se de ação de rescisão contratual cumulada com restituição e indenização por danos morais ajuizada por Patrícia Schmidt Boujadi em face de CMS Editora Ltda, em que foi julgada procedente em sentença de primeiro grau, a qual entende que houve cessão de direitos de autor sobre obras futuras, bem como deu por rescindido o contrato tendo em vista o

7 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação 9287020142008826 SP 9287020-14.2008.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Relator: José Joaquim dos Santos, Data de Julgamento: 24/07/2012, Data de Publicação: 26/07/2012. Acesso em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22226635/apelacao-apl-9287020142008826-sp-9287020-1420088260000-tjsp>.

lapso temporal transcorrido após o ajuizamento da ação. Contudo, ambas as partes apelaram da referida sentença, alegando, a parte ré, que não se tratava de contrato de cessão de direitos, mas apenas de edição de uma única obra da autora que já se encontrava finalizada, e a autora, apelando com vistas a ver declarada a existência de cláusulas contratuais abusivas, requerendo a condenação por danos materiais e morais. Assim, o recurso da ré fora negado, do mesmo modo que a apelação por indenização de possível dano moral existente no caso.

O relator, ministro José Joaquim dos Santos negou provimento ao recurso da parte ré firmando tal entendimento na existência expressa de contrato de cessão de direitos autorais, haja vista que o artigo 29, inciso I, da lei 6.910/98 estabelece que a edição é uma das modalidades de utilização da obra, uma vez que a "edição de obra futura" é o próprio objeto do contrato, não cabendo assim a alegação da ré ao alegar inexistir contrato de cessão de direitos autorais.

Nessa toada, negou ainda provimento ao recurso da parte autora, pois que tendo em vista que no contrato havia cláusula que dispunha que a editoria só suportaria os gastos que fossem aprovados de forma prévia, não logrou êxito a autora de comprovar que as despesas de divulgação e lançamento do livro suportadas pela mesma, tivessem sido previamente aprovadas pela ré, de modo a inviabilizar o pedido de reembolso. No tocante à alegação de abusividade existente nas cláusulas contratuais que estabeleciam o percentual para remuneração da autora, não fora dado provimento, uma vez que tal cláusula não se mostrava em desacordo à lei.

Por fim, foi negado ainda o pedido de dano moral, justificando que o não acolhimento de tal pedido partia da premissa que os aborrecimentos acometidos pela autora eram decorrentes da vida cotidiana, não sendo causa de reparação o mero constrangimento, sendo incapaz de configurar violação aos direitos da personalidade. Assim, negou provimento a ambos os recursos.

Diante do caso em tela, pode-se auferir que o contrato versa, sobre o pedido de resolução cumulado com o pedido indenizatório, esse último, que não fora concedido, haja vista ausência de provas fático-

probatórias anexadas pela autora. Contudo, é pertinente salientar a conduta do magistrado, que, ao refutar a tese da parte ré, baseada em negar a existência de um contrato de cessação de direitos, demonstra a importância da estipulação do objeto do contrato e deu cumprimento, demonstrando as consequências advindas da quebra dessa confiança.

3.3. RECURSO DE APELAÇÃO Nº 994060350321[8]

Trata-se de ação de resolução contratual ajuizada pelo Espólio de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda em face de Bookseller Editora e Distribuidora de Livros Ltda. O autor alega que os contratos firmados entre as partes não têm sido cumpridos de maneira satisfatória pela ré, razão pela qual requer a rescisão.

A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido autoral, alegando para tanto que a ré não estaria cumprindo com o dever necessário sua obrigação, dando provimento assim ao pedido de resolução dano ensejo assim à apelação da parte ré, que passou a requerer, preliminarmente, a análise do agravo retido interposto, afirmando ter ocorrido cerceamento ao seu direito de defesa, eis que segundo a parte, teria sido impedida a oitiva de testemunhas em audiência. Alega ainda a inépcia da petição inicial e a carência do pedido com relação às obras não editadas.

O autor discorre que houve inadimplemento pela ré no que tange às obrigações assumidas nos contratos de cessão de direitos editoriais sobre as diversas obras. De acordo com o observado das cláusulas contratuais, a editora, ora ré, tinha por obrigação pagamento mensal de direitos autorais, a cada dia 30, na proporção de 10% (dez por cento) sobre o preço de capa, apresentando cópia autenticada da nota fiscal emitida pela gráfica e demonstrativo de faturamento.

8 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação 994060350321, 2ª Câmara de Direito Privado, Relator: José Carlos Ferreira Alves Data de Julgamento: Data de Julgamento: 16/11/2010, Data de Publicação: 30/11/10 Acesso em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17577018/apelacao-apl-994060350321-sp>.

Segundo o entendimento do relator, ministro José Carlos Ferreira Alves, houve uma cessão dos direitos editoriais sobre toda a obra do falecido autor. No tocante à análise do agravo retido, esse foi analisado, tendo sido dado provimento parcial, atribuindo à causa o valor de R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais). Contudo, no que diz respeito à alegação de cerceamento do direito de produção de prova em audiência, dispõe o relator que é impossível a substituição da prova documental pela oitiva de testemunhas, e que conferia à ré, juntar documentos que comprovassem os depósitos mensais na forma acordada e o envio das notas fiscais da impressão das obras, ônus do qual não se desincumbiu.

Já no que se refere à alegação de inépcia da petição inicial, o ministro discorre sobre a clareza da petição, a qual oportunizou a parte contrária de forma plena se defender, afastando-se assim a inépcia alegada. Dessa maneira foram ratificados os fundamentos da sentença recorrida, que ficou mantida por se revelar suficientemente motivada, sendo dado parcial provimento ao recurso de agravo e negado provimento ao recurso de apelação.

Deste modo, observa-se que a decisão considerou a inadimplência da contraparte como basilador para a concessão do pedido de rescisão, pois que não há motivos para que uma parte permaneça em uma relação contratual a qual está a beneficiar apenas uma parte em detrimento material da outra, o que fere os preceitos básicos do direito contratual.

3.4. RECURSO DE APELAÇÃO Nº 10254627920138260100 SP 1025462-79.2013.8.26.0100[9]

Trata-se de recurso onde os apelantes, ora autores, Ary Barroso Produções Ltda e Flavio Rubens Produções Ltda. requerem a reforma

9 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação: 10254627920138260100 SP 1025462-79.2013.8.26.0100, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator: Grava Brazil, Data de Julgamento: 29/08/2016. Data de Publicação: 29/08/2016. Acesso em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/378767310/apelacao-apl-10254627920138260100-sp-1025462-7920138260100>.

da sentença que julgou improcedente o pedido de rescisão do contrato de cessão de direitos interposta em face da empresa Mangione & Cia Ltda. Afirmam as apeladas que a rescisão no presente caso pode ocorrer unilateralmente, haja vista que a parte ré não teria cumprido com o acordado, já que estaria administrando de forma danosa os direitos cedidos, bem como não teria adimplindo os pagamentos na data correta a realização dos mesmos, e, desse modo, requer indenização por perdas e danos e a rescisão contratual.

Contudo, a parte ré, em contrarrazões, alega a impossibilidade do pedido.O relator, Des. Grava Brasil, entendeu que é cabível o pedido de rescisão pleiteado pela parte autora, haja vista que dentre outros motivos, trata-se de contrato de edição de execução diferida e prazo indeterminado, devendo ser analisado o pedido de rescisão, por também se tratar de contrato de adesão, sob o prisma do princípio da liberdade de contratar, o qual não permite a manutenção contratual *ad eternum* sem que as partes assim desejem.

Porém, no tocante à indenização por possíveis danos advindos do pagamento atrasado de valores devidos, entende o relator que deve ser negado tal pedido, levando-se em consideração que a parte autora alegou valores genéricos, correspondentes a anos anteriores, bem como, aceitou posteriormente o passivo, tendo com isso conduta que levou a acreditar na aceitação tácita da parte autora.

Assim, fundado no princípio da supressio, derivado da boa-fé objetiva, o Des. Grava Brazil acolheu a apelação apenas para declarar a rescisão do contrato, negando o pedido indenizatório. Aufere-se da decisão acima prolatada, que a requisição de fim do contrato de cessão de direitos foi acolhida, pois que a parte ré não estaria cumprindo com os deveres estabelecidos contratualmente de administração e pagamento, com isso configurando danos à contraparte, que viu sua legítima expectativa quebrada.

3.5. APELAÇÃO CÍVEL Nº 00119504320138260004 SP 0011950-43.2013.8.26.0004[10]

Cuida-se de Apelação Cível em que é apelante Maria Rosane dos santos e apelados Mariana Costa Jorge e Eight Productions Produções Artísticas, Culturais e Cinematográficas Ltda. Ocorre que as apeladas, ajuizaram ação cominatória cumulada com rescisão contratual e indenização onde alegam que a parte ré teria realizado contrato particular de cessão de direitos autorais e patrimoniais da obra 'São Jorge Do Brasil E A Capadócia Da Lua'e com isso teria garantido às autoras o direito a utilizar, adaptar e produzir obra de autoria daquela, pelo período de dez anos, em versão cinematográfica.

Contudo, segundo informado, a ré teria realizado distrato após quatro meses da realização do contrato, tendo as autoras já pago à mesma a metade do valor acordado. A sentença de primeira instância declarou improcedente o pedido de reconvenção e procedente o pedido para declarar a rescisão do contrato, sendo condenada a parte ré ao pagamento de R$ 43.226,00, corrigido monetariamente a contar do desembolso e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação.

A sentença ainda decretou a abstenção por parte da ré de utilizar sozinha, economicamente e sem a autorização da autora Mariana, a parte do roteiro desenvolvida por esta última. Dessa maneira, a ré apelou alegando cerceamento de defesa bem como, no que se refere à matéria de fundo, alegou a captação de recursos para a produção do filme era permitida contratualmente apenas após o cumprimento de diversas exigências previstas em lei (8.313/91 e 8.685/93), que segundo a ré eram de cumprimento exclusivo pelas autoras que teriam se recusado a assinar o distrato, tendo a ré, em face da inércia da contraparte, teria rescindo.

10 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação: 00119504320138260004 SP 0011950-43.2013.8.26.0004, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator: Salles Rossi. Data de Julgamento: 15/07/2016, Data de Publicação: 15/07/2016. Acesso em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/362341051/apelacao-apl-119504320138260004-sp-0011950-4320138260004>.

O ministro relator Salles Rossi, negou a preliminar de cerceamento de defesa, bem como no que se refere à possível culpa pela rescisão contratual advinda da parte autora, foi entendido que não se poderia imputá-la, haja vista que, dentre outros, o tempo entre o firmamento do contrato e sua rescisão não teria chegado a quatro meses, não possuindo a parte autora, tempo hábil para realização de todas suas obrigações.

Foi verificado pelo magistrado que os autores pagaram à contraparte 50% do valor do contrato, caracterizando tal ato em demonstração de interesse em ver o acordado cumprido. Dessa maneira, entende o relator que não há culpa pela rescisão advinda da parte autora, sendo que o fim da avença ocorreu pela exclusiva vontade da ré, assim, negou provimento ao recurso, mantendo inalterados os termos da sentença proferida inicialmente.

No caso em comento pode-se auferir que estão está atrelada ao não cumprimento do dever pactuado, no caso, do tempo inicialmente estabelecido de duração contratual. Dessa forma, o pedido de resolução requisitado inicialmente foi concebido à parte autora haja vista que a ré, por sua própria vontade rescindiu um contrato estipulado para durar 10 (dez) anos, em 4 (quatro) meses, ferindo os preceitos expectativas que estabelecem os contratos de direitos privado.

4. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS AUTORAIS: UMA SÍNTESE.

Analisando as decisões acima se pode constatar que rescisão contratual nos direitos autorais é requerida, em quase todos os casos, face o descumprimento de um dever de uma das partes. Isto é, solicita-se a resolução contratual. O pedido de extinção desse tipo de contrato, geralmente, é cumulado com o pedido indenizatório, seja este de indenização por danos morais ou materiais. Podem-se verificar tais pedidos, por exemplo, na apelação cível de nº 20110111393053 DF 0037117-70.2011.8.07.0001, onde houve pedido indenizatório por parte dos autores diante da continuidade de uso de seus softwares indevidamente, após o fim do contrato, pela parte ré, sendo condenada esta ao pagamento requisitado.

Como já disposto, a maioria dos casos que versam sobre o pedido de resolução contratual nos direitos autorais são cumulados com o pedido indenizatório, o que nem sempre é concedido, como no caso da apelação do TJ-SP nº 9287020142008826 SP 9287020-14.2008.8.26.0000, onde a autora requereu a rescisão contratual, haja vista o decurso do prazo estipulado, pedido que fora julgado procedente, porém o pedido indenizatório não foi olvidado, pois não foram configurados danos demasiados à autora.

Ainda foram identificados casos onde o pedido de resolução contratual foi motivado pela inadimplência no pagamento pela contraparte dos valores inicialmente estipulados, como na apelação do TJ-SP de nº 994060350321 e de nº 10254627920138260100 SP 1025462-79.2013.8.26.0100 os quais demonstram que a extinção do contrato pode ser concedida desde que seja devidamente comprovado o inadimplemento, bem como pode ser fundamentada no princípio da liberdade de contratação, por exemplo.

Por fim, conforme a apelação do TJ-SP nº 00119504320138260004 SP 0011950-43.2013.8.26.0004 pode-se auferir que o pedido de rescisão contratual, igualmente, cabe ser deferido quando o requerimento está fundado no não cumprimento do tempo estabelecido de contrato, sendo nesse caso até mesmo concedido o pedido de reembolso.

Dessa maneira, pode-se identificar nas decisões analisadas que uma das razões mais recorrentes que levam as partes a requererem judicialmente a extinção dos contratos de direitos autorais é o não cumprimento do contrato. Nas decisões auferiu-se que o descumprimento das cláusulas estipuladas contratualmente, ou seja, a quebra da legítima expectativa gerada na contraparte é de tal importância que leva as partes a entenderem que não subsistem mais os motivos para a continuidade do contrato, tendo, assim, como único meio de satisfação da situação gerada, o pedido de extinção da obrigação.

Não obstante, alguns dos motivos analisados responsáveis pela quebra no contrato e, conseguintemente, pelo pedido de sua extinção são: a ausência de pagamento devido, ou das condições pactuadas para

efetivação do contrato, bem como, a inobservância do tempo estipulado contratualmente. Ainda, nota-se que existem ações no decorrer da relação contratual que tendem a provocar o fim da obrigação, como no exemplo da Apelação Civil nº 20110111393053 DF 0037117-70.2011.8.07.0001, uma vez que, contratualmente, já teria transcorrido o lapso temporal de vigência, porém, foi observado que uma das partes estaria utilizando-se dos benefícios do contrato de maneira indevida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Isto posto, foi possível identificar que os motivos que levam ao deferimento do pedido de extinção de contrato de direitos autorais podem ser os mais diversos, seja a configuração de inadimplemento ou até mesmo de ausência da conduta proba. Ainda foi verificada a necessidade de fundamentação do pedido para extinção, não sendo deferido mero requerimento infundado, dado que as conseqüências da dissolução de um contrato são inúmeras e devem ser ponderadas.

Portanto, tendo em vista a finalidade principal do presente trabalho ter sido pontuar os motivos pelos quais a extinção contratual ocorre no direito autoral, constata-se de forma inequívoca a notável expansão do direito, principalmente do privado, que passa a não ser enxergado como um fim em si mesmo, mas como meio para a promoção e efetivação dos direitos e obrigações, como as advindas dos direitos autorais.

Assim, o presente estudo verificou a "incidência necessária" das diferentes áreas do direito, principalmente no que se refere aos primados constitucionais, no intuito de formação de um organismo plural, que esteja disposto a dar margem às questões fáticas da sociedade e não a tentar enquadrá-la em padrões para sua aplicação.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002._____. Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais. In: Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006.

BARBOSA, Denis Borges. *Contratos em propriedade intelectual.* Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/apostilas/ufrj/contratos_propriedade_intelectual.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.* Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>.

BEVILAQUA, Clovis. Código dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Vol. IV, 11ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1958.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie.* 5ª. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 26º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – Resolução*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 2003. In: TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MORAES, Maria Celina B. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Trabalho publicado na Revista Estado, Direito e Sociedade*, vol. I publicação do departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio: 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos culturais no Brasil.* 1ª ed., Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, *Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

DECISÕES JUDICIAIS:

BRASIL, Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial, Nº: 1106625/PR. 3ª Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. DJe 09/09/2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21083681/recurso-especial-resp-1106625-pr-2008-0259499-7-stj>.

BRASIL. Tribunal de Justiçado do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. 20110111393053 DF 0037117-70.2011.8.07.0001, 4ª Câmara Cível. Relator: Antoninho Lopes. Data de Julgamento: 04/06/2014. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128110348/apelacao-civel-apc-20110111393053-df-0037117-7020118070001>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação 9287020142008826 SP 9287020-14.2008.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Relator: José Joaquim dos Santos. Data de Julgamento: 24/07/2012. Data de Publicação: 26/07/2012. Acesso em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22226635/apelacao-apl-9287020142008826-sp-9287020-1420088260000-tjsp>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação 994060350321, 2ª Câmara de Direito Privado, Relator: José Carlos Ferreira Alves Data de Julgamento: Data de Julgamento: 16/11/2010. Data de Publicação: 30/11/10 Acesso em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17577018/apelacao-apl-994060350321-sp>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação: 10254627920138260100 SP 1025462-79.2013.8.26.0100, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator: Grava Brazil, Data de Julgamento: 29/08/2016. Data de Publicação: 29/08/2016. Acesso em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/378767310/apelacao-apl-10254627920138260100-sp-1025462-7920138260100>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação: 00119504320138260004 SP 0011950-43.2013.8.26.0004, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator: Salles Rossi, Data de Julgamento: 15/07/2016, Data de Publicação: 15/07/2016. Acesso em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/362341051/apelacao-apl-11950432013826004-sp-0011950-4320138260004>.

DIGRESSÕES SOBRE A NATUREZA DO COPYLEFT NO EXEMPLO DO CREATIVE COMMONS

Autores: João Ademar de Andrade LIMA; Geraldo Magela Freitas TENÓRIO FILHO
Instituição: Centro Universitário UNIFACISA; Grupo de Estudos em Sociologia da Propriedade Intelectual (GESPI); Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI). Universidade Federal de Alagoas (UFAL); Grupo de Estudos em Sociologia da Propriedade Intelectual (GESPI)

Resumo: Trata-se o presente, fulcrado numa metodologia indutiva e ancorado em bases de referência sumamente bibliográficas, de um texto ensaístico que tem por objeto uma digressão crítica e filosófica sobre a natureza jurídica do chamado *copyleft*, então simbolizado e exemplificado pelo modelo alternativo de licenciamento de obras intelectuais *Creative Commons*, a partir do qual, perpassando seu espaço histórico cibercultural e seus condicionantes éticos e jurídicos, é tomado como um referente a assunção, consoante, inclusive, preceitos constitucionais, à chamada Função Social da Propriedade Intelectual. Figura, pois, como mais um construto teórico a se somar às tantas pertinentes discussões hodiernas sobre a necessidade de se repensar a estrutura clássica dos Direitos Autorais, entendendo que as revoluções tecnológicas e o ciberespaço resultam o meio propício à coletivização do conhecimento e, pois, à relativização do monopólio representado pelo então *copyright*.

Palavras-chave: *Copyleft*; *Creative Commons*; Direitos Autorais

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento sociocultural propiciado pela assunção de recursos tecnológicos de compartilhamento digital tem ampliado a capacidade de criação e difusão de informações. Opera-se, na dicção de Manuel Castells, "a transformação de nossa 'cultura material' pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação." (1999, p.67).

Com a Internet, seu inquestionável principal veículo, a interação entre os indivíduos conectados — conceito fulcral de "Sociedade em Rede" —, os computadores assumiram novas feições, modificando, exponencialmente, o modo como a informação e o acesso ao conhecimento é realizado. Por conseguinte, o debate acerca do Direito Autoral e a convergência de sistemas, até então vislumbrados separadamente na dicotomia teleológica entre o *copyright* (escola anglo-saxônica) e o *droit d'auteur* (escola francesa), faz com que o equilíbrio entre o interesse de quem cria (criador originário) seja salvaguardado sem deixar de haver prevalência da coletividade.

A inserção destes novos recursos tecnológicos e a adequação aos já existentes não poderia ficar inerte ao Direito, ao passo que o mesmo atua no sentido de regulamentar as relações entre os indivíduos em sociedade, tendo em vista os instrumentos utilizados para manutenção desta relação.

Nestes termos, é inegável, hodiernamente, que o "*homo tecnologicus*" assume, com o auxílio das Tecnologias de Informação e Comunicação — TIC —, num papel de agente construtor da "nova era".

Nesse esteio, as diversas legislações autorais, incluindo a lei brasileira — tomada aqui como referente —, demandam modernização, seguindo as tendências mundiais, a fim de que sejam inseridos e atualizados dispositivos normativos já existentes e culturalizados socialmente, tal qual o fato jurídico norteador da norma positiva. Diante disso, incide a crise *jusautoral* pela qual perpassa a sociedade, ao passo que se vê estagnada no tocante à utilização de bens culturais divulgados cotidianamente na rede.

Em tal sentido, surgem novos tratos sociais — e contratos firmados —, oriundos dos negócios jurídicos atuais, os quais, por vezes — dado o vanguardismo do temário aqui narrado — se denominam *sui generis*, embora não apresentem sua disciplina normativa concretizada no cerne das legislações cíveis, mas convergente com a mesma.

É nesta sistemática que se abrigam as licenças *copyleft*, enquadradas como contratos atípicos, resguardados, sobretudo em letras doutrinárias pátrias, pelo fundamento principiológico da liberdade atribuída às partes para firmarem contratos em coadunância com seus interesses, desde que em respeito à boa-fé na sua formação e que a ilicitude não verse para o objeto contratual. Tais atos jurídicos, então, estão corporificados por meio de diversas modalidades, a exemplo do *Fair Licence* (fairlicense.org), do *ColorIURIS* (coloriuris.net), do *Licence Art Libre* (artlibre.org) ou, até, do irreverente *Do What the Fuck You Want To Public License* (wtfpl.net), mas, principalmente, do *Creative Commons Licence* (creativecommons.org), cujas finalidades precípuas consistem em permitir que o conhecimento seja utilizado e compartilhado com o auxílio de licenças jurídicas públicas.

Diante disso, o presente artigo — de caráter ensaístico —, pautado sobretudo pelas circunstâncias teórico-práticas que circundam a discricionariedade das já populares "Licenças *CC*", abraça a discussão — em constante aparecimento, majoritariamente em congressos e grupos de estudo sobre a contemporaneidade do Direito Autoral — sobre algumas de suas peculiaridades específicas, a fim de coaduná-las à legislação positiva, visando refletir junto ao aplicador autoral, em fomento às garantias constitucionais pertinentes, a promover uma atualização dos dispositivos normativos consagrados na ordem legal em vigência, mormente a Lei nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais — LDA), dando faculdade ao criado de permitir a utilização de sua(s) obra(s), valendo-se do licenciamento que melhor se adeque aos seus interesses, sem haver a privatização do conhecimento. Pelo contrário, trata-se da base para uma convergência com o caráter social atribuído, inclusive, à Propriedade Intelectual — *lato sensu*.

2. BASES HISTÓRICAS, TEÓRICAS E LEGAIS

No final do século XX, constata-se a busca por um rompimento — novel *status quo* — com a privatização da produção intelectual, a qual permeava os ideários da indústria cultural. Isto é, toda a produção intelectiva era distribuída à coletividade em um número limitado de cópias. Sendo assim, aludem Sérgio Branco e Walter Britto, "[...] o produtor de cultura 'oficial' (editora, gravadora, produtora) determinava em quem (que artista) o investimento seria realizado e quantas cópias da obra estariam à disposição do público." (2013, p.64).

Com o passar do tempo, foram gradativamente introduzidos novos instrumentos tecnológicos ávidos a possibilitarem que a coletividade, além de adquirir o bem intelectual produzido, pudesse realizar cópias do mesmo de forma ágil, com uma qualidade maior e sem os elevados custos até então vislumbrados.

> Evocamos a passagem de uma propriedade territorial rígida à redistribuição de flutuações desterritorializadas, e a transformação de uma economia do valor de troca em economia do valor de uso. Na verdade, essas formulações são mais uma metáfora do que a caracterização conceitualmente rigorosa. Estritamente falando, eu diria que, quando compro um livro ou um disco, pago algo real, o suporte da informação. O livro que não leio custa tão caro quando o que leio. A quantidade de livros é limitada: um livro que está na minha biblioteca não está na sua. Estamos ainda no domínio dos recursos raros. Se eu compro direitos, não pago mais por algo real, mas algo potencial, a possibilidade de realizar ou de copiar a informação quantas vezes eu quiser. (LÉVY, 2011, p.66).

Com isso, em contraponto à carência proporcionada pela indústria, bens como textos, fotos, filmes, músicas, entre outros, tornaram-se mais acessíveis ao público de maneira geral — parafraseando Pierre Lévy (2011), diz-se que estes "potencializam-se".

Tal fato revelou uma superação do modelo monopolista com vistas à inserção do compartilhamento gratuito, na medida em que, por intermédio da rede mundial de computadores, a propagação do conhecimento pertinente às produções intelectuais tornou-se uma prática

rotineira, a partir da qual, toda uma lógica representativa da formação de uma inédita ordem cultural, ora nomeada "cibercultura", afeta à passividade comportamental, urgiu conversão à ação proativa daqueles que, de atingidos — receptores — converter-se-iam em atores principais na construção do conhecimento, cada vez mais coletivizado enquanto polo emissor. Surgiram novos entes, agentes produtores e consumidores de conteúdo — "*prosumers*", assim definidos por Alvin Toffler (1980) — potencializadores de sua própria audiência; antropofágicos modernos, cujas divagações, digressões, teorias, corporificam-se e fragmentam-se concomitantemente.

Segundo Pierre Lévy (1999), a cibercultura apresenta três princípios fundamentais: a interconexão; as comunidades virtuais; e a inteligência coletiva.

O primeiro princípio remete a cibercultura à conexão sempre preferível em relação ao isolamento, isto é, para além de uma física da comunicação, a interconexão constitui a ubiquidade, em um contínuo sem fronteiras. O segundo princípio figura consequência imediata do primeiro, já que o desenvolvimento das chamadas comunidades ou redes virtuais se fulcra exatamente na interconexão, quer por afinidades de interesses, de conhecimentos, ou por um processo de cooperação ou de troca, à revelia de proximidades geográficas. O terceiro princípio, em remate, é a sua finalidade última, um novo tipo de pensamento sustentado pelas próprias conexões sociais, através das quais a chamada "cooperação intelectual", qual uma criação coletiva de ideias, se faz e se sustenta pela Internet, mormente, pelo ciberespaço.

Diante de tal quadro, é indubitável que, com advento da rede mundial de computadores, o acesso e divulgação de obras intelectuais se tornaram cada vez mais evidentes, base para a geração de movimentos como o *software* livre, o qual, dita Sérgio Amadeu da Silveira, "[...] é baseado no princípio do compartilhamento de conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva." (2003, p.36).

No liame de iniciativas como a acima em comento, surge, já no início dos anos 1980, como resposta às restrições de acesso livre ao

código-fonte de determinados *software* — mesmo se tendo ciência de que os seus criadores utilizaram conhecimentos pré-estabelecidos por outros programadores —, por iniciativa de Richard Stallman (2004), o *Free Software Foundation*, propulsionando o advento da filosofia "*open*", fenômeno absolutamente derivado das mudanças sociais e culturais advindas da Sociedade da Informação, que tem sua base conceitual abastecida pelos ideais do *Open Source*, movimento também radicado na academia. Para Gustavo Cardoso *et. alii.*, "esse movimento, em relação ao qual a ciência aberta é devedora, tinha por grande objetivo lutar contra a apropriação privada dos programas informáticos." (2012, p.3), e assim também outro fundamental movimento, fulcrado em mesmas ideologias libertárias para a ciência e a investigação, o *Open Access*, a saber:

> [...] forma encontrada pelos académicos para colmatar as barreiras ao desenvolvimento de redes livres de partilha subjacentes a esse movimento, que visa a promoção do acesso livre à comunicação científica formal – as publicações em revistas académicas e técnicas –, foi rapidamente adaptada por alguns cientistas a outros produtos do seu trabalho, dando início à estruturação de novos processos de abertura da pesquisa científica nas suas várias fases. Os esforços foram desenvolvidos para permitir livre circulação, entre cientistas e outros interessados, de dados preliminares, registros laboratoriais, materiais biológicos, bases de dados, software, publicações e outros produtos do trabalho de investigação. (CARDOSO *et. alii.*, 2012, p.4).

A partir disso, salvaguardando as liberdades fundamentais norteadoras do *software* livre, reporta, ainda, Sérgio Amadeu da Silveira, se "reunia e distribuía programas e ferramentas livres, com o código-fonte aberto. Assim, todas as pessoas poderiam ter acesso não só aos programas mais também aos códigos em que foram escritos." (2003, p.36). Com isso, a difusão de tais ideários pela Internet em uma dimensão mundial, bem como, a participação de diversos programadores, originou o *kernel*/ sistema operacional livre/aberto GNU/Linux.

> Linux é ao mesmo tempo um kernel (ou núcleo) e o sistema operacional que roda sobre ele, dependendo do contexto em que você encontrar a referência. O kernel Linux foi criado em 1991 por Linus Torvalds, então um estudante finlandês, e hoje é mantido

> por uma comunidade mundial de desenvolvedores (que inclui programadores individuais e empresas como a IBM, a HP e a Hitachi), coordenada pelo mesmo Linus, agora um desenvolvedor reconhecido mundialmente e mais representativo integrante da Linux Foundation.
>
> O Linux adota a GPL (General Public License/Licença Pública Geral), uma licença de software livre – o que significa, entre outras coisas, que todos os interessados podem usá-lo e redistribuí-lo, nos termos da licença. Aliado a diversos outros softwares livres, como o KDE, o GNOME, o Apache, o Firefox, os softwares do sistema GNU e o OpenOffice.org, o Linux pode formar um ambiente moderno, seguro e estável para desktops, servidores e sistemas embarcados. (Campos, 2006, s.p.).

O Direito, como regulador dos fatos sociais, não poderia ficar inerte a tais aspectos, de forma que as particularidades normativas demandaram a adoção de um mecanismo jurídico eficaz, no sentido de salvaguardar aos titulares de Direito de Propriedade Intelectual, a definição dos limites de utilização de suas obras por terceiros. Tal instrumento passou a ser denominado de *copyleft*.

Assim, à revelia das normas positivas postas pelas várias nações civilizadas, em oposição às regras ditas clássicas do Direito Autoral, a Sociedade em Rede traz consigo novas perspectivas com esta novel visão em face do *copyright*, isto é: uma nova maneira de usar as leis autorais com o objetivo de retirar barreiras à utilização, difusão e modificação de uma obra intelectual protegida pela norma tradicional. Como ensina Manuella Santos, um "mecanismo jurídico que visa garantir aos titulares de direito de propriedade intelectual que possam licenciar o uso de suas obras além dos limites da lei, ainda que amparados por ela." (2009, p.138).

> *El copyleft, o "izquierda de autor", es una aplicación de los principios del software libre al mundo del arte. Al estar el código fuente de su programa abierto a todo el mundo, cada persona puede utilizar, mejorar o manipular a su gusto software libre. De la misma manera, la creación en copyleft permite al espectador convertirse en actor. Si él quiere respetar ciertas reglas, como la mención explícita del artista y la obra de origen, tiene todo el derecho de remezclarla, modificarla, alargarla, torcerla, citarla, robarla, digerirla, vomitarla o dejarla como está. Se acabó la separación entre los creadores y los espectadores,*

> *entre los autores y los lectores. El público improvisa su arte.* [...] *Y el mundo se transforma en una inmensa fiesta pirata, en la que todo el mundo baila, todo el mundo hace vinilos, todos se copian los unos de los otros, el DJ se transforma en un copión y el observador entra en el cuadro y hace brotar unas alas en la lana de los corderos.* (KYROU, 2004, p.85).

A sua nomenclatura e principal conotação — tanto jocosa quanto crítica —, é originada de um mero trocadilho com o termo "*copy* + *right*", literalmente convertido em "*copy* + *left*" — razão pela qual o seu símbolo é um "©" ao contrário (espelhado). Todavia, observa-se também que, a partir de conjugações do verbo "*to leave*" (deixar), inclusive em vários tempos — *present perfect*, *simple past*, *past participle*, *past perfect*, *past perfect subjunctive*, *past subjunctive*, *future perfect* e *conditional perfect* —, a flexão "*left*" gera um apropriado novo sentido, cuja tradução livre para a língua portuguesa significa "deixe copiar", isto é, uma expressão notadamente aplicável ao conceito.

Em breve resumo, as licenças *copyleft* licenciam os direitos do *copyright*, mas obrigam todos os licenciados a fazer referência ao autor da obra e a utilizarem o mesmo modelo de licenciamento nas redistribuições do mesmo original, de cópias ou de versões derivadas.

> Aparentemente, não há qualquer impedimento a esse tipo de licenciamento [...], uma vez que as liberdades e restrições se dão apenas no plano dos direitos patrimoniais, e não no dos morais. Aliás, os contratos *copyleft* visam, entre outros detalhes, criar justamente o conceito de direito moral de paternidade dentro do instituto copyright. (MONIZ & CERDEIRA, 2004, p.68).

No *copyleft*, ademais, desagua um conjunto de atributos principiológicos e, notadamente, filosóficos, fulcrados em estruturas normativas próprias — também consolidadas à luz de Direito comparado — e, sem dúvidas, em bases éticas bastante pertinentes, como o existencialismo de Jean-Paul Sartre e o utilitarismo Jeremy Bentham e Stuart Mill.

De sua base conceitual, surge a principal modalidade de licença alternativa ao modelo padrão do *copyright*: o *Creative Commons*, promovido

no Brasil pelo Centro de Tecnologia e Sociedade — CTS — da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas — FVG —, no Rio de Janeiro.

> [...] o *Creative Commons* cria instrumentos jurídicos para que um autor, um criador ou uma entidade diga de modo claro e preciso, para as pessoas em geral, que uma determinada obra intelectual sua é livre para distribuição, cópia e utilização. Essas licenças criam uma alternativa ao direito da propriedade intelectual tradicional, fundada de baixo para cima, isto é, em vez de criadas por lei, elas se fundamentam no exercício das prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir o acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utilizá-los e criar sobre eles. (LEMOS, 2005, p.83).

Ademais, importa pontuar — não apenas por uma evidente aproximação semântica, mas sobretudo hermenêutica — ao *Creative Commons*, elementos ideológicos contextualizados ainda à época do Império Romano, na base doutrinária de Gaio, que dividia as *res extra patrimonium* em *res humani juris* e *res divini juris* e, à primeira, a tripartição *res communis*, *res universitates* e *res peblicæ*.

> *Res communes* são as coisas que, no conjunto, são insuscetíveis de apropriação individual, mas que por todos podem ser usadas, conforme o destino delas e adquirir-lhes a propriedade através da ocupação de determinadas partes [...]. Embora fora do comércio, em seu todo, *as res communes* podem, em parte, tornar-se *res in commercium*, adquirindo-se o domínio sobre estas mediante a ocupação, como aliás, para todas as *res nullius*. (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p.106-107).

É a *res communis* (*omnium*) a "coisa comum", por inteira à comunidade; o que se entende por patrimônio comum de toda a humanidade — *common heritage of mankind* —, tal qual o princípio do Direito Internacional.

> *The "common heritage of mankind" is an ethical concept and a general concept of international law. It establishes that some localities belong to all humanity and that their resources are available for everyone's use and benefit, taking into account future generations and the needs of developing countries. It is intended to achieve aspects of the sustainable development of common spaces and their resources, but may apply beyond this traditional scope.* (TAYLOR, 2012, s.p.).

Contudo, urge que não se confunda as atuais aplicações conceituais de *res communis* à descabida *res nullius* — "coisa sem dono" ou "coisa de ninguém" —, nem tampouco à turbação ou esbulho do bem; assim como à ainda controversa questão doutrinária da *ad usucapionem* na propriedade imaterial.

De forma magistral, Orlando de Caralho teceu nota acerca do conceito de *res incorporales* afeita ao senso de "coisa comum" e "usucapião na propriedade intelectual", cuja digressão, em razão da relevância acadêmica, transcreve-se, abaixo, em sua quase totalidade:

> O facto de a lei (Código do Direito de Autor, art. 54º [NC: vide art. 55º do DL n.º 63/85, de 14-3], como já antes o dec. n.º 13 725, de 27-5-1927, art. 39º) excluir a aquisição das obras de engenho por usucapião, pode, sem dúvida, significar muitas coisas, mas não significa, só por si, que o instituto da posse se exclui de todo em todo. Uma coisa é a posse, outra a usucapião, que é seu efeito defectível. Quanto aos sinais, às patentes, etc., o disposto nos arts. 228º e 229º do respectivo código [NC: cf. art. 330º do DL n.º 36/2003, de 5-3] não pode deixar de entender-se à luz dos preceitos antecedentes: preceitos que, exigindo em vários casos a existência de "má fé" ou de "fraude" (v.g. art. 215º e seus §§, 216º, n.ºs 2º, 4º e 5º, 217º n.ºs 5º, 6º e 7º, 221º n.º 1º, 223º, n.º 1º, 224º e 225º) [NC: cf. arts. 321º e s. do DL n.º 36/3003, de 5-3], não se afigura excluírem, *primo conspectu* pelo menos, a admissibilidade de uma posse de boa fé relevante. Além de que razão principal que esses autores invocam, na sequência de vária literatura – o citado princípio "duorum in solidum" –, parece-nos ser uma falsa razão mesmo para os bens incorpóreos puros [...]. O objecto de domínio nesses bens incorpóreos é [...] a ideação enquanto bem economicamente fruível – não a ideação desligada de qualquer sentido útil, pois, se assim fosse, nem sequer seria um bem –, ou enquanto dirigida a uma simples gozo cognitivo ou estético que as ideias, sem dúvida, proporcionam, mas relativamente ao qual se comportam, uma vez em circulação, como *res omnium communes*. Esta circunstância [...] mostra com nitidez que este gozo reflexo, que não é privativo dos bens incorpóreos [...], não pode confundir-se com o que é conteúdo específico do domínio sobre esses bens enquanto meios de propiciação de réditos. Um direito de propriedade [...] que se estendesse "jusqu'où s'étend son regard intellectuel" ("seu" do homem, ser dotado de conhecimento), não tem assim nada a ver com a propriedade das ideações como bens economicamente fruíveis, propriedade que,

> sendo pleno domínio, se traduz no poder de gozar em pleno das virtualidades de exploração ou de desfrute económico que as ideações propiciam – ou, por outra maneira, de as gozar em exclusivo (dentro dos limites da lei, obviamente, como em toda a propriedade, limites que aqui implicam, como se disse, restrições espaciais e temporais, mas que não tocam no cerne do direito em discussão, como não tocam na propriedade resolúvel). [...] Não foi arbitrariamente que o brocardo latino ligou "dominium" e "possessio" ("dominium vel possessio"). Se um bem consente dois gozos simultâneos plenos e compatíveis com as *res omnium communes*, não consente um domínio exclusivo, nem uma posse, que é a projecção empírica deste. Só que os bens incorpóreos puros não são "coisas comuns a todos", mas antes específicos valores venais que permitem um domínio exclusivo. Tê-los plenamente é ter uma pretensão de um *jus excludendi omnes alios*. Esta pretensão pré-jurídica, ou dirigida ao jurídico, é a mesma que se nos depara nos objetos corpóreos, quando a apreensão material deles tem em vista a fruição que não sofra a interferência ou a concorrência de quaisquer outras pessoas, o que também só se consegue com o reconhecimento pelo Direito dessa área de reserva ou senhorio. Mas isso não obsta a que nos bens incorpóreos haja igualmente uma situação de facto que precede e *intende* a sanção pelo Direito – uma situação pré-jurídica ou empírica que, visando uma fruição ou a exploração em exclusividade ou em privatividade, repele necessariamente toda a incursão ou tentativa de substituição nesse "círculo de poder": numa palavra, uma posse que necessariamente repele toda a outra posse com o mesmo alcance e sentido. [...] É claro que a possibilidade teórica de uma posse venha a conduzir à usucapião não significa uma possibilidade prática desta, que, como é obvio, depende do direito em vigor. Mas o que não pode é concluir-se da exclusão da usucapião a exclusão da tutela possessória, que, mesmo em matéria de obras de engenho e atentos aos aspectos morais do direito de autor [...], tem indiscutível transcendência para facilitar a defesa do próprio dominus, dispensando-o, no caso de turbação ou de esbulho, a prova do direito. (CARVALHO, 2012, p.151-152).

Decerto, está a *res communis*, *lato sensu*, na base filosófica do primitivo conceito de domínio público — *public domain* — e, na sequência, do atual *copyleft* — que dita a natureza jurídica das licenças *Creative Commons* e aqueloutras similares, que nada mais são, como já dito alhures, contratos atípicos, ou seja, acordos entre os autores/titulares (licenciadores) e os licenciados que, ao abrigo do princípio da liberdade

contratual, convencionam modelos traçados e regulados em consonância com a lei, a exemplo, no Brasil, da previsibilidade encontrada no Código Civil, art. 425, que reza ser lícito, "[...] às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código".

Tal perspectiva conceitual e posicionamento legal só reforçam o postulado mor de que o *copyleft* é um ato jurídico plenamente eficaz, cuja licitude — embora possa parecer, pela definição — não contradiz a regras fundamentais do Direito Autoral tradicional — ora representado figurativamente pelo termo *copyright*.

> Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. (CANOTILHO, 1991, p.374).

Ensinava Miguel Reale: "O Direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se." (1979, p.113). Pode-se dizer, pois, que mais bem sucedido modelo de *copyleft* foi "incorporado" e "integrado" pelo Norte-Americano Lawrence Lessing que, em 2001, fundou o *Creative Commons Corporation*, uma organização sem fins lucrativos idealizada para o desenvolvimento de métodos e tecnologias que facilitem o compartilhamento social de obras intelectuais e científicas. É a base para a criação de um sistema de licenciamento público — o *Creative Commons Licence*, representada pela sigla "*CC*" — que objetiva, numa visão macro-filosófica, criar uma maior razoabilidade de uso dos Direitos Autorais, em oposição aos extremos atualmente existentes, quais sejam, numa ponta, o *all rights reserved* — todos os direitos reservados —, monopolista por essência, e noutra o domínio público.

Através desse princípio, dá-se aos autores, titulares morais e patrimoniais de suas obras, a possibilidade de, publicamente, renunciarem a certos direitos que lhe são concedidos taxativamente por lei. Como lembra Patrícia Peck Pinheiro, "a vantagem dessas licenças está na

criação de padrões que permitem a fácil identificação dos limites de uso concedidos pelo autor." (2009, p.107).

> A principal missão pragmática do Projeto Creative Commons é oferecer um sistema de licenciamento público, por meio do qual obras protegidas por direito autoral possam ser licenciadas diretamente pelos seus criadores à sociedade em geral. (TRIDENTE, 2008, p.121).

Com o *Creative Commons*, novos e velhos autores e demais partícipes das ciências e das artes passaram a compartilhar e permutar suas obras, ensejando a "explosiva" prática da releitura, da reconfiguração, da remixagem etc. de obras anteriores.

Como é cediço — com vasto conhecimento advindo por meio de já ampla divulgação, sobretudo na *web* —, há quatro tipos básicos de licenças creative commons:

1. Attribution/Atribuição (*BY*): Os licenciados têm o direito de copiar, distribuir, exibir e executar a obra e fazer trabalhos derivados dela, desde que deem créditos devidos ao autor ou licenciador da maneira especificada por estes;

2. Non-derivative/Sem derivações (*ND*): Os licenciados podem copiar, distribuir, exibir e executar apenas cópias exatas da obra, não podendo criar derivações da mesma;

3. Non-commercial/Não comercial (*NC*): Os licenciados podem copiar, distribuir, exibir e executar a obra e fazer trabalhos derivados, desde que sejam para fins não-comerciais;

4. S*hare-alike*/Compartilhar igual (*SA*): Os licenciados devem distribuir obras derivadas somente sob uma licença idêntica à que governa a obra original.

Desses, chega-se a seis combinações de licenças de uso regular.

1. Atribuição (*CC BY*);

2. Atribuição + Sem derivações (*CC BY-ND*);

3. Atribuição + Não comercial + Compartilhar igual (*CC BY-NC-SA*);

4. Atribuição + Compartilhar igual (*CC BY-SA*);

5. Atribuição + Não comercial (*CC BY-NC*);

6. Atribuição + Não comercial + Sem derivações (*CC BY-NC-ND*).

Além das licenças padrão de conteúdo próprio, há contudo abdicado — em maior ou menor grau. Assim, o sistema *CC* também fornece instrumentos concernentes à operação de domínio público, com um mecanismo chamado "*CC0*", que permite que os licenciantes renunciem voluntariamente a todos os direitos — "*no rights reserved*".

> Essas licenças são escritas em três níveis sob o projeto *Creative Commons*: um nível para leigos, passível de entendimento por quem não tem formação jurídica, explicando no que consiste a licença e quais os direitos que o autor está concedendo; um nível para advogados, em que a redação da licença se utiliza de termos jurídicos, tornando-a válida perante um determinado ordenamento jurídico; e um nível técnico, em que a licença é transcrita em linguagem de computador, permitindo que as obras sob ela autorizadas no formato digital sejam digitalmente "marcadas" com os termos da licença, e permitindo que um computador identifique os termos de utilização para os quais uma determinada obra foi autorizada. Esta última modalidade é particularmente importante em face da crescente regulamentação arquitetônica da internet, e pode permitir no futuro que, mesmo na eventualidade do fechamento completo da rede, os trabalhos licenciados sob um tipo de licença como esta do *Creative Commons* possam continuar a ser interpretados como livres por um determinado computador. (Lemos, 2005, p.84).

Em remate, para circunstanciar sua importância prática, cada vez mais significativa no universo autoral, têm-se os números apresentados pelo rico estudo "*State of the Commons*", cujas mais relevantes conclusões estão disponibilizadas em http://stateof. creativecommons.org (acesso em 07 de setembro de 2016). Dentre os vários dados, os números apontam a existência de mais de 1,1 bilhão de obras licenciadas em *CC* na Internet, reflexo inquestionável de uma revolução iniciada pelo desejo contumaz de, antropofagicamente, se (auto)perpetuar enquanto agente criador e divulgador de cultura.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância às preceituações ora descritas, torna-se essencial que o acesso às obras intelectuais e, por conseguinte, aos direitos fundamentais

à cultura e à informação, deixe de ser apenas um discurso apologético, mascarado com interesses monopolizadores das respectivas criações, base crua — e cruel — da propriedade *stricto sensu* e seus absolutos direitos de uso, fruição e disposição.

Neste rastro, a fim de se buscar soluções normativas concretas, indaga-se: como repensar a liberação de conteúdo e, por sua vez, a utilização justa das criações intelectuais, com o auxílio dos modelos *Creative Commons* de licenciamento de obras intelectuais, em adequação à LDA?

Diante da problemática suscitada, corrobora-se que a permissão para utilização razoável da obra intelectual se apresenta como uma realidade que deve ser fomentada pela normatividade. Destarte, por forças dos fatores mencionados, o estímulo à criação e, por conseguinte, à cultura, não devem ser obstados por meio de uma legislação autoral restritiva e não adequada à realidade de criação intelectual na qual insere o cidadão comum. Caso contrário, a máxima efetividade, inclusive de preceitos constitucionais — acesso à informação, à cultura, ao lazer — deixará de ser resguardada em plano infraconstitucional, regressando-se ao *status quo* destituído do caráter social atribuído à propriedade.

Ocorre que as transformações nas formas de propagação do conhecimento se encontram cada vez mais incidentes, sobretudo, por força de uma ampliação do acesso da rede aos mais diversos usuários. Em razão disto, lembram Sérgio Branco e Walter Britto, "[...] a elaboração e divulgação das obras culturais [...] se tonaram eventos cotidianos, que desafiam o modo como os direitos autorais foram estruturados, ao longo dos últimos dois séculos." (2013, p.165).

Como forma de subsunção de tal realidade fática à disciplina legal, defende-se ainda que a inserção das licenças alternativas no ordenamento jurídico, com as devidas alterações, por óbvio, visa tutelar os interesses do titular da criação imaterial. Outrossim, diversos fatores também são merecedores de proteção, dentre os quais a necessidade de salvaguardar a Função Social da Propriedade Intelectual.

No tocante aos elementos que estimulam o acesso às produções imateriais, resguardando a funcionalidade pertinente àquelas, tem-se a

necessidade de revisão da LDA — pauta já bastante debatida no meio acadêmico e em próprias comissões ministerial e legislativa. Tal atitude se faz presente diante da elevada rigidez pertinente à legislação em comento, o que, na maioria das vezes, não obstante busque salvaguardar o autor da criação imaterial, acaba por macular os demais interesses incidentes nas situações concretas, dentre os quais o acesso à cultura e ao conhecimento.

Ademais, demande-se a incidência de novas perspectivas com vistas a repensar a sistemática autoral vigente, e, portanto, condicionar o pensamento do legislar no sentido de levar em consideração outros aspectos relativos à obra intelectual. Para tanto, torna-se imprescindível que os interesses patrimoniais — cuja superioridade na proteção normativa autoral remonta longos períodos — deem margem à tutela do indivíduo, diante das relações socioculturais na qual se insere hodiernamente.

Corroborando com tais perspectivas, o incentivo ao avanço da disciplina autoralista reclama a adoção de inúmeras medidas a serem aplicadas quando da busca por soluções as problemáticas ainda presentes. Sendo assim, os instrumentos alternativos suscitados se coadunam — como depreende-se, já citado — com os próprios fundamentos principiológicos insculpidos na Carta Magna, sem prejuízo da necessidade latente de adequação do sistema autoral a tais preceitos essenciais.

A efetivação da Função Social da Propriedade Intelectual deve figurar como uma meta normativa a ser trilhada em consonância com a realidade de compartilhamento das obras intelectuais. Para tanto, faz-se necessário o reconhecimento dos Direitos Autorais juntamente com os interesses socioculturais permeados, *ex vi*, na Sociedade em Rede.

Como decorrência disto, operar-se-á, também, a consagração de outros direitos fundamentais essenciais ao Estado Democrático de Direito, dentre os quais se destacam os — já citados alhures — acesso à cultura e à informação, indispensáveis para formação do conhecimento. Por força disto, é perceptível o entrave normativo ao fomento das relações interpessoais, sobretudo no tocante ao compartilhamento de informações e bens culturais pelas vias tecnológicas.

Neste viés, na medida em que são constatadas novas perspectivas relativas ao Direito de Propriedade Intelectual no cerne de uma sociedade cada vez mais interconectada por aparatos virtuais, vislumbra-se a relevância acadêmica da temática em comento. Destarte, é urgente a motivação para discussões jurídicas acerca da importância de serem estudadas e introduzidas, no sistema jurídico pátrio, novas formas de licenciamento aberto que mais coadunem os interesses do autor da obra intelectual com o direito à obtenção de conhecimento por parte da coletividade, consoante — não por acaso aqui exposto — a própria pertinência discursiva dos nomeados "Estudos de Direito de Autor e Interesse Público".

Desta forma, a relevância social que aqui se aponta é evidente, ao passo que, a partir de um novo olhar sobre o Direito de Propriedade Intelectual em convergência com a utilização das licenças *Creative Commons*, haverá a efetivação, no âmbito social, dos direitos e garantias fundamentais de acesso à cultura e à informação, tutelados na Constituição, diante da adequação da LDA aos ditames elencados nesta Lei Maior.

Não obstante, para que haja a efetivação dos fundamentos jurídicos supracitados, faz-se necessário que a generosidade no compartilhamento de bens imateriais seja levada em consideração pelo legislador autoral no momento de atualização legislativa. Deste modo, a criatividade e valorização do trabalho do próprio autor passarão a ser mais comprometidos com a realidade virtual em que se restam inseridos e com os direitos insculpidos no texto constitucional, em contraponto às restrições interpostas pela LDA.

Destarte, todos, consumidores proativos, ou seja, partícipes constantes da aquisição e produção de bens intelectuais, passam a ter salvaguardados seus direitos, sem que as condutas de aquisição de bens culturais na era digital sejam enquadradas como contrárias à legalidade.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. *O que é creative commons?*; novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

CAMPOS, Augusto. *O que é linux*. Florianópolis: Livro de Domínio Público, 2006. (Kindle Edition).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina. 1991.

CARDOSO, Gustavo, JACOBETTY, Pedro, DUARTE, Alexandra. *Para uma ciência aberta*. Lisboa: Mundos Sociais, 2012.

CARVALHO, Orlando de. *Direito das coisas*; do direito das coisas em geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – a era da informação*; economia, sociedade e cultura, vol. 1. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KYROU, Ariel. Elogio del plagio; el sampling como juego o acto artístico. *In*: BLONDEAU, Olivier, WHITEFORD, Nick Dyer, VERCELLONE, Carlo, KYROU, Ariel, CORSANI, Antonella, RULLANI, Enzo, BOUTANG, Yann Mouliery, LAZZARATO, Maurizio (org.). *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2004.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

MONIZ, Pedro de Paranaguá, CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e software livre*; uma opção pela razão (Revista da ABPI, n.70). Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2004.

PINHEIRO, Patrícia. *Direito digital*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

SANTOS, Manuella. *Direitos autorais na era digital*; impactos, controvérsias e possíveis soluções. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica*. [S.l.: s.n.], 2014. Disponível em: <http://www.softwarelivre.gov.br /artigos/artigo_02>. Acesso em: 07 set. 2016.

STALLMAN, Richard. *Software libre para una sociedad libre*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2004.

TAYLOR, Prue. The Common Heritage of Mankind: A Bold Doctrine Kept Within Strict Boundaries. *In*: BOLLIER, David, HELFRICH, Silke (ed.). *The Wealth of the commons*; a world beyond market & state. amherst, levellers, 2012.

TOFFLER, Alvin. *The third wave*. New York: Bantam Books, 1980.

TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral*; paradoxos e contribuições para revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

O DIREITO À IMAGEM DA PESSOA PÚBLICA - LEADING CASE EDUARDO HENRIQUE ACCIOLY CAMPOS

Autora: Maria Stephany dos Santos
Instituição: discente da pós-graduação (*lato sensu*) da EJE – TRE/PE. Advogada.

Resumo: Tem por objetivo analisar os direitos fundamentais e a importância de sua preservação. Abordar-se-á a diferença nítida entre os direitos de personalidade de pessoa pública e do homem comum. Partindo desse pressuposto, realizar-se-á uma análise do *leading case* de Eduardo Campos ocorrido no pleito eleitoral de 2014 e suas nuances no âmbito eleitoral. Com isso, desenrolando-se para a inviabilidade de controle e defesa de tais direitos no cerne da justiça eleitoral.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direitos de Personalidade, Personalidade Pública, Eduardo Campos.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho tem por primórdio mostrar a evolução dos direitos fundamentais, a teoria de Jellinek, bem como o desenvolvimento das garantias na preservação de tais direitos e as nuances no âmbito eleitoral.

O primeiro capítulo abordará aspectos gerais sobre os direitos fundamentais, passando-se a desanuviar a teoria dos status de Jellinek, as dimensões dos direitos fundamentais desde a sua terminologia aos direitos conquistados nestes períodos. E por fim, a proteção do direito a imagem no âmbito constitucional, enaltecendo-se a intimidade e a vida privada.

No segundo capítulo, têm-se a abordagem dos direitos de personalidade e sua tutela. A partir de então, têm-se a análise minuciosa do *leading case* Eduardo Henrique Accioly Campos, o qual se espraia a liberdade de expressão e a censura prévia, e o princípio constitucional da publicidade dos atos da Administração Pública na utilização da imagem da personalidade pública, em si.

Para finalizar, o terceiro capítulo, com uma linha tênue de correlação com o capítulo anterior, pelo qual sistematizou apenas em razão dos critérios doutrinários, as questões processuais atinentes ao *leading case*, ora objeto de estudo deste artigo.

Desta feita, espera-se ter alcançado o objetivo primordial deste trabalho, desatrelando a inviabilidade de se mitigar os direitos de personalidade da personalidade pública.

2. ASPECTOS GERAIS

Ivo Dantas traz o contexto do berço inicial dos direitos e garantias constitucionais aduzindo que foi no constitucionalismo liberal que se verificou o enaltecimento dos direitos e garantias constitucionais, período de decisiva participação no constitucionalismo socioeconômico, inclusive dando nova feição às Constituições. E acrescenta que o constitucionalismo na era globalização, chega-se a se falar em direito constitucional humanitário.[1]

1 DANTAS, Ivo. Constituição & processo – introdução ao direito processual constitucional. Vol

O reflexo de tais direitos e garantias nos diversos ordenamentos jurídicos se deve a luta secular dos governados contra o poder arbitrário dos governantes.[2] Raul Machado Horta delineando o presente contexto assevera:

> "A transposição da concepção abstrata dos direitos individuais para o domínio concreto das instituições políticas, em processo desencadeado pelos fragmentários documentos constitucionais ingleses do século XVII – *petition of rights*, de 1628, *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689 – atendia ao objetivo fundamental de limitar o poder do Estado pela submissão dele aos direitos individuais, que se colocavam acima do Estado, limitando-se o ordenamento estatal à revelação desses direitos naturais pela técnica declaratória, para proclamar a anterioridade e a insuprimibilidade dos direitos individuais."[3]

Duguit interpreta essa fase como a subordinação do Estado a uma regra superior a ele próprio.[4] Havia na doutrina uma problemática quanto à terminologia a ser empregada a esses direitos que cessavam a imposição dominante do Estado: uns chamavam de direitos humanos e outros, direitos fundamentais. Nota-se que os direitos fundamentais são corolário dos direitos humanos em razão da sua extensão de aplicabilidade. Carl Schitt, citado por Paulo Bonavides, traz dois critérios formais para restar caracterizado os direitos fundamentais, quais sejam:

> a) São todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no texto constitucional;
>
> b) São aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantias ou de segurança; ou são imutáveis, ou pelo menos de mudança dificultada, só possível mediante emenda à Constituição.[5]

Portanto, observa-se que os direitos humanos levam em consideração

I. Curitiba: Juruá, 2013. p. 29.

2 DANTAS, Ivo. Constituição & processo – introdução ao direito processual constitucional. Vol I. Curitiba: Juruá, 2013. p. 33.

3 HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 211-212.

4 DUGUIT, León. Traité de droit constitutionnel. 3 ed, Paris: E.de Boccard, 1930, v. 1, p. 588.

5 SCHITT,Carl apud BONAVIDES, Paulo. A nova universalidade dos direitos fundamentais. Fortaleza: Nomos – Revista de curso de mestrado em direito da UFC, v. 9/10, n ½, 1990/1991, p.2.

a dignidade humana, mas estão no plano internacional, transnacionais humanos. Enquanto os direitos fundamentais estão concatenados no plano interno de cada país, isto é, na Constituição formal que positive tais direitos. Canotilho desanuvia nos seguintes termos:

> "As expressões 'direito do homem' e 'direitos fundamentais' são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do home são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta"[6]

Dirley aduz que se mede o grau de democracia em um país pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo.[7] Ou seja, os direitos humanos fundamentais, segundo Branco, servem de norte para aferição da democracia numa sociedade.[8] Karl Lowenstein citado por Dirley reconhece em seu texto a necessidade de se dar maior proteção aos direitos e as liberdades fundamentais, senão vejamos:

> "encarnan la distribución del poder sin la que la democracia constitucional no puede funcionar. Cuanto más amplios sean estos âmbitos y más intensa sea su protección, tanto menos peligro existirá para que se produzca uma concentración del poder. Reconocimiento u observamncia de las libertades fundamentales separan el sistema político de la democracia constitucional de la autocracia"[9]

Portanto, quanto à terminologia não há o que tergiversar em razão de que o campo dos direitos humanos compreendem aqueles

6 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3 ed. Coimbra: Almedina Editora, 1999. P. 369.

7 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Bahia: Juspodivm. 2007. p. 511.

8 Branco, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais, In: Hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais, p. 104.

9 LOWENSTEIN, Karl apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Bahia: Juspodivm. 2007. p. 512.

inerentes ao ser humano, transcendem o simples instrumento normativo (constituição), enquanto que os direitos fundamentais estão acoplados à Constituição.[10] Não se quer dizer aqui que os direitos fundamentais estão acima dos direitos humanos, ao revés, a única diferença existente que paira sobre estes é que um encontra-se dentro do texto normativo constitucional, enquanto o outro não vem expressamente regulado.

3. TEORIA DO STATUS DE GEORG JELLINEK

No final do século XIX, Jellinek desenvolveu a doutrina dos quatro status em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado. Nesse contexto, verificam-se deveres ou direitos diferenciados por particularidade de natureza.[11]

Os direitos fundamentais cumprem demasiadas funções na ordem jurídica, dependendo do âmbito particular de proteção. Os direitos fundamentais possuem uma carga dúplice ou garantem o direito de defesa frente ao Estado, ora congregam a exigência de atuação positiva do Estado e, ainda, podem assegurar ao indivíduo o chamado direito de participação.

Portanto, para compreender o conteúdo e, principalmente, o alcance dos direitos fundamentais, o alemão desenvolveu quatro status: o passivo, status negativo, status positivo e status ativo.

O próprio Jellinek sintetizou sua teoria concluindo que:

> "Nestes quatros status – passivo, negativo, positivo e ativo – se resumem as condições em que o indivíduo pode deparar-se diante do Estado como seu membro. Prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensões em relação ao Estado, prestações por conta do Estado, tais vêm a ser os diversos aspectos sob os quais

10 Carl Schmitt citado por Dirley enaltece a importância do instrumento normativo regulador para a consolidação dos direitos fundamentais "Declaración solemne de derechos fundamentales significa el estabelecimento de princípios sobre los cuales se apoya la unidad política de um Pueblo y cuya vigência se reconoce com el supuesto más importante del surgimento y formación incessante de esa unidad" (SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. 1º ed. 3º reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2001, 371. p. 167)

11 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331.

> pode considerar-se a situação de direito público do individuo pelo fato de ser obrigado à obediência, aparece privado de personalidade; depois, é-lhe reconhecida uma esfera independente, livre do Estado; a seguir, o próprio Estado obriga-se a prestações para com o individuo; e, por último, a vontade individual é chamada a participar no exercício político ou vem mesmo a ser reconhecida como investida do *imperum* do Estado"[12]

Nesse contexto, nota-se que a teoria desenvolvida pelo alemão traz no seu bojo as variadas funções dos direitos fundamentais.

4. DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se iniciar o estudo dos direitos fundamentais há um contexto histórico que congrega toda a estrutura de sua evolução. Fábio Konder Comparato analisa que os direitos fundamentais historicamente são de suma importância para a convivência humana, isto é, sem a presença de tais direitos haveria um processo de desagregação.[13]

E Dirley assevera que a história é um recurso indispensável a fim de se conhecer a gênese e o desenvolvimento dos direitos fundamentais.[14] Os primeiros direitos fundamentais surgiram com o Estado Constitucional, no final do século XVIII, em decorrência do surgimento das primeiras normas constitucionais. Comparato aduz que a evolução histórica dos direitos fundamentais se deu boa parte em razão do sofrimento físico e moral dos seres humanos:

> "A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos"[15]

12 JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Trad. Fernando de los Ríos, Buenos Aires: Albatros, 1981. p. 306.

13 COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Revista de informação legislativa, nº 138, abril/junho, 1998, p. 39-48.

14 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Bahia: Juspodivm. 2007. p. 530.

15 COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Revista de informação legislativa, nº 138, abril/junho, 1998, p. 36-37.

Assim, vê-se que, os direitos fundamentais foram sendo agregados ao contexto jurídico paulatinamente, de acordo com os anseios que a sociedade prezava no momento. Noberto Bobbio assevera que os direitos fundamentais nascem de modo gradual[16], isto é, não surgiram em um único período, bem como não se quer dizer que já foram todos exauridos, pois a cada mudança e com o ritmo atual da sociedade pode ser que surjam novos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais começaram a ser reconhecidos a partir da Magna Charta Libertatum, 1215, pacto firmado entre o Rei João Sem Terra e os Bispos e Barões ingleses, Ivo Dantas[17] elucida que esse referido instrumento consagrou apenas privilégios a classe dos nobres ingleses[18] e, que apesar disto é considerada como marco de referência para algumas liberdade clássicas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade.[19]

Em ato contínuo verifica-se, também, as declarações inglesas do século XVII Petition of Rights, de 1628, firmada por Carlos I; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, assinado por Carlos II, e a mais importante *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento que enalteceram os direitos fundamentais. Mas que apenas a partir do século XVIII, com a vitória da revolução liberal na França e a independência das colônias inglesas na América do Norte, que se notam os direitos fundamentais, por meio da Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776, após pela Declaração Francesa dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789, com base nesses instrumentos normativos que as Constituições do mundo passaram a preservar os direitos fundamentais.[20]

16 BOBBIO, Noberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 05.

17 DANTAS, Ivo. Constituição & processo – introdução ao direito processual constitucional. Vol I. Curitiba: Juruá, 2013. p. 45.

18 Boa parte da doutrina não considerada a Magna Charta Libertatum constitucional, sendo apenas uma carta feudal para proteção dos privilégios dos barões e dos homens livres, portanto, os homens não livres (a maioria da parcela da sociedade) não estavam abarcados nesse documento. NOBLET, Albert. A democracia inglesa, p. 28, apud SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16º ed. São Paulo: Malheiros, 1999.p. 156.

19 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Bahia: Juspodivm. 2007. p. 536.

20 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Bahia: Juspodivm. 2007. p. 538.

Bobbio apresenta três etapas para a formação histórica das declarações de direito, a primeira consiste mais na prática (teorias filosóficas), a segunda estaria relacionada mais com a prática do que a teoria, enquanto a terceira fase consistiria na universalidade (alcançaria todos os seres humanos) e positivação em razão da necessidade de que os direitos não devem apenas ser regulados por instrumentos normativos, mas sim, devem ser protegidos até mesmo se houver violação destes direitos pelo Estado.[21]

Assim, a doutrina clássica traz a evolução dos direitos fundamentais sob o aspecto de três gerações ou dimensões. Paulo Bonavides esclarece o contexto:

> "a história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretiza valores cuja identidade jaz primeiro na sociedade e não nas esferas do poder estatal"[22]

A priori, antes de se esmiuçar o assunto tem-se a divergência, hodiernamente, já pacificada pela doutrina majoritária, quanto à terminologia a ser utilizada, pois há quem se utilize da nomenclatura gerações outros preferem dimensões. A doutrina mais moderna vem empregando a acepção dimensões, pois a utilização do termo gerações dá o ensejo de que os direitos conquistados na geração anterior seriam mitigados em razão da nova geração de direitos. Na prática, verifica-se que na verdade eles não são substituídos, mas sim, ampliados.

Cançado Trindade corrobora com esse posicionamento:

> "a fantasia nefasta das chamadas 'gerações de direitos', histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno de hoje teste-

21 BOBBIO, Noberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 28-30.

22 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9º ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 516.

> munhamos não é o de sucessão, mas antes, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos. As razões histórico-ideológicas da compartimentalização já há muito desapareceram. Hoje podemos ver com clareza que os avanços nas liberdades públicas em tantos países nos últimos anos devem necessariamente fazer-se acompanhar não de retrocesso – como vem ocorrendo em numerosos países – mas de avanços paralelos no domínio econômico-social"[23]

Assim, as dimensões dos direitos fundamentais congregam em um processo cumulativo, pelo qual não há substituição ou mitigação de direitos anteriormente reconhecidos. Marmelstein traz o fundamento histórico para a divisão em dimensões dos direitos fundamentais:

> "jurista tcheco Karel Vasak formulou, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre "as gerações – evolução – dos direitos fundamentais", da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (liberté), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (égalité), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (fraternité), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948"[24]

A primeira dimensão (direitos civis e políticos) reconheceu os primeiros direitos solenemente reconhecidos, tendo início no constitucionalismo Francês do pensamento liberal-burguês XVIII, e tinha como escopo o individualismo sendo, portanto, um direito de defesa onde o cidadão se contrapõe ao Estado denominado pela doutrina de "direitos de resistên-

23 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1. p 390.

24 MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Altas, 2008. p 42.

cia"[25] e teve por inspiração o Jusnaturalismo há quem afirme que este período tem uma linha tênue entre os direitos fundamentais e a democracia[26], pois foi neste período que surgiu o direito do voto, a capacidade eleitoral passiva, as liberdades de expressão coletiva, igualdade perante a lei, garantias processuais.[27] Apesar do surgimento dos direitos políticos, nem todos possuíam este direito, por exemplo, as mulheres e os analfabetos.

Assim, os direitos de primeira dimensão expressam poderes de agir, reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos, independentemente da ingerência do Estado, e correspondem ao *status negativo* da teoria de Jellinek, fazendo ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre o Estado e a sociedade.[28]

A segunda dimensão se deu na fase da industrialização através de ideologias socialista, que por meio de grandes movimentos revolucionários exigiam um comportamento ativo na concretização da justiça social. O movimento socialista fez atuar, a partir do século XIX, o princípio da solidariedade social que implantou a ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer individuo ou grupo social.[29] São direitos de cunho positivo e primam pelo bem estar social (bem coletivo), segundo Ingo "revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se à formulação preferida na doutrina francesa".[30] Já se verifica uma nítida diferença entre a primeira e a segunda, pois esta última preza pelo bem estar social coletivo, enquanto a primeira não possuía estas características.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais engloba ainda mais o direito coletivo, isto é, não figura o homem, mas sim grupos humanos (família, etc.). Sendo o direito à paz, a autodeterminação dos povos,

25 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Bahia: Juspodivm. 2007. p. 562.
26 AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 345.
27 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Bahia: Juspodivm. 2007. p. 562.
28 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9º ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 517.
29 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Bahia: Juspodivm. 2007. p. 567.
30 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2º ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.47.

desenvolvimento, meio ambiente, qualidade de vida, bem como o direito a conservação e a utilização do patrimônio histórico cultural e o direito de comunicação. Estes direitos ainda se encontram em sua fase embrionária, boa parte destes direitos já logrou obter reconhecimento constitucional, como o direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225, CF), o direito à paz mundial (art. 4º, VI e VII), o direito à autodeterminação dos povos (art. 4º, III) e o direito ao desenvolvimento (art. 3º, II).[31]

Historicamente e no seu significado atual, são direitos fundamentais especialmente aqueles que põem em jogo as condições essenciais da vida individual e comunitária em liberdade e com fulcro na dignidade humana. Sendo, portanto, resguardados nas legislações constitucionais comprometendo-se com os valores, dando-se a devida proteção à liberdade e a dignidade humana como fim supremo de todo o direito.

5. PROTEÇÃO DO DIREITO A IMAGEM NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 garante a proteção do direito à imagem no artigo 5º incisos V, X e XXVIII.[32] Este direito constitucional está no seio da primeira dimensão dos direitos fundamentais. O direito à imagem dentro dos direitos fundamentais alcançou o êxito devido ao desenvolvimento e ao acesso à fotografia a todo o conjunto da sociedade.

31 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Bahia: Juspodivm. 2007. p. 571.

32 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: [...]V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; 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;

Já que, hodiernamente, com o ritmo atual da sociedade globalizada e as invenções para a captura da imagem, fica um pouco mais difícil conter as invasões a tais direitos. De outro modo, a preservação de tais direitos se dá em razão da preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal de 1988.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, recebendo status de princípio fundamental, está plasmado no artigo 1º, III, da Constituição Federal e demonstra uma nova ótica do Direito Constitucional.

Edson Teixeira de Melo[33] ressalta, que:

Ainda que se entenda a dignidade da pessoa humana como um direito metaindividual, posição adotada por alguns juristas, e, neste sentido, a proteção seria da coletividade, que estaria sendo violentada como um todo, com a ofensa individual perpetrada a um único cidadão.

Verifica-se que, o uso indevido da imagem alheia pode gerar uma série de consequências como danos morais e danos materiais, já que o direito de imagem é inviolável, não cabe dispor dela sem a autorização do autor da imagem, logo a utilização de imagem sem o consentimento/autorização pela pessoa gera o direito de indenização. Isso tem como fim precípuo evitar a exposição indevida das pessoas e daqueles que se utilizam da própria imagem para desenvolver e dar proeminência em suas atividades profissionais e econômicas.

Há apenas uma diferença que deve ser levada em conta quando se refere a pessoas públicas, logo, o grau de proteção e de tutela do direito à imagem das pessoas famosas e notórias não é o mesmo do homem comum. Pois, a fama e o prestígio é uma opção de algumas pessoas (celebridades), portanto, a exposição de sua imagem nas mídias é consentida já que não há que se falar em fama sem a divulgação, *marketing*, *merchandising*, etc., esse assunto será mais detalhado no tópico seguinte.

33 MELO, Edson Teixeira de. Princípios constitucionais do Direito de Família . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9093>. Acesso em: 21 abr. 2008.

6. INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

A intimidade e a vida privada são direitos da personalidade que ganharam, com o advento da Constituição Federal de 1988, status de direito fundamental.

Por intimidade, entende-se ser aquele direito pelo qual o indivíduo busca proteger a esfera da vida pessoal do conhecimento alheio com a intenção de evitar importunações em sua privacidade[34]. Trata-se de esfera exclusiva que alguém defende de repercussão social, como, por exemplo, o diário íntimo, o segredo sob juramento, as convicções pessoais, os segredos cujo mínimo conhecimento público constrange[35].

A configuração da intimidade reúne três requisitos: a vontade de estar só; o sigilo ou segredo; a autonomia de decidir livremente a respeito de si mesmo[36]. Esse direito traduz-se pela discrição de alguém sobre acontecimentos de sua vida que comportam aspectos, como informações confidenciais e pessoais, lembranças de família, vida amorosa ou conjugal, saúde, atividades costumeiras, entre outros, cujo sujeito resguarda-os para si ou para restrito número de pessoas [37].

O direito à vida privada possui conceito próximo ao do direito à intimidade, entretanto não se confundem, na medida em que o texto constitucional os diferenciou, ao expressá-los, autonomamente, em seu artigo 5º, X[38]. Para Ferraz Júnior[39], o conceito de vida privada abrange a intimidade, pois é uma esfera mais exclusiva daquele direito.

34 STOFFEL, Roque. A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação. Critérios de solução. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2000. p. 27.

35 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 88, 1999. p. 79

36 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 88, 1999. p. 442-443.

37 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitárias, 1989.

38 STOFFEL, Roque. A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação. Critérios de solução. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2000. p. 24.

39 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v.88, 1999. p. 442-443

A vida privada pode, em algum momento, envolver terceiros, característica que a diferencia da intimidade, visto que, neste direito, o indivíduo resguarda para si partes da personalidade que a ninguém interessa. Assim é o entendimento de Ferraz Júnior[40]:

> "A vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal, (como a escolha do regime de bens no casamento), mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão."

7. DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Elimar Szaniawski aduz que a personalidade humana é complexa e, em especial, os seus atributos. E continua:

> "Não se deve vislumbrar a personalidade humana e sua tutela de maneira simplista, sem nos determos na análise do conteúdo da personalidade e de seus elementos, limitando-se, contudo, esta verificação, no que tange a proteção da personalidade dos atentados praticados por terceiros no sentido de dificultar, ou mesmo impedir, o seu livre desenvolvimento"[41]

Heinrich Hubmann citado por Szaniawski elucida que a personalidade humana é composta por três elementos fundamentais: a) a dignidade; b) a individualidade; c) a pessoalidade.[42] A ordem jurídica supranacional tem por principal escopo tutelar a personalidade humana amplamente, garantir o pleno desenvolvimento da personalidade e salvaguardar a dignidade do ser humano, sendo informada pelo caráter universal que a personalidade humana apresenta. Tendo como fontes: a declaração universal dos direitos do homem, a convenção europeia dos direitos dos homens e das liberdades fundamentais e a 17º convenção de Haia, de 1993, entre outras.[43]

40 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v.88, 1999. p. 79.

41 SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 114.

42 HUBMANN, Heinrich Apud SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 114.

43 SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2º ed. São Paulo: Revista dos

Os direitos de personalidade, que dizem respeito predominantemente a relações entre particulares, distinguem-se dos direitos humanos, maiormente referidos às relações com Estado. Distinguem-se dos demais direitos subjetivos, por seu conteúdo especial, pertinente à própria personalidade do sujeito. A partir do Capítulo II em seu art. 11, do Código Civil vê-se a proteção dada aos direitos de personalidade.

Pairava no ordenamento jurídico a inviabilidade acerca da proibição de publicação de biografias de pessoas públicas sem a sua devida autorização sendo considerado, à época, um acinte ao direito de personalidade da pessoa biografada, mas a partir do julgamento da ADI 4815, no dia 10.06.2015, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o pleno, por unanimidade, restou consignado o seguinte entendimento:

> "O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica , declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). [...] - Plenário, 10.06.2015."

O que se entende por pessoa pública? A doutrina entende que são todos aqueles que, de alguma forma, ganharam notoriedade regional, nacional ou internacional, que se pode configurar na pessoa de um político, de atores, de músicos, etc.[44]. Nesse sentido, assevera Farias[45]:

> As pessoas célebres, em face do interesse que despertam na sociedade, sofrem restrição no seu direito à imagem. Admite-se que elas tacitamente consentem na propagação de sua imagem como uma consequência natural da própria notoriedade que desfrutam.

Tribunais, 2005. p. 115/116.

44 STOFFEL, Roque. A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação. Critérios de solução. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2000. p. 30

45 FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegra: Ed. Sergio Antonio de Fabris, 1996. p. 25.

> Todavia, considera-se que a notoriedade não provém apenas da fortuna ou mérito das pessoas, alcançada por meio da arte, ciência, desporto ou política, mas podendo surgir independentemente da vontade pessoal, notadamente naquelas situações em que a pessoas são envolvidas como vítima de desgraças, de destinos anormais, de delitos.

Sobre a captação de imagens em locais públicos, Enéas da Costa Garcia[46] diz que:

> O direito à imagem deve ceder quando a reprodução esteja ligada a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou realizadas em público. A quem participa em um acontecimento ou em uma cerimônia de interesse público, pode mesmo atribuir-se o consentimento tácito da reprodução de sua imagem. Em qualquer caso, sendo a figura do retratado um elemento do fato, acontecimento ou cerimônia de interesse público ou ocorrido em público, existe uma necessidade de ordem material para a limitação do direito à imagem.

Em todas as situações referentes às pessoas públicas e comuns sempre haverá proibição da veiculação de suas imagens quando estiverem em situações constrangedoras e vexatórias, pois uma situação dessas não deveria ser de interesse da coletividade. Portanto, o limite para o exercício da liberdade de informação é a honra da pessoa que é objeto da informação divulgada.

No voto que orientou a decisão no Resp 706.769, o relator, ministro Luis Felipe Salomão, explicitou esse entendimento: "Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é o da honra da pessoa". "Notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada", acrescentou.

Sérgio Cavaliere Filho[47] citando Francisco Antonio Gomes discorreu que:

46 GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade civil dos meios de comunicação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 150.

47 Sergio Cavaliere Filho apud FRANCISCO ANTONIO GOMES, RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO AO DIREITO À IMAGEM, INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/423/Monografia_Francisco%20Antonio%20Gomes.pdf?sequence=1. Acessado em 21/08/2014

> "A pessoa que se torna de interesse público pela fama ou significação intelectual, moral, artística ou política não poderá alegar ofensa ao seu direito à imagem se sua divulgação estiver ligada à ciência, às letras, à moral, à arte e à política, destacando que a difusão de sua imagem deve estar relacionada com a sua atividade ou com o direito à informação e sempre resguardando a sua intimidade. A questão prática que se coloca é a de determinar quando é caso de direito à informação e quando se viola o direito à imagem. Sergio Cavaliere Filho entende que se a imagem de alguma pessoa estiver inserida em um contexto amplo e genérico, de modo a ficar claro na composição gráfica que o seu propósito principal não é a exploração econômica, tampouco a identificação da pessoa, mas sim noticiar determinado acontecimento, não haverá que se cogitar de violação de direito à imagem."

8. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CENSURA PRÉVIA, NO DIREITO ELEITORAL. *LEADING CASE* EDUARDO HENRIQUE ACCIOLY CAMPOS.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, IV e X e 220, §2º asseguram aos cidadãos o direito de expressar livremente a sua opinião. [48] A liberdade de expressão, sobretudo a respeito de política e questões públicas, é o suporte vital de qualquer democracia.

Com espeque no direito comparado, a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou que o equilíbrio entre liberdade de expressão e privacidade é diferente quando se trata de uma figura pública. O que é reservado à vida privada de um cidadão desconhecido pode ser de interesse da sociedade se a pessoa é pública, o inteiro teor da decisão segue em anexo a este artigo.[49]

48 A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

(...).

49 JURÍDICO, Consultor. Pessoa pública tem menos direito a privacidade, diz corte europeia. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/pessoa-publica-direito-privacidade-corte-europeia. Acessado em: 11/11/2015.

Dessa forma, em relação à propaganda eleitoral, pode existir um choque de direitos: o direito do candidato de expressar livremente suas ideias, inclusive acerca de outros candidatos, e o direito de serem resguardadas a intimidade e imagem, protegendo a vida privada das pessoas. Assim, a solução encontrada pela lei eleitoral foi estabelecer vários limites e vedações, mas que tem a sua verificação realizada após a veiculação da propaganda exibida, e **nunca** antes desse momento, sob pena de se configurar censura prévia.

Entende-se por censura prévia, a análise pela Justiça Eleitoral de determinada propaganda eleitoral antes que esta seja exibida, o que é terminantemente proibido pela lei para não ferir a liberdade de expressão e de imprensa, direitos arduamente conquistados.

Ocorre que, para compatibilizar os direitos à liberdade de expressão e à inviolabilidade da imagem, a Justiça Eleitoral atuará repressivamente, ou seja, uma vez exibida a propaganda considerada ofensiva ou irregular, o responsável será devidamente punido. Não é, portanto, permitida a censura prévia, bem como cortes instantâneos em determinadas propagandas eleitorais, sejam elas em bloco, ou mediante pequenas inserções durante a programação normal.

Assim, a Legislação Eleitoral no que dispõe o art. 53 da Lei nº 9.504/97, não faz, nem permite que seja feita nenhum tipo de censura prévia nas propagandas eleitorais. Para haver qualquer tipo de proibição ou punição, é necessário que tenha havido efetivo dano à imagem. Bem se vê que além de não ser permitida a censura prévia, para haver qualquer intervenção da Justiça Eleitoral no sentido de proibir a propaganda exige-se que tenha havido a intenção de degradar ou ridicularizar candidatos.

O que fica vedado pelo *caput* do artigo é que a Justiça Eleitoral assista a todos os programas antes deles irem ao ar, e os censure previamente. Como ensina Oliver Coneglian[50], "A Justiça Eleitoral pode exercer a censura sobre aquilo que já foi ao ar e que lhe foi trazido por ter traduzido ou produzido ofensa. Em termos penais, a Justiça deve coibir a prática de

50 CONEGLIAN, Olivar. Propaganda eleitoral: eleições 2014. 12ª ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 302

um crime depois que crime semelhante já foi cometido, mas não se pode antecipar ao crime."

> ELEIÇÃO 2012. PROPAGANDA ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. CONTROLE ANTECIPADO. AUSÊNCIA DE DEMONTRAÇÃO DE OFENSA. PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. DESPROVIMENTO.
>
> 1- Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos. Inteligência do art. 53, da Lei nº 9.504/97.
>
> 2- Impossibilidade de censura prévia ou controle antecipado do conteúdo de propaganda política. A apreciação judicial prescinde de restar configurada e devidamente demonstrada a ofensa advinda de eventual difusão de mensagem publicitária eleitoral.
>
> 3- A Justiça Eleitoral deve intervir, quando provocada, para impedir a reapresentação de propaganda ofensiva e não se antecipar a sua veiculação.
>
> 4- Recurso desprovido. (RE - Recurso Eleitoral nº 4663 - Caruaru/PE Acórdão de 02/10/2012 Relator(a) ROBERTO DE FREITAS MORAIS)

Nas eleições de 2014, no Estado de Pernambuco, após o falecimento do Sr. Eduardo Campos, foi ajuizada uma Ação Cautelar (AC nº 128560.2014.617.0000) com pedido liminar intentada pela Sra. RENATA DE ANDRADE LIMA CAMPOS E OUTROS em face da COLIGAÇÃO PERNAMBUCO VAI MAIS LONGE E OUTROS, objetivando que a Coligação se abstivesse de utilizar, sem autorização expressa dos Requerentes, toda e qualquer veiculação da imagem, nome, voz e demais valores inerentes à personalidade do Sr. Eduardo Campos, sobretudo relativo ao apoio a candidatos que não eram por ele apoiados, sob a pena de condenação em crime de desobediência e incidência de multa.

De forma muito concisa, a causa de pedir da presente cautelar trouxe a juízo que uma vez iniciada a campanha no rádio e na televisão, visando o pleito de outubro do ano de 2014, havia um receio de que a imagem e a voz de Eduardo Campos fossem utilizadas pelas coligações e partidos políticos em prol de candidaturas por estes apoiados sem autorização.

Verificou-se que a presente ação tinha por objetivo preservar os conceitos morais, sociais, éticos e políticos de Eduardo Campos, buscando a proteção judicial à sua imagem, voz, nome, assinaturas e demais valores inerentes à sua personalidade, somente admitindo a divulgação desses atributos mediante a prévia e expressa autorização dos Requerentes.

Em relação ao caso, há que se ter em vista que o Sr. Eduardo Campos trata-se de pessoa pública, ou seja, o seu direito à inviolabilidade da vida privada é, sabidamente, mitigado, mesmo que se resguarde sua honra, de forma que, por ter sido um grande político do estado de Pernambuco, sua memória é patrimônio pertencente a todos os pernambucanos.

Quanto ao direito à privacidade que trata o art. 20 do Código Civil[51], se discorre de um direito pertinente à própria pessoa ou a indivíduos que fazem parte do seu convívio diário, sendo a privacidade, via da regra, um bem inviolável. Entretanto, cumpre ressaltar que em se tratando de pessoas públicas, tal regra sofre exceções, sendo certo que não é necessária qualquer tipo de autorização quanto à veiculação de suas imagens, dizeres ou feitos, salvo em se tratando da intimidade pessoal, o que não vem ao caso, na medida em que a discussão em tela é restrita à matéria eleitoral. Neste sentido, leciona José Afonso da Silva[52] que "A vida exterior que se envolve as pessoas nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto de pesquisa e das divulgações de terceiros porque é pública." Por esse viés, a ação não obteve êxito tanto em sede cautelar como na análise meritória em razão que carecia de amparo legal a prestação jurisdicional buscada pelos autores.

9. DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ART. 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

51 Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)

52 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 211

Ponto que merece relevância quanto à análise do presente caso, consiste na abordagem acerca da publicidade dos atos da administração pública. O princípio expresso da publicidade encontra-se disposto no art. 37, *caput*, da CF[53] e, como regramento norteador, importado àqueles investidos do exercício da atividade pública, salvo as questões sigilosas, a total lisura de sua atuação.

Nas lições do Ilmo. Celso Antônio Bandeira de Melo[54] o referido princípio Magno consiste no "(...) dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam (...) Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, caput, da Lei Magna, ademais de contemplado em manifestações específicas do direito à informação sobre os assuntos públicos, que pelo cidadão, pelo só fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado".

O caso de Eduardo Campos, em que pese entender, ao estar em busca da proteção de uma imagem privada, na realidade, ainda que implicitamente ou involuntariamente, pretende tolher à população acerca dos feitos realizados pelo Sr. Eduardo Henrique de Acioly Campos, enquanto investido do mandato público (Governador pelo Estado de Pernambuco).

De tal forma, os feitos das personalidades políticas deste ente federado, seja na qualidade de situação ou oposição, são via da regra, atos públicos, a teor da disposição normativa acima citada. Com isso, a atuação conjunta entre Ex-Governador e os demais mandatários políticos, não devem ser tolhidas do conhecimento público geral, sob pena de afronta direta à publicidade dos atos da administração pública estabelecida no *caput* do art. 37, da CF.

Ressalte-se que não se está defendendo a violação à intimidade da pessoa, ainda que pública. Não podemos confundir a intimidade do

53 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

54 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 13ª Ed. pg. 96-97. Malheiros. 2001. p. 125.

indivíduo com, *in casu*, a exposição que lhe é acometida pelo desempenho da função pública. Ademais, por intimidade, trata-se de esfera exclusiva que alguém defende de repercussão social, como, por exemplo, o diário íntimo, etc., como aqui já delineado. Portanto, como dito, é a vida como mandatário público, a qual deve ser exposta ao conhecimento da sociedade, a teor da norma constitucional invocada.

Extrapolando os limites da discussão eleitoral inerentes à matéria, não há como coibir a divulgação de imagem de personalidade política sob a alegação de afronta ao direito personalíssimo previsto no art. 5º, X, da CF c/c o art. 20 e 21, ambos do Código Civil, enquanto que o indivíduo estiver investido de mandato público. Assim, impõe-se, também, a invocação do princípio Magno da supremacia do interesse público sobre os interesses privados.

10. QUESTÕES PROCESSUAIS DO *LEADING CASE* EDUARDO HENRIQUE ACCIOLY CAMPOS. DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ELEITORAL. DA ILEGITIMIDADE DOS DEMANDANTES.

A jurisdição, como função estatal para prevenir e compor os conflitos, aplicando o direito ao caso concreto, em última instância, resguardando a ordem jurídica e a paz social, é exercida em todo o território nacional (art. 1º, CPC). Por questão de conveniência, especializam-se setores da função jurisdicional.

Distribuem-se as causas pelos vários órgãos jurisdicionais, conforme as suas atribuições, que têm seus limites definidos em lei. Limites que lhes permitem o exercício da jurisdição. A jurisdição é una, porquanto manifestação do poder estatal. Entretanto, para que mais bem seja administrada, há de ser feita por diversos órgãos distintos.

A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre os vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da função jurisdicional. A competência é, portando, o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei; o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição; a medida da jurisdição.

Com efeito, a distribuição da competência faz-se por peio de normas constitucionais, de leis processuais e de organização judiciária, além da distribuição interna da competência nos tribunais, feita pelos seus regimentos internos. Nossa Constituição já distribui a competência em todo o Poder Judiciário Federal (STF, STJ e Justiças Federais: Justiça Militar, Eleitoral, Trabalhista e Federal Comum). A competência da Justiça Estadual é, portanto, residual.

A Constituição Federal vigente integra a Justiça Eleitoral à estrutura do Poder Judiciário, tratando-a como justiça especializada de natureza federal mantida pela União (art. 92, da CF).

No Brasil, a competência das justiças especializadas é determinada em razão da matéria (*ratione materiae*). "Matéria eleitoral" é, portanto, o campo dentro do qual se move a Justiça Eleitoral, tendo sido remetido à lei complementar a tarefa de especificar os contornos precisos (art. 121, CF).

Assim, não tendo a Constituição estabelecido com precisão às matérias de competência da Justiça Eleitoral, a legislação complementar deverá estabelecê-la com razoabilidade, sem incorrer em inconstitucionalidade, não podendo incluir na competência da Justiça Eleitoral demandas que seguramente não são eleitorais, nem excluir situações que seguramente são eleitorais. Acaso o fizesse, estaria quebrando a partilha do exercício da jurisdição prevista pela própria Constituição Federal que previu várias justiças especializadas e duas justiças comuns. Evidentemente, do mesmo modo age quem exerce a função jurisdicional eleitoral em claro desrespeito à matéria de sua competência.

Recepcionado como lei complementar no que tange à "organização e competência" da Justiça Eleitoral, [55] o Código Eleitoral instrumentaliza o processo eleitoral que consubstancia procedimento que se sucede no tempo e, portanto, tem marco inicial e final. Pacífico que o termo final das eleições coincide com a diplomação dos candidatos, [56] neste sentido, os fatos ocorridos após este período escapam, em regra, à competência

55 Nery Júnior, Nelson & Nery, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado. 3. ed. São Paulo: RT, 1997, pp. 152-153.

56 COSTA, Tito. Recursos em matéria eleitoral. 4. ed. São Paulo: RT, 1992. p. 32; FERREIRA, Pinto. Código eleitoral comentado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 48

da Justiça Eleitoral, que só se prorroga excepcionalmente (v.g. art. 262, CE). No *Leading Case*, restou evidente que na data do ajuizamento da demanda não se chegara ao termo final do período eleitoral, posto que sequer, à época, a escolha dos candidatos foi materializada com a votação.

No entanto, no que tange ao aspecto da matéria da presente demanda, apesar da *materiae* **não ter sido delimitada com saciedade pela lei complementar, doutrina e jurisprudência, não é de competência da Justiça Eleitoral, posto que esta é incompetente para** dirimir questões envolvendo o direito à imagem, haja vista o manifesto interesse privado existente no presente feito, o que contraria o interesse público que rege o processo eleitoral.

Ora, a presente demanda tinha por escopo a tutela de interesse exclusivamente privado, considerando que, além de ter a família do *de cujus* - titular dos direitos que se almeja salvaguardar - como polo ativo, a matéria vergastada (direitos da personalidade) tem fundamentos exclusivamente cíveis.

Suscite-se que, até mesmo o direito de resposta tutelado pela Justiça Eleitoral, apesar de ser imperativa a concessão sempre que o candidato, partido ou coligação forem "atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social" (Art. 58 da Lei 9.504/97), não será cabível por qualquer crítica ou por qualquer análise objetiva da vida pública do candidato, de seus atos administrativos ou políticos, ainda mais quando sabidamente verdadeiros.[57]

Dessa forma, apesar do instituto do direito de resposta objetivar a tutela dos direitos da personalidade de um cidadão, dirige-se ao candidato; àquele escolhido em convenção para disputa de cargo eletivo, ou àquele ofendido em veiculação de propaganda eleitoral, encontrando seus limites no direito constitucional de liberdade de manifestação e informação. Por outro lado, na exordial, o que se almejava era, evidentemente, a tutela dos direitos da personalidade de um homem como sujeito de

57 COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral, Ed. Del Rey, 2006, p. 828.

direitos, sendo irrelevante o quadro de candidatura a cargo eletivo. Ora, ainda que a concessão ou não da tutela pleiteada trouxesse efeitos que repercutissem na seara eleitoral, o objeto da demanda é exclusivamente privado e não cuida de matéria eleitoral. Imperioso suscitar que, ainda que a matéria vergastada fosse de competência da justiça especializada, a proporção almejada pelos Demandantes não seria alcançada por esta Corte Regional.[58]

Nesse diapasão, a Justiça Especial é absolutamente incompetente para o andamento e julgamento de casos análogos, sendo premente a sua remessa à justiça competente nos termos do art. 113, do CPC.

Acerca das teorias da ação, a teoria predominante na doutrina brasileira é a Teoria Eclética, desenvolvida por Liebman e adotada pelo Código de Processo Civil Pátrio, a qual desvincula o direito de ação da existência de um direito material ou da obtenção de um provimento favorável, restringindo, outrossim, o direito de ação a existência de algumas condições, as chamadas condições da ação, cuja ausência implicaria a extinção do feito sem exame do *meritum causae*. As condições da ação, conforme a doutrina liebmaniana, materializada no Código Adjetivo, são a legitimidade para a causa, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir ou interesse processual. Quanto à legitimidade de parte ou legitimidade para a causa (*ad causam),* esta se refere ao aspecto subjetivo da relação jurídica processual.

Deve ser ressaltado que a legitimidade *ad causum* divide-se em legitimidade ativa - do autor, aquele que deduz em juízo uma pretensão e legitimidade passiva - do réu, aquele em face de quem aquela

58 REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. ELEIÇÕES 2014. INSERÇÃO NACIONAL. DESVIRTUAMENTO. ART. 45, § 2º, II, DA LEI9.096/95. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 1. A mera exaltação das qualidades do integrante do partido, conquanto não constitua propaganda eleitoral ¿ pois não houve pedido de voto e nem menção a uma possível candidatura - configura, outrossim, desvirtuamento da propaganda partidária por ofensa à norma do art. 45 da Lei 9.096/95. 2. A competência para o julgamento de representação que versa sobre propaganda partidária veiculada em inserções nacionais é do Tribunal Superior Eleitoral. 3. Representação julgada procedente. (TSE/DF - Rp 11476. Min. Rel. Laurita Hilário Vaz. Julg.: 07/11/2013. Pub.: DJe 12/02/2014).

pretensão é deduzida . [59] Considera-se que o autor tem legitimidade para a causa quando, pela natureza da questão, parecer que ele tem o direito de pedir o que pede, pelo menos à primeira vista - legitimidade ativa. E o réu será parte legítima para sofrer a ação se ele tiver de fazer ou prestar o que lhe é pedido, pelo menos em tese - legitimidade passiva. [60] Assim, em apertada síntese, são legitimados para agir, ativa e passivamente, os titulares dos interesses em conflito; legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão; passiva terá o titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão. [61]

No *Leading Case*, apesar do Eminente Desembargador Relator ter reconhecido a legitimidade dos sucessores legais para buscar a tutela jurisdicional por lesão ou ameaça aos direitos de personalidade do *de cujus*, tal assertiva não merece prosperar no caso em apreço, haja vista a manifesta falta de legitimidade ativa no ajuizamento da demanda que por este meio se impugna.

Carecem de legitimidade os sucessores legais do *de cujus* para atuar nessa Justiça Eleitoral, postulando algo que não havia ainda sequer acontecido à época da propositura da demanda, isto é, que um candidato ou coligação não poderiam mencionar o nome de Eduardo Campos em sua propaganda eleitoral veiculada pelo horário gratuito e até mesmo, secundariamente, promovendo a denominada "Ação de Preservação do Direito de Imagem e Som."

A própria ortodoxia do processo eleitoral delimita a legitimidade para representações eleitorais por propaganda apenas ao partido político, coligação, candidato e ao Ministério Público.

Por conseguinte, a demanda ajuizada pela família Campos não obteve o êxito esperado em razão de todos os argumentos aqui despendidos.

---

59 GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 125.

60 FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. Resumo de Processo Civil. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 125.

61 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 145.

Verifica-se então que enquanto investido de mandato público, o direito personalíssimo à imagem resta mitigado, ou melhor, relativizado, uma vez que a publicidade de seus atos como requisito indispensável de sua atuação, seja qual for à esfera do poder democrático, há de ser plena. Ademais, não há como se questionar tais direitos de personalidade no âmbito eleitoral, bem como tal questionamento deverá ser realizado pelos legitimados insculpidos na Legislação Eleitoral.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se que, enquanto investido de mandato público, o direito personalíssimo à imagem resta mitigado, ou melhor, relativizado, uma vez que a publicidade de seus atos como requisito indispensável de sua atuação, seja qual for a esfera do poder democrático, há de ser plena. Logo, não há como separarmos a figura pública do gestor público do cargo por este representado, de modo que não deve persistir a proteção perseguida ante a sua constante exposição como mandatário político.

Já que, a liberdade de expressão é um instrumento de aperfeiçoamento da democracia, devendo ser protegida em sua dimensão pluralista e participativa em uma perspectiva social, que considere todas as formas de sua exteriorização: escrita, falada, artística, eletrônica.

Por se prestar a atender um número indeterminado de pessoas e envolver assuntos de interesse público ou assuntos de interesse difuso, indispensável à integralização da dignidade da pessoa humana, e como tal deve ser tutelado.

O destinatário da liberdade de expressão é o ser social, ou seja, a pessoa humana em suas conexões interpessoais e familiares, por isso a titularidade da defesa contra sua manifestação pertence a ambos: ao individuo e à sociedade. Essa é a exegese mais adequada para a norma do art.220 da Constituição brasileira, de natureza meramente programática.

A proteção dos direitos da personalidade é assentada no principio da liberdade, requisito inafastável da proteção ao valor absoluto da dignidade da pessoa humana, o que exige tutela jurídica resiliente, que permite sua restauração integral sempre que ameaçada ou violada em sua essência, e sempre aberta às novas conformatações do tecido social e jurídico.

A sociedade tem o direito de ser informada e o administrador público o de informar, sendo o principio da publicidade um dos basilares da Administração Pública, estrutura da qual, o "*de cujus*" fazia parte.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012;

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitárias, 1989;

BOBBIO, Noberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992;

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9º ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2000;

Branco, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais, In: Hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais;

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3 ed. Coimbra: Almedina Editora, 1999;

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Revista de informação legislativa, nº 138, abril/junho, 1998;

CONEGLIAN, Olivar. Propaganda eleitoral: eleições 2014. 12ª ed. Curitiba: Juruá, 2014;

COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral, Ed. Del Rey, 2006;

COSTA, Tito. Recursos em matéria eleitoral. 4. ed. São Paulo: RT, 1992. p. 32; FERREIRA, Pinto. Código eleitoral comentado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990;

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Bahia: Juspodivm. 2007;

DANTAS, Ivo. Constituição & processo – introdução ao direito processual constitucional. Vol I. Curitiba: Juruá, 2013;

DUGUIT, León. Traité de droit constitutionnel. 3 ed, Paris: E.de Boccard, 1930, v. 1;

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegra: Ed. Sergio Antonio de Fabris, 1996;

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 88, 1999;

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. Resumo de Processo Civil. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade civil dos meios de comunicação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002;

GARRIDO, Diego López, Marcoa Fco. Massó GARROTE, Lucio PEGORARO (Directores). Valor Constitucional, Concepto y Evolución de los Derechos Humanos. Barcelona: Tirant lo blanch, 2000;

GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 15 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999;

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999;

HUBMANN, Heinrich Apud SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Trad. Fernando de los Ríos, Buenos Aires: Albatros, 1981;

LOWENSTEIN, Karl apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Bahia: Juspodivm. 2007;

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Altas, 2008;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 13ª Ed. pg. 96-97. Malheiros. 2001;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

Nery Júnior, Nelson & Nery, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado. 3. ed. São Paulo: RT, 1997;

NOBLET, Albert. A democracia inglesa, p. 28, apud SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16º ed. São Paulo: Malheiros, 1999;

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1990;

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2º ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

SCHITT,Carl apud BONAVIDES, Paulo. A nova universalidade dos direitos fundamentais. Fortaleza: Nomos – Revista de curso de mestrado em direito da UFC, v. 9/10, n ½, 1990/1991;

SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. 1º ed. 3º reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2001;

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1998;

STOFFEL, Roque. A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação. Critérios de solução. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2000;

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1;

SITES

BRASIL. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 230.268 - SP. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200101049077&pv=010000000000&tp=51. Acesso em: 21/08/2014;

JURÍDICO, Consultor. Pessoa pública tem menos direito a privacidade, diz corte europeia. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/pessoa-publica-direito-privacidade-corte-europeia. Acessado em: 11/11/2015;

MELO, Edson Teixeira de. Princípios constitucionais do Direito de Família . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9093>. Acesso em: 21 abr. 2008

Sergio Cavaliere Filho apud FRANCISCO ANTONIO GOMES, RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO AO DIREITO À IMAGEM, INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/423/Monografia_Francisco%20Antonio%20Gomes.pdf?sequence=1. Acessado em 21/08/2014;

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS À PROPRIEDADE INTELECTUAL: NECESSIDADE DE AÇÃO POR ARENAS SOCIAIS

Autor: Rangel Oliveira Trindade
Instituição: Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR)

Resumo: As conquistas em relação ao acesso a bens intelectuais, através de flexibilização de normas de Propriedade Intelectual e consequente implementação de determinadas Políticas Públicas, tem sofrido pela demora na efetivação e/ou até mesmo arquivamento das medidas. Devido a abordagem sistêmica que os *policy-makers* tem dado a tais políticas, instrumentos importantes como o Tratado de Marraqueche, que facilita o acesso a obras publicadas para pessoas cegas, e que teve texto final assinado em junho de 2013, demandando incansável trabalho e transigência de negociadores nacionais e internacionais, veio a ser ratificado pelo Brasil somente dois anos e meio após tal ato, sendo este país um dos proponentes do acordo. Assim, o presente trabalho objetiva identificar, por meio de modelos de Políticas Públicas, o atual posicionamento, e propor alternativas para efetividade e celeridade nos processos decisórios. O artigo estruturou-se em dois capítulos. No primeiro buscou analisar a área das Políticas Públicas, e, por conseguinte, identificar as demandas em Propriedade Intelectual facilitadoras do acesso a bens intelectuais, identificando o atual *status* de políticas no Brasil. No segundo capítulo tratou de examinar a necessidade de ação através do modelo de arenas sociais, e de apontar diretrizes aos *policy-makers* e sociedade, para a resolução do problema. Ao estudo foram utilizados o método dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. À conclusão, o estudo apontou que o modelo de arenas sociais deve ser o adotado como diretriz, vez que uma política pública envolve processos subseqüentes após sua formulação, para então ser implementada.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Análise de Políticas Públicas. Tratado de Marraqueche.

1. INTRODUÇÃO

As conquistas em relação ao acesso a bens intelectuais, através de flexibilização de normas de Propriedade Intelectual e consequente implementação de determinadas Políticas Públicas, tem sofrido pela demora na efetivação e/ou até mesmo arquivamento das medidas. Devido a abordagem sistêmica que os *policy-makers* tem dado a tais políticas, instrumentos importantes como o Tratado de Marraqueche, que facilita o acesso a obras publicadas para pessoas cegas, e que teve texto final assinado em junho de 2013, demandando incansável trabalho e transigência de negociadores nacionais e internacionais, veio a ser ratificado pelo Brasil somente dois anos e meio após tal ato, sendo este país um dos proponentes do acordo.

Como exemplo de demandas fundamentais e necessárias, tem-se que a implementação do Tratado aumentaria a abrangência dos beneficiários que, com a legislação atual, não têm direito aos livros acessíveis, como os tetraplégicos. Possibilitaria intercâmbio (venda e compra de livros) entre países que ratificaram o tratado, sendo que naquele momento não poderia fazer isso por questão de restrições de direitos autorais.

Políticas Públicas ao acesso a bens intelectuais são necessárias. No entanto, a efetivação de tais políticas deve ser buscada. Se não está havendo a implementação, existem motivos além do corriqueiro trâmite legislativo de uma medida. Para tanto, analisar modelos adotados torna-se fundamental, a fim de identificarmos o real interesse em sanar as demandas. É o que veremos a seguir.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E PROPRIEDADE INTELECTUAL: ANÁLISE E IMPLEMENTAÇÃO

A importância de efetivação de Políticas Públicas em Propriedade Intelectual requer, antes de tal implementação, o estudo detido no que se constitui o instituto das *Políticas Públicas* de fato. Segundo Souza (2006, p. 26), *"é o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, 'colocar o*

governo em ação' e/ou analisar essa ação (...) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações".

Dito isto, cabe referir que muitas vezes, ao tratarmos de maior acesso a bens intelectuais, não é dada a devida importância ao referido instituto. Ou seja, se almejamos, através de demonstrar que essa ou aquela ação na seara dos direitos de Propriedade Intelectual deve ser tomada, por vezes quem pugna pela adoção de certa mudança regulatória necessária deve entender o que está por trás da efetivação do direito por meio dos *policy-makers*, que são os tomadores de decisão. Tais decisões são tomadas e são objeto de estudo por meio de modelos, analisados a seguir.

2.1. POLÍTICAS PÚBLICAS E SEUS MODELOS DE ANÁLISE INCIDENTES

A doutrina delineia duas abordagens que orientam a compreensão da dinâmica dos mecanismos e dos processos mediante os quais a política pública vai sendo, pouco a pouco, estruturada pelas relações entre os atores políticos. (RUA, 2013) Estas são a "Abordagem Sistêmica" e a "Abordagem das Arenas (Sociais) Políticas".

A abordagem Sistêmica das Políticas Públicas, através do conceito de Easton (1965 apud RUA, 2013, p. 31) entende *" 'Sistema' um todo organizado, formado por um conjunto de elementos, componentes ou partes interconectados, cujas relações se dão a partir de um fluxo de insumos (inputs) (e) interage com o seu meio por intermédio de entradas (inputs) e saídas (outputs).".*

Assim, as políticas públicas provêm do processamento, pelo sistema político, de demandas de entrada, que são quaisquer necessidades presentes na sociedade. Elas podem ser expressas direta ou indiretamente. São expressas diretamente, quando manifestadas pelos próprios atores que requerem algum tipo de bem público, que clamam pela mudança ou pela preservação de uma situação qualquer. Ou são expressas indiretamente, quando os que manifestam a necessidade em tela são terceiros: ativistas políticos, representantes ou autoridades governamentais. (RUA, 2013).

Os apoios nesse sistema nem sempre estão diretamente relacionados a cada demanda ou a cada política pública específica, e estão direcionados para o sistema político ou para a classe governante. Esses apoios ou suporte passivos são como exemplo a obediência e o cumprimento de leis e regulamentos, para a aplicação de medidas em direitos intelectuais.

Já como apoios ativos, temos que são atos conscientes e deliberados, como a participação na implementação de determinados programas governamentais, em manifestações públicas, etc. Além disso, os apoios podem ser afirmativos, quando expressam legitimação, credibilidade; ou negativos, quando representam a negação da legitimidade. Por exemplo, a desobediência civil, a abstenção eleitoral ou as manifestações populares contra governantes apontam para uma negação de apoio – seja ao governo, seja ao próprio regime político. (RUA, 2013).

Expandindo a noção sistêmica, deve-se ponderar que os inputs de demanda e os inputs de apoio não estão restritos ao plano interno de qualquer sociedade nacional. Com efeito, principalmente no mundo contemporâneo, no qual se aprofundou a internacionalização da economia, se expandiram as redes comunicacionais planetárias e se fragilizaram as barreiras nacionais (RUA, 2013). Cada país, dia após dia, é afetado pelo que acontece internamente nos outros Estados.

Segundo Rua (2013, p. 32), *"um dos componentes desse sistema internacional/global são as sociedades nacionais, que compõem, cada uma delas, um sistema nacional (que é) é constituído por diversos subsistemas".*

Aqui, pois reside o cerne de tal abordagem. Ao tratarmos *sistemas políticos* como *"um conjunto de interações abstraídas da totalidade do comportamento social, por meio das quais valores são alocados de forma autorizativa para uma sociedade"* segundo Easton (1965 apud RUA, 2013, p. 32), identificamos que em seu interior são processados os fluxos de inputs de demanda e de suporte, bem como os apoios de todos os tipos, gerando-se "outputs".

Outputs seriam os resultados, ou seja, produtos do sistema político que desencadeiam ações e reações na sociedade, no sistema nacional e/ou nos sistemas internacional/global, de acordo com uma dinâmica de

retroalimentação ("feedback"). Essa retroalimentação proporcionará informações sobre as reações aos outputs. O feedback pode tornar-se visível por meio da imprensa, das manifestações de movimentos sociais, dos estudos do meio acadêmico, de atores internacionais (RUA, 2013). Ao presente estudo, o feedback é significativo, porque pode alterar a configuração das demandas e dos apoios existentes nos sistemas; um exemplo disto é a repercussão que uma reforma da legislação autoral terá em todos os setores da sociedade.

Em relação ao processamento das demandas de entrada pelo sistema político, para a abordagem Sistêmica, é no processamento das demandas e dos apoios que se realizam os procedimentos formais e informais de resolução pacífica de conflitos, que configuram a política (*politics*), e é daí que se origina cada política pública (*policy*). (RUA, 2013).

Na concepção de como funciona o processamento das demandas e apoios pelo sistema político, aplicado à implementação de políticas públicas aos direitos intelectuais, o Modelo da Política Burocrática de Allison, segundo Rua (2013, p. 35), informa que

> na arena principal (a policy) há um jogo (politics), mas no ambiente maior da política (politics) há vários outros jogos acontecendo, simultaneamente, ou não, envolvendo os atores políticos. Isso faz com que os interesses dos diversos atores em uma política (policy) sejam atravessados por linhas cruzadas entre diferentes políticas (policies), cujas trajetórias nem sempre convergem. O jogo da arena principal está encaixado em um jogo maior, que define como os fatores contextuais influenciam os resultados para cada ator. Nesse sentido, uma decisão que parece pouco racional e indica prejuízo para um ator em determinada política pública, pode ter sido o elemento de barganha para que esse mesmo ator obtivesse uma vantagem muito maior em outra política (policy) que – em princípio – nada tem a ver com a primeira

Na implementação de Políticas Públicas à Propriedade Intelectual há todo tipo de ator: atores institucionais e individuais, privados e públicos; atores organizacionais defendendo interesses organizacionais ou, alternativamente, usando sua posição organizacional para favorecer interesses e ambições pessoais; atores coletivos agindo em defesa dos

interesses de suas coletividades ou não. Esse contexto das relações entre os atores é permeado por seus cálculos políticos, de curto, médio ou longo alcance, algo que na maioria das vezes não é identificado pelos proponentes de medidas de modificação em aspecto regulatório[1]. Tal processamento prejudica de forma sensível os objetivos de tais políticas, e é o que ocorre.

Por outro lado, temos a Abordagem das Arenas Políticas, que sob conceito de LOWI (1964, 1972, apud RUA, 2013, p. 36), *"entende a política pública (*policy) *como a variável central, capaz de mobilizar reações de vários atores, baseadas numa avaliação antecipada sobre como aquela política afetará os seus respectivos interesses".*

Se há um grupo de interesse em determinada política (ex: alteração do art 46 da Lei 9.610/98), caso queira, poderá se mobilizar, empregando os recursos de poder de que dispõe, para que a concepção dessa política pública caminhe em uma direção ou outra, em consonância com seus interesses específicos ou os de sua categoria social. Essa atuação implica interagir com diversos outros atores, aliando-se a alguns deles e contrapondo-se a outros (como exemplo setores que advogam pela manutenção de ser ofensa aos direitos autorais a reprodução parcial ou integral, a distribuição e qualquer forma de uso de obras intelectuais, para fins educacionais).

As arenas de política pública (*policy arena*) consistem na configuração assumida por essas interações, sendo padrões de interação dos atores envolvidos em uma política pública, configurados a partir da combinação das suas preferências e das suas expectativas quanto a ganhos e perdas em uma política potencialmente em fase de formulação

Segundo bem preceitua Rua, (2013, p. 38), LOWI (1964) identificou, a princípio, três tipos de arenas distintos: arena distributiva, arena redistributiva e arena regulatória [2]; seguindo sua lógica, incide ao presente trabalho uma premissa fundamental: são as políticas públicas que formam as arenas políticas.

1 Como exemplo, as dificuldades durante anos de modificação da Legislação de Direito Autoral (Lei 9.610/98), que visa flexibilizar normal pró-cultura, que ainda não alcançou seu fim.

2 Arena a que se detém o presente estudo.

As arenas políticas regulatórias, a seu turno, envolvem o estabelecimento de imperativos, proibições e condições, sob o formato de regras e normas jurídicas que limitam o poder discricionário dos indivíduos e das organizações, e têm por base ameaças de punições variadas.

Os benefícios e as expectativas relativos às políticas regulatórias estão dispersos entre vários grupos, categorias ou classes sociais que tem interesses exclusivos (cada coletividade deseja que as regras a serem instituídas sejam de uma maneira). Enquanto isso, os custos concentram-se em classes, categorias ou grupos (e não indivíduos). É possível reconhecer visivelmente os ganhadores e os perdedores em cada item ou aspecto de uma decisão, que afeta os interesses de vários na política regulatória.

Entretanto, justamente por não apresentarem a lógica do jogo de soma-zero, há espaço para que os atores, munidos de seus recursos de poder, negociem e barganhem sobre seus interesses, dando origem à composição dos interesses: tenta-se chegar a um ponto no qual todos ganhem um pouco, embora nenhum dos envolvidos fique na situação de ganhar tudo ou de perder totalmente. Essa é sua principal característica. (RUA, 2013, p. 40).

2.2. PROPRIEDADE INTELECTUAL E DEMANDAS POR POLÍTICAS PÚBLICAS: O TRATADO DE MARRAQUECHE

Este ponto trata de demandas de bens intelectuais à sociedade em específico, trazendo o caso da criação e implementação do Tratado de Marraqueche (2013).

Lançado em 2009, como proposta do Brasil junto com Equador e Paraguai, o tratado foi concluído em 28 de junho 2013, no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), em Marraqueche (Marrocos). O seu objetivo é compensar a escassez de obras publicadas em formato acessível a pessoas com deficiência visual, que deixam de ter acesso à leitura, à educação, ao desenvolvimento pessoal e ao trabalho em igualdade de oportunidades.

Em 2008, havia, no Brasil, uma média de dois mil títulos disponíveis de obras literárias editadas em formato acessível para cegos. Por iniciativa do Ministério da Cultura brasileiro, que depois de acatada pelo Governo do país, foi apresentada à OMPI junto com outros países, e tratou do tema das limitações e exceções à Legislação autoral. Assinado em 2013, só entraria em vigor depois de ratificado em 20 países.

Como demanda fundamental e necessária, a implementação do Tratado aumentaria a abrangência dos beneficiários que, com a legislação atual, não têm direito aos livros acessíveis, como os tetraplégicos. Possibilitaria intercâmbio (venda e compra de livros) entre países que ratificaram o tratado, sendo que naquele momento não poderia fazer isso por questão de restrições de direitos autorais.

As nações que aderissem ao acordo se comprometeriam a criar dispositivos na legislação nacional para que obras, tais como livros e outros materiais em formato de texto e ilustrações correlatas, possam ser reproduzidas e distribuídas em formatos acessíveis, como o Braille, Daisy ou mesmo em audiolivro, sem a necessidade de autorização do titular de direitos autorais.

Com fulcro na necessidade de desenvolvimento da educação e da cultura, os direitos autorais necessitavam ser flexibilizados em relação ao escopo do Tratado. Educação, pesquisa e acesso à informação, equilibrados, tornariam mais fácil o acesso das pessoas com deficiência visual ou outras dificuldades ao texto impresso real.

O texto do Tratado, o primeiro multilateral a tratar de limitações e exceções aos direitos de propriedade intelectual, declarou que os Estados Partes são conscientes dos desafios prejudiciais para o desenvolvimento das pessoas com deficiência visual ou outras dificuldades para acessar o texto impresso, o que limita a sua liberdade de expressão, incluindo a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de todos os tipos em um condições de igualdade com os outros, através de todas as formas de comunicação de sua escolha, e sua fruição do direito à educação, bem como a oportunidade de realizar pesquisas.

É no âmbito dos países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos que se encontra o maior número de deficientes visuais no mundo.

2.3. O STATUS DE IMPLEMENTAÇÕES NECESSÁRIAS NO BRASIL PELA ABORDAGEM SISTÊMICA

Vimos que, em relação ao processamento das demandas de entrada pelo sistema político, para a abordagem Sistêmica, é no processamento das demandas e dos apoios que se realizam os procedimentos formais e informais de resolução pacífica de conflitos, que configuram a política, e é daí que se origina cada política pública. Tal modelo é o que foi implementado pelo governo brasileiro na efetiva implementação do Tratado de Marraqueche, conforme o atual[3] *status* deste processamento no âmbito interno.

Após a assinatura pelo Brasil em junho de 2013, o Senado Federal aprovou no dia 24 de novembro de 2015, em dois turnos, a adesão do país ao Tratado de Marraqueche. A matéria foi promulgada e a ratificação foi assinada pela presidenta Dilma Rousseff em 11 de dezembro do mesmo ano.

Conforme dados do governo, a perspectiva é que, com o tratado em vigor, mais de 300 milhões de pessoas com deficiência visual sejam beneficiadas nos países que ratificarem o tratado. De acordo com o último Censo, realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no Brasil, há mais de 6,5 milhões de pessoas com deficiência visual, sendo 582 mil cegas e seis milhões com baixa visão ou outras deficiências visuais.

Em novembro de 2015, outros onze Estados já haviam ratificado o Tratado: Argentina, Coreia do Sul, El Salvador, Emirados Árabes Unidos, Índia, Mali, México, Mongólia, Paraguai, Cingapura e Uruguai. Segundo dados da OMPI [4], o Brasil, em novembro de 2015, foi um dos Estados que mais demorou a ratificar o Tratado após a assinatura do mesmo, e o fez, coincidentemente, um dia após a Austrália ratificar.

Mesmo que possa ser levado em conta as vicissitudes do trâmite legislativo no Brasil, nada justificou uma demora de 2 (dois) anos e meio para confirmação do Tratado no âmbito interno. Deveria ter seguido

3 Partindo do espaço temporal de novembro de 2015 até hoje.

4 Disponíveis em http://www.wipo.int/wipolex/es/wipo_treaties/parties.jsp?treaty_id=843&group_id=1

exemplo de outros países em desenvolvimento de mesmo porte, como o México, que ratificou um mês após assinar o Tratado, ou até mesmo a Índia, que o fez em menos de dois meses. Ocorre que nenhum dos países citados foi proponente da medida, tal como o Estado brasileiro, e a postura política na implementação [5]da necessária demanda a bens intelectuais nos remete a analisar o "por quê" da morosidade, constituindo medidas de ação, vistas a seguir.

3. NECESSIDADE DE AÇÃO POR ARENAS SOCIAIS: DIRETRIZES AOS *POLICY-MAKERS*

As conquistas em relação ao acesso a bens intelectuais, através de flexibilização de normas de Propriedade Intelectual e consequente implementação de determinadas Políticas Públicas, como visto, tem sofrido pela demora na efetivação e/ou até mesmo arquivamento das medidas. Entende-se que é devido a abordagem sistêmica que os *policy-makers* tem dado a tais políticas, que instrumentos importantes como o Tratado de Marraqueche caem na morosidade do poder decisório político, como o nosso exemplo. Além disto, outras medidas necessárias, tal como a Reforma da Lei Autoral, seguem caminho que beira o completo arquivamento da medida, sem implementar-se nenhuma política pública. Dar diretrizes a quem "bate o martelo" torna-se fundamental.

Para tanto, necessário inferir que são as Políticas Públicas que deveriam definir a política, e não o contrário, como veremos a seguir.

3.1. A POLÍTICA DEFINE AS POLÍTICAS PÚBLICAS, OU SÃO AS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE DEVERIAM DEFINIR A POLÍTICA?

A Abordagem Sistêmica e a das Arenas Políticas (arenas sociais) remetem a um debate deveras significativo: na explicação das políticas

5 O início de vigência do Tratado de Marraqueche deu-se em 30 de setembro deste ano de 2016, após o número de ratificações necessárias.

públicas, considerando a política (*politics*) e as políticas públicas (*policies*), qual delas é a variável independente (causa); e qual é a variável dependente (efeito)? São as instituições, os mecanismos e os procedimentos empregados para a administração pacífica dos conflitos sobre bens públicos (*politics*) que dão origem às políticas públicas (*policies*)? Ou, ao contrário, são essas que originam e estruturam os processos da política? (RUA, 2013)

Sob a ótica da Abordagem Sistêmica, - que se entende nesse estudo como a adotada pelo governo brasileiro -, é o movimento dinâmico da política que produz as políticas públicas. A política em seu sentido mais abrangente é concebida como variável independente, ficando as políticas públicas como variável dependente, ponto prejudicial.

É pela Abordagem das Arenas, *in casu*, que é seguro caminhar: as políticas públicas é que desencadeiam o conflito e determinam a dinâmica das interações que caracterizam a política em sua concepção mais extensa. As *policies* são consideradas variável independente, uma vez que as avaliações e expectativas dos atores a seu respeito acarretam diferentes padrões de cooperação, competição e conflito na sociedade. Nessa perspectiva, portanto, as políticas públicas são o passo inicial, capaz de impulsionar e informar o jogo político. Mas não é o que temos visto analisando as ações dos tomadores de decisão (*policy-makers)*.

3.2. POLICY-MAKERS EM PROPRIEDADE INTELECTUAL, AÇÕES E DISCURSOS

A atuação dos *policy-makers* determina sensivelmente o sucesso efetivo da implementação de determinada medida, e, ao caso, o acesso a bens intelectuais.

Em relação ao Tratado de Marraqueche, o Diretor de Direitos Intelectuais do MinC, sr. Marcos Souza, afirmou estar emocionado com o resultado do trabalho da DDI. Disse que *"isso mostra que a perseverança e o planejamento de longo prazo da Diretoria gera resultados que, neste caso, propiciarão possibilidades concretas de melhoria de oportunidades para as*

pessoas com deficiências visual e outras deficiências que impedem o acesso a obras impressas". Ainda, Marcos Souza afirmou que *"já estamos trabalhando para ampliar o número de ratificações junto a outros países, bem como na implementação do Tratado"*.[6] Eis, pois, o discurso.

Em relação a ação, temos que Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos seguem uma tramitação equivalente à de emendas constitucionais no Brasil. Isso quer dizer que, em cada Casa do Congresso Nacional, o assunto é votado em dois turnos em plenário, com aprovação de pelo menos três quintos dos votos dos respectivos membros. Mesmo assim, não se justificaria uma demora de 2 (dois) anos e meio para confirmação do Tratado no âmbito interno.

O Brasil, como proponente do Tratado, pois data de 2008 o projeto que deu origem, deveria ter seguido exemplo de outros países em desenvolvimento de mesmo porte, como o México, que ratificou um mês após assinar o Tratado, ou até mesmo a Índia, que o fez em menos de dois meses. Ocorre que nenhum dos países citados foi proponente da medida, tal como o Estado brasileiro, e a postura política na implementação da necessária demanda a bens intelectuais nos remete a analisar o "por quê" da morosidade, constituindo medidas de ação.

Algo necessita ser feito, sob este viés, a fim de que *policy-makers* possam influenciar líderes na nação a dar prioridade em discussão de implementação das questões aqui tratadas. A abordagem sistêmica na implementação de direitos de Propriedade Intelectual mostra-se clara: primeiro vem o político, e após as Políticas Públicas.

Isto está expresso na fala do Diretor antes mencionado: *"já estamos trabalhando para ampliar o número de ratificações junto a outros países, bem como na implementação do Tratado"*. Indaga-se: por que não antes (logo após a assinatura do Tratado de Marraqueche) o Brasil já não providenciou a ratificação em prazo razoável (já que não era matéria estranha no âmbito interno) e trabalhou ativamente junto a outros países para que assinassem/

6 Disponível em http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/-/asset_publisher/OiKX3xlR9iTn/content/senado-aprova-adesao-ao-tratado-de-marraqueche/10883

ratificassem, para ser alcançado o número necessário de 20 nações? Por que pensar nisso somente ao fim de 2015 (dois anos e meio depois)?

Frisa-se que, ainda, que o Tratado de Marraqueche alicerçou-se juridicamente na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Congresso Nacional, com status de emenda constitucional, e ratificada pelo Congresso Nacional em 2008. Portanto, segurança jurídica sempre houve.

3.3. NECESSIDADE DE AÇÃO POR ARENAS SOCIAIS E MUDANÇA DO QUADRO ATUAL

São as Políticas Públicas que deveriam definir a política. Segundo a lógica de LOWI, elas formam as arenas políticas. Pelo, visto, a fim de que se possa promover ações efetivas por parte de tomadores de decisão, devem estes partir das Políticas Públicas cuja carência é apontada pela sociedade civil, e isto não é diferente para a área dos direitos intelectuais.

O modelo de arenas sociais vê a política pública como uma iniciativa dos chamados *empreendedores políticos* ou de políticas públicas. Isto porque, para que uma determinada circunstância ou evento se transforme em um problema, é preciso que as pessoas se convençam de que algo precisa ser feito. É quando os *policy-makers* do governo passam a prestar atenção em algumas questões e a ignorar outras.

Cita-se o exemplo da Reforma da Lei Autoral: poucos anos após o início de vigência da legislação de 1998, a sociedade civil, às voltas da necessidade de promover maior acesso à cultura, e com o advento das novas Tecnologias da Informação e Comunicação, decidiu por meio de setores que a Lei precisava sofrer reformas[7] necessárias. O governo, desde

7 Diante do desafio de reformar a LDA brasileira, o Ministério da Cultura (na época sob administração de Gilberto Gil) criou o Fórum Nacional de Direito Autoral que, entre 2007 e 2009, realizou diversos encontros e debates entre sociedade civil, artistas, pesquisadores e representantes das indústrias criativas do país. Após, em 2010, o Ministério da Justiça preparou um anteprojeto de reforma da lei, posteriormente submetido a uma consulta pública. Ver: http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/ , acessado em 23 de agosto de 2016.

2008 até hoje, não promoveu a implementação das melhorias apontadas, amplamente [8] debatidas.

Segundo Souza (2006, p. 32), existem três principais mecanismos para chamar a atenção dos decisores e formuladores de políticas públicas:

> a) divulgação de indicadores que desnudam a dimensão do problema;
>
> (b) eventos tais como desastres ou repetição continuada do mesmo problema;
>
> e (c) feedback, ou informações que mostram as falhas da política atual ou seus resultados medíocres.

Esses *empreendedores políticos* são uma comunidade de especialistas, pessoas que estão dispostas a investir recursos variados esperando um retorno futuro, dado por uma política pública que favoreça suas demandas. Eles são cruciais para a sobrevivência e o sucesso de uma ideia e para colocar o problema na agenda pública. (SOUZA, 2006).

Esses empreendedores podem constituir, e em geral constituem, redes sociais. Redes envolvem contatos, vínculos e conexões que relacionam os agentes entre si e não se reduzem às propriedades dos agentes individuais. As instituições, a estrutura social e as características de indivíduos e grupos são cristalizações dos movimentos. Souza (2006, p. 32) pontua que *"este método e referencial teórico parte do estudo de situações concretas, para investigar a integração entre as estruturas presentes e as ações, estratégias, constrangimentos, identidades e valores. "*

As redes constrangem as ações e as estratégias, mas também as constroem e reconstroem continuamente.

Este estudo pretende salientar que uma política pública envolve processos subseqüentes após sua formulação, para só então ser de fato implementada. Mesmo que setores da sociedade, comunidade acadêmico-científica e *policy-makers* debrucem-se em encontrar soluções às demandas da sociedade, e aqui citamos o acesso à bens intelectuais, tão necessário à

8 Pauta de todas as 10 edições anuais do principal congresso de direito autoral brasileiro, o CODAIP (Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, do GEDAI/UFPR).

educação e cultura no país [9], primeiramente é necessário mudar o início da ótica de implementação de Políticas Públicas começando por elas mesmas.

Ou seja, a divulgação de indicadores que desnudam a dimensão do problema deve ser veemente pelos interessados em Políticas Públicas; os eventos tais como desastres ou repetição continuada do mesmo problema igualmente devem ser incessantemente apontados; por fim, o *feedback*, ou informações que mostram as falhas da política atual ou seus resultados medíocres, devem pautar debates acadêmicos, mas também ser manifestados às ruas.

Os defensores de Políticas Públicas à Propriedade Intelectual, além de: compreender os efeitos do direito fundamental à cultura sobre os limites dos direitos autorais, em especial; compreender a proteção e circulação da produção cultural desenvolvida nas instituições públicas; compreender os papéis da cidadania cultural no processo de inclusão social; e compreender a função do Estado em matéria cultural, as políticas públicas de cultura e a regulamentação jurídica dos direitos culturais, devem presumir que as instituições políticas tornam o curso de certas políticas mais fáceis do que outras, infelizmente.

Para uma mudança no quadro atual, faz-se necessário um adendo à questão, ao averiguarmos outra dimensão das políticas públicas. GUSTAFSSON (1983) adota outro critério de tipificação e sugere que as Políticas Públicas sejam divididas conforme: *"a) a intenção dos governantes de implementar a* policy*; e b) a disponibilidade de conhecimento para sua formulação e implementação",* e identifica os seguintes tipos:

> a) Políticas Reais: são aquelas que os governantes possuem a intenção efetiva de implementar e possuem o conhecimento requerido para isso. Nesse caso, selecionam-se as estratégias e alocam-se os recursos com a finalidade de que os problemas políticos sejam, de fato, resolvidos;
>
> b) Políticas Simbólicas: são aquelas que ocorrem quando, mesmo em posse do conhecimento necessário, os governantes não têm intenção de implementar as políticas. Elas podem até ser formuladas, com o objetivo de oferecer uma aparente resposta às deman-

9 Tal como demonstrou a última avaliação IDEB divulgada neste setembro de 2016, que apontou que a meta de educação brasileira anual de 2015 não foi alcançada.

> das, contudo não há compromisso algum, por parte governantes, com sua implementação;
>
> c) Pseudopolíticas: são aquelas que os governantes têm a real intenção de implementar, porém, não dispõem do conhecimento essencial para tal fim. Podem ser observadas quando os governantes procuram especialistas em formulação de projetos, consultores, etc., indicando seu interesse em formular e implementar políticas efetivas; no entanto, um exame mais atento mostra que eles enfrentam problemas de baixa capacidade de gestão, o que compromete as possibilidades de atender efetivamente às demandas por políticas públicas;
>
> d) Políticas Sem Sentido: são aquelas que os governantes não pretendem implementar, nem contam com o saber necessário para tanto. São proposições descabidas, sem fundamentos no conhecimento técnico, e que são usadas somente como discurso político, sem compromisso para com a satisfação das demandas.

Com o início de vigência do Tratado de Marraqueche, que ocorreu em 30 de setembro deste ano de 2016, após o número de ratificações necessárias, podemos dizer que saímos das Políticas Simbólicas para as Políticas Reais, conforme a tipificação acima exposta. No entanto, praticar Políticas Simbólicas em um país que pretende alcançar desenvolvimento socioeducativo e cultural é caminhar sem rumo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de considerações finais, após restar claro que uma política pública envolve processos subseqüentes após sua formulação, para só então ser de fato implementada, sendo necessária mudança no início do ciclo de implementação de Políticas Públicas, as conquistas em relação ao acesso a bens intelectuais, através de flexibilização de normas de Propriedade Intelectual e consequente implementação de determinadas Políticas Públicas, não devem mais sofrer pela demora na efetivação de demandas tão importantes, como o maior acesso a obras autorais por deficientes visuais.

Propor alternativas para efetividade e celeridade nos processos decisórios aos *policy-makers é* fundamental. É através do modelo de

Políticas Públicas denominado Arenas sociais ou arenas políticas, ao ser adotado como diretriz, que reconhecemos que uma política pública envolve processos subseqüentes após sua formulação, para então ser implementada.

Assim, para o Brasil alcançar desenvolvimento socioeducativo e cultural é necessário a ampliação do acesso à cultura, e a participação popular de todos os setores envolvidos em uma determinada demanda, como o exemplo da Reforma da Legislação Autoral brasileira, cuja discussão deixa de ser privilégio apenas de pessoas com poder decisório, quando concebemos o modelo das arenas sociais. É um fenômeno que ocorre mutuamente.

Às universidades e pesquisadores envolvidos cabe a tarefa de propor ampla discussão acadêmica, como tem sido praxe mundo afora, a fim de que legislações internas e internacionais em Propriedade Intelectual se flexibilizem como Políticas Públicas a favor da ampliação do acesso a bens intelectuais, para que isto auxilie o desenvolvimento das nações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei de Direitos Autorais** (Lei n° 9610/98*). Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm.*

BRASIL. MINISTÉRIO DA CULTURA. **Consulta de direito autoral.** Disponível em http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/.

_____ **Senado aprova adesão ao Tratado de Marraqueche**. Notícias. Disponível em http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/-/asset_publisher/OiKX3xlR9iTn/content/senado-aprova-adesao-ao-tratado-de-marraqueche/10883

GUSTAFSSON, Gunnel. **Symbolic and Pseudo Policies as Responses to Diffusion of Power**. Policy Sciences, v.15, n. 3, p. 269-287, 1983.

LOWI, Theodore J. **American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory.** World Politics, v. 16, n. 4, p. 677-715, 1964.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. (OMPI). Estrados-membros signatários do Tratado de Marraqueche. Disponível em http://www.wipo.int/wipolex/es/wipo_treaties/parties.jsp?treaty_id=843&group_id=1

RUA, Maria das Graças; ROMANINI, Roberta. **Para aprender Políticas Públicas.** Vol 1. IGPP. Disponível em http://igepp.com.br/uploads/ebook/ebook-para_aprender_politicas_publicas-2013.pdf

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

O DISCURSO DE ÓDIO EM DOMÍNIO PÚBLICO: Uma análise da proibição do livro 'Minha Luta' de Adolf Hitler.

Autor: Gustavo Fortunato D'Amico[1]
Instituição: Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná - GEDAI

Resumo: Em 1º de Janeiro de 2016 a nefasta obra intitulada 'Mein Kampf' de Adolf Hitler entrou em domínio público na sociedade brasileira. Referido acontecimento trouxe à tona, no meio acadêmico/científico e no meio judicial, sérias preocupações sobre a possibilidade das editoras em comercializarem livremente a obra do temível e tirânico ditador. Neste caótico acontecimento, a Justiça do Rio de Janeiro, acatando o pedido do Ministério Público, entendeu, por bem, em proibir a circulação e a comercialização do maléfico manuscrito, justificando que, por conta dos acontecimentos do holocausto e do racismo contido nas páginas do libelo, a propagação da obra seria capaz de incitar o preconceito racial. O presente artigo traça uma detida análise do caso concreto, mostrando a atipicidade da conduta das editoras quando da comercialização do livro, embasando o estudo na decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus n. 82.424/RS e demais doutrinadores penais e de propriedade intelectual, os quais entendem que a mera publicação esparsa de obras que contém discurso de ódio, por si só, não tem o condão de incitar e propagar o ódio, bem como, entendem que, a obra caída em domínio público somente pode ser limitada pelo Estado em casos excepcionais, quando veementemente comprovado o prejuízo de sua circulação na sociedade.

Palavras-chave: Domínio Público; Racismo; Hitler.

1 Advogado, especialista em propriedade intelectual e comércio eletrônico pela Universidade Positivo. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná e membro da Comissão de Assuntos Culturais e Propriedade Intelectual da OAB/PR.

1. INTRODUÇÃO

O domínio público é um importante instituto dos direitos autorais, pois, tem como finalidade permitir que a sociedade possa usufruir das obras caídas em domínio público e construir novas, enriquecendo o patrimônio cultural da coletividade.

Entretanto, uma obra tem gerado um vasto debate social e levantado questões sobre a limitação do uso da obra em domínio público, esta obra é '*Mein Kampf*,' o livro meio biográfico e meio doutrinário de um dos ditadores mais controversos do século XX, Adolf Hitler.

Para muitos, o uso livre da obra poderá acarretar um renascimento das doutrinas racistas que teriam o poder de espalhar o ódio e fomentar atrocidades, como as vistas no holocausto, razão pela qual, a obra deve ter sua circulação restrita. Outros argumentam que, a sociedade deve ser capaz de avaliar, por si só, o conteúdo nefasto do livro e remetê-lo ao esquecimento.

Dessa forma, necessário se faz um aprofundamento técnico/jurídico e científico a respeito do tema, isto porque, o Estado, no papel de guardião do domínio público, não tem o condão de arbitrariamente limitar o acesso do público às obras, mas apenas proteger a integridade e autoria daquelas.

Sendo assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar casuisticamente a questão, haja vista a recente proibição, pela justiça carioca, da comercialização, pelas editoras nacionais, da obra 'Minha Luta', a qual entendeu que a mera reedição esparsa do livro caracteriza, por si só, o crime de incitação ao ódio e, portanto, deve ser proibida em todo o território nacional.

Diante disso, deve-se, primeiramente, avaliar quais são os requisitos para que a conduta do sujeito se amolde ao crime de racismo, observando sua aplicação ou não ao presente caso concreto. E por sua vez, deve-se ponderar se a referida decisão não extrapolou o papel/dever do Estado na gestão da obra inserida no domínio público.

2. A REPERCUSSÃO SOCIAL DA REEDIÇÃO

Em primeiro de janeiro de 2016 a obra 'Minha Luta' do ditador Adolf Hitler entrou em Domínio Público, com isso, o Estado da Baviera, até então detentor dos direitos da obra, perdeu o poder de limitar a exploração econômica do livro[2].

Isso ocorre, pois, uma vez que a obra entra em Domínio Público ela pode ser livremente utilizada por qualquer pessoa independente de autorização. Sobre isso escreve Paesani:

> Bens autorais caídos em domínio público podem ser livremente utilizados por qualquer pessoa e igualmente divulgados por qualquer meio de difusão. Também podem ser adaptados, arranjados ou modificados a partir da obra original.[3]

Consequentemente, a livre utilização da obra por qualquer pessoa, torna possível sua reedição e venda pelas editoras e livrarias em todo o mundo.

Diante dessa possibilidade, iniciou, em meio à sociedade, um acalorado debate a respeito da hipotética exploração comercial da obra, tendo em vista, que o discurso contido no livro afronta os direitos humanos, conforme expõe Eliane Paz:

> 2016 será o "Ano Hitler". Pelo menos para o mercado editorial. Isso porque *Mein Kampf* – um misto de livro de memórias e projeto político do ditador mais odiado da História – entrou em domínio público em 31 de dezembro de 2015. Passados 70 anos da morte de Adolf Hitler, sua reedição continua provocando acaloradas discussões na Alemanha e no mundo[4].

2 MAGALHÃES-RUETHER, Graça. 'Mein Kampf' cai em domínio público e republicação divide alemães. **Globo.com**, Rio de Janeiro, primeiro de janeiro de 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/livros/mein-kampf-cai-em-dominio-publico-republicação-divide-alemães-18392189>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

3 PAESANI, Liliana Minardi. **Manual de Propriedade Intelectual.** 2.ed. 2015. São Paulo: Atlas. p. 21.

4 PAZ, Eliane. "Mein Kampf", o pérfido livro de Hitler, cai em domínio público. **Zero Hora**, Rio Grande do Sul, 09 de janeiro de 2016. Disponível em: < http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/proa/noticia/2016/01/mein-kampf-o-perfido-livro-de-hitler-cai-em-dominio-publico-4947715.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

Tendo em vista a grande receptividade dos consumidores em outros países pelas novas edições do manifesto nazista[5], algumas editoras e livrarias se interessaram em reeditar a obra e comercializá-la[6] ao grande público, causando o início do debate no Brasil.

Por conseguinte, os debates atualmente em voga abarcam duas vertentes de posicionamentos sobre a comercialização de Minha Luta. Aqueles contrários à venda do livro defendem que ele pode reacender a chama do nazismo, incitando o ódio racial, devendo ser controlado o acesso à obra e ser, apenas, disponibilizado em bibliotecas para consulta, pois, entendem que a lucratividade empresarial advinda da venda do livro consiste em prática imoral. Entre os opositores à reedição comercial, destaca-se Ricardo Lísias:

> Repito que não proponho a proibição do livro, apenas ressalto como é desagradável saber que tem gente querendo lucrar com o idealizador e executor de uma das maiores tragédias da história humana. (...) Lucrar com Hitler é aceitar que dá pra ganhar dinheiro com tudo. No meio dos livros, "Minha Luta" é o fundo do poço, não vejo como ganhar dinheiro com nada pior[7].

Em seguida, completa:

> Assim, quem vai correr às livrarias para comprar "Minha Luta"? A resposta é fácil: nazistas, racistas, fascistas e extremistas. O resto já sabe muito bem o que Hitler fez, o que ele significa é que ler "Minha Luta" fora de um ambiente especializado é mera perda de tempo inclusive para entender o nazismo. Naturalmente, notas de

5 BALK, Mathias. Demanda por reedição de 'Minha Luta', de Hitler, impressiona editora. **Folha de S. Paulo**. São Paulo. 09 de janeiro de 2016. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/01/1727762-demanda-por-reedicao-de-minha-luta-de-hitler-impressiona-editora.shtml>. Acesso em 02 de fevereiro de 2016.

6 BALLOUSSIER, Anna Virginia. 'Bíblia de Hitler' cai em domínio público, e livrarias estudam a venda. **Folha de S. Paulo.** São Paulo, 04 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/12/1714685-biblia-de-hitler-cai-em-dominio-publico-e-livrarias-estudam-venda.shtml >. Acesso em 18 de janeiro de 2016.

7 LÍSIAS, Ricardo. Por que sou contra a publicação de Minha Luta, de Adolf Hitler, no Brasil. **UOL**. São Paulo. 22 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2016/01/22/por-que-sou-contra-a-publicacao-de-minha-luta-de-adolf-hitler.htm>. Acesso em: 16 de março de 2016

> rodapé, prefácios e apêndices não dispensam o acompanhamento especializado: aparatos críticos também exigem contextualização[8].

Com base nessas ideias, Lísias e outros escritores lançaram um boicote virtual à publicação de 'Minha Luta' por entender que a divulgação do livro, em especial a versão elaborada pela Editora Geração, não apresenta qualquer cuidado editorial, pois, busca tornar a obra atrativa aos consumidores e que os comentários feitos estão desatualizados por se tratarem de uma tradução de uma versão americana de 1939, ou seja, antes do mundo conhecer as atrocidades do nazismo[9].

Existem também, os que argumentam a proibição por entender que o conteúdo, discurso de ódio, contido na obra é algo muito prejudicial para nossa sociedade e que pode trazer consequências pesadas, como é o caso da Professora da USP Maria Luiza Carneiro, a qual diz que a publicação: "pode ser 'bem-intencionado', mas servir de "munição" para o antissemitismo contemporâneo."[10].

Entre os seguidores desse entendimento, *Mein Kampf* deveria ser banido e esquecido:

> *Mein Kampf*, não é um livro: é um manual de extermínio em massa, de empáfia racista e excludente e propagador deste desvio. Pertencerá aos museus de horrores e emboloradas prateleiras virtuais ou não, nas quais deve ser confinado, quanto mais não seja por amor ao próximo.[11]

De outro vértice, os favoráveis à publicação do 'Minha Luta' entendem que a obra trata-se de um documento histórico, cabendo ao

8 LÍSIAS, 2016.

9 BOLDRINI, Angela. Escritores lançam boicote virtual à publicação de 'Minha Luta', de Hitler. **Folha de S. Paulo**. 28 de janeiro de 2016. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/01/1734589-escritores-lancam-boicote-virtual-ao-lancamento-de-minha-luta-de-hitler.shtml>. Acesso em 02 de fevereiro de 2016.

10 BALLOUSSIER, 2015.

11 BERGHER, Ary; ZVEITER, Flavio; SCHLENSINGER, Carlos Roberto. Proibição do livro de Adolf Hitler não se confunde com censura. Revista Consultor Jurídico. 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/proibicao-livro-adolf-hitler-nao-confunde-censura>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

leitor fazer um juízo de valor sobre o conteúdo do texto a fim de rechaçá-lo, quebrando-se, portanto, o misticismo que cerca a maldita obra[12].

Nesta linha, Carlos Andreazza, editor da Record, esclarece que, mesmo sua editora não tendo planos em reeditar a obra, não vê problema na sua comercialização, pois, defende que o editor serve, entre outras coisas, para mediar conteúdos e qualificá-los diante de uma massa crítica, criando acessibilidade a dados históricos e ressaltando seu peso cultural com o passar dos tempos. Alega ainda que: "É preciso debatê-lo, confrontá-lo, desmontá-lo; não escondê-lo, mitificá-lo – o que sempre tenderá ao efeito contrário."[13].

Seguindo a posição de Andreazza, em artigo elaborado para seu blog pessoal, Elieser Cesar, levantou a opinião de escritores e editores baianos sobre a possibilidade de reedição do manifesto de Hitler. Entre os entrevistados surgem nomes como Mayrant Gallo, Aleilton Fonseca e o editor Rosel Soares. As respostas se concentram no sentido de que o leitor deve ser livre para consumir a obra e emitir seu próprio juízo de opinião[14]. Sobre o assunto, Gallo afirma:

> Que julgue o leitor. Como, aliás, acontece com qualquer livro. Além do mais, proibi-lo seria incentivar sua leitura. Se alguém mata depois da leitura de um livro, o problema está em quem leu, não no livro. Caso contrário, teríamos que proibir O estrangeiro, de Camus, O cobrador, de Rubem Fonseca, e até Crime e castigo, de Dostoiévski. Os livros devem ser livres para existir, e as pessoas livres para ler[15].

12 ALEMANHA: Edição Comentada de 'Minha Luta' chega às livrarias. **DW**. Berlin. 08 de janeiro de 2016. Disponível em: < http://dw.com/p/1Ha97>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

13 ANDREAZZA, Carlos. Notas editoriais sobre "Minha Luta", de Hitler, cai em domínio público. **Blog da Editora Record.** Rio de Janeiro. 29 de dezembro de 2015. Disponível em: < http://www.blogdaeditorarecord.com.br/2015/12/29/notas-editoriais-sobre-minha-luta-de-hitler-que-cai-em-dominio-publico/>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

14 CESAR, Elieser. Livro maldito – reedição de "Mein Kampf" ("Minha Luta"), livro-panfleto do nazismo, que cai em domínio publico em 2016, provoca polêmica no mercado editorial. **Salve, César! O blog do Elieser Cesar.** Bahia. 08 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://eliesercesar.wordpress.com/2015/12/08/livro-maldito-reedicao-de-mein-kampf-minha-luta-livro-panfleto-do-nazismo-que-cai-em-dominio-publico-em-2016-provoca-polemica-no-mercado-editorial/>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

15 Idem.

Essa abordagem, de que o leitor é quem deve avaliar o livro e que, atualmente, a obra do ditador não possui o condão de reacender a chama do nazismo, parte da premissa que a obra 'Minha Luta' foi escrita em um mundo diferente do atual. Período, este, que fez surgir a busca da sociedade pelos Direitos Humanos. Destacando-se, entende Penna:

> Ainda lembrando, convém esclarecer que foi justamente em decorrência das atrocidades cometidas pelo nazismo que a dignidade da pessoa humana passou a figurar como fundamento de diversas constituições. O (re) conhecimento do absurdo do que ocorreu germinou a potencialidade da dignidade da pessoa humana. Ali foram ultrapassados todos os limites. Ali a humanidade viu a possibilidade de se ver desumanizada. E quanto a isso, por evidente, não cabe retrocesso[16].

Posição, esta, corroborada pelo historiador Stackelberg:

> Também a ideologia alemã, a virulenta combinação de nacionalismo, racismo e moralismo que forma parte do sistema secular de convicções dominantes na Alemanha, no final do século XIX e início do século XX, está completamente desacreditada hoje[17].

Foi em meio a este debate, que o Ministério Público do Rio de Janeiro, motivado por uma notícia crime de três advogados que adquiriram um exemplar e-book da obra pelo site de uma livraria nacional, moveu uma ação cautelar buscando a proibição da venda da obra, bem como o recolhimento dos exemplares das sedes das editoras.

O pedido foi acolhido pelo Juiz da 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, conforme veremos a seguir.

3. DECISÃO CRIMINAL.

Em 02 de fevereiro de 2016, o Juiz Alberto Salomão Junior da 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, proferiu decisão nos autos de Ação

16 PENNA, Bernardo. **Lembrar para não esquecer:** sobre a proibição da venda da autobiografia de Adolf Hitler. JusBrasil. Fevereiro de 2016. Disponível em: < http://bernardospenna.jusbrasil.com.br/artigos/303305133/lembrar-para-nao-esquecer-sobre-a-proibicao-da-venda-da-autobiografia-de-adolf-hitler>. Acesso em: 27 de setembro de 2016.

17 STACKELBERG, Roderick. **A Alemanha de Hitler:** origens, interpretações e legados. 1. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2002, p.67.

Cautelar proposta pelo Ministério Público, determinando cautelarmente a proibição da venda, exposição e divulgação do livro 'Minha Luta' e a imediata apreensão dos exemplares disponíveis nas sedes das editoras, sob a justificativa de que a mera comercialização atual da obra do ditador, por si só, caracteriza incitação ao racismo, insculpido no artigo 20, §2º da Lei 7.716/89, afrontando gravemente a Ordem Pública (Art. 144, da CRFB), bem como, os preceitos fundamentais da Dignidade da pessoa Humana (art. 1º, III, CRFB) e do combate e repúdio ao racismo (Art. 3º, IV e 4º, VIII da CRFB).

Entendeu, ainda, o Ilustre Magistrado, que a obra de Adolf Hitler viola a Lei Penal Brasileira, pois "fomenta a prática nefasta da intolerância à parcela determinável de pessoas[18]" e que a comercialização da obra pelas editoras também tem o condão de incitar o preconceito racial:

> A publicação que deu ensejo à presente ação cautelar, tem o condão de violar a lei penal pois fomenta a prática nefasta da intolerância a parcela determinável de pessoas humanas. Neste particular, não se pode olvidar, o que é fato notório e, portanto, independe de produção de prova específica sobre a existência do fato, que o líder nazista, autor da obra intitulada "Minha Luta", pregava a incitava a prática do ódio contra judeus, negros, homossexuais, ciganos e etc.[19]

Sendo portanto o presente caso enquadrado no art. 20 da referida lei, a qual proíbe a prática, indução e incitação do racismo:

> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
>
> Pena: reclusão de um a três anos e multa
>
> (...)
>
> § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

18 BRASIL. 33ª Vara Criminal da Capital. Medida Cautelar 0030603-92.2016.8.19.0001. Ação julgada procedente. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Alberto Salomão Junior. 02 de fevereiro de 2016.

19 BRASIL. 2016.

> Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.
>
> § 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:
>
> I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;
>
> II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.
>
> II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;
>
> III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.[20]

Referida decisão, sustenta que o ato das editoras de publicarem e distribuírem a obra racista incita a discriminação, possibilitando ao juiz, de forma cautelar, impedir a comercialização do livro, buscando garantir a "paz pública"[21] e a igualdade prevista na Constituição[22].

Entretanto, é preciso entender se de fato as editoras são autoras desse crime, por, apenas, reeditarem e comercializarem a obra nazista.

Para o Direito Penal, autor é aquele sujeito que realiza a ação típica descrita na norma legal[23]. Sobre isso, escreve Bittencourt:

> (...) somente é autor quem realiza a conduta típica descrita na lei, isto é, apenas o autor (ou coautores) pratica(m) o verbo núcleo do tipo: mata, subtrai, falsifica, etc. Sob essa perspectiva, os tipos penais da Parte Especial, devem ser interpretados de forma restritiva, pois, ao contrário do conceito extensivo de autor, nem todo aquele que interpõe uma causa realiza o tipo penal, pois "causação não é igual a realização do delito".[24]

20 BRASIL, Lei 7.716/89, de 05 de janeiro de 1989, Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 de janeiro de 1989, p. 369.

21 SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sócio criminológicos. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 214.

22 SILVA, Amaury; SILVA, Arthur Carlos. **Crimes de racismo.** 1. ed. Lemem: J.H. Mizuno, 2012. p. 93.

23 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 352/353.

24 BITENCOURT, 2015. p. 555.

No caso em tela, o autor do crime descrito no tipo penal do artigo 20, *Caput*, da Lei 7.716/89 é aquele que pratica, induz ou incita o racismo. Na sua acepção lexical, induzir não é sinônimo de incitar, o primeiro quer dizer aconselhar, convencer e o último, desafiar, provocar a realizar determinado ato[25].

Na obra em questão, quem realiza o verbo do tipo incitar ou induzir não é a editora que reedita a obra, mas sim o autor do discurso Adolf Hitler, quando discrimina os judeus, negros, homossexuais através do livro '*Mein Kampf*' provocando o leitor à agir conforme seus ensinamentos. Portanto, o discurso de ódio parte tão somente do tirânico ditador[26].

A Lei 7.716/89, em seu artigo 20, *caput*, intencionando proteger a dignidade da pessoa humana, busca punir o interlocutor do discurso que pratica, induz ou incita o ódio, sendo que tais condutas são crimes formais, ou seja, a mera consumação se efetiva independentemente de um resultado naturalístico, bastando, para tanto, a prática, indução ou incitação da discriminação, não necessitando que o receptor da mensagem efetivamente pratique o racismo[27].

Não há dúvidas, portanto, que o livro incita o ódio racial, contudo a conduta não pode ser amoldada no tipo penal da Lei Brasileira de 1989, isto porque, o discurso proferido na obra fora publicado em 1924 e 1925, sendo a conduta do autor, à época dos fatos, atípica.

Cediço, que no direito penal vige a regra da irretroatividade da lei penal no tempo, exceto *in bonam partem*, ou seja, para que alguém seja punido criminalmente, a conduta ilícita deve estar determinada no ordenamento jurídico à época da realização da prática do ato delituoso[28].

Nesse sentido, ressalta, Bittencourt:

25 SILVA, 2012. p. 94.

26 BRASIL. 28ª Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro. Processo nº 2005.001.145691-5. Não recebimento da denúncia em relação à reedição do livro 'Minha luta'. 24 de Janeiro de 2006.

27 SILVA, op cit. loc. cit.

28 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31.

> O fundamento dessa proibição, sustenta Jescheck, é a ideia de segurança jurídica, que se consubstancia num dos princípios reitores do Estado de Direito, segundo o qual as normas que regulam as infrações penais não podem modificar-se após as suas execuções em prejuízo do cidadão. No entanto, mais importante do que esse fundamento geral é a razão estritamente penal, qual seja, a de que a promulgação de leis *ad hoc* pode facilmente estar contaminada pela comoção que a prática de um delito produz e, muitas vezes, analisada posteriormente, mostra-se excessivamente grave. A tudo isso acrescenta Jescheck que se deve considerar, ademais, "a ideia de que o delinqüente somente pode *motivar-se* pelo comando normativo quando este existir no momento da prática delitiva".[29]

Contudo, a decisão sustenta que as editoras incorreram no crime insculpido no tipo penal brasileiro (art. 20, §2º da Lei 7.716/89), pois comercializaram a obra sabendo de seu nefasto conteúdo e que ele possui potencialidade de indução e convencimento social capaz de gerar o racismo em grande escala, afrontando a dignidade da pessoa humana[30]. Portanto, o nobre magistrado entendeu que a mera ação de comercializar conteúdo, sabendo ser este incitador do racismo, por si só, induz ou incita o racismo, ou seja, tratou como sinônimo os verbos incitar e comercializar, com base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.424 (Caso Ellwanger)[31].

A famosa ementa do HC 82424, assim descreve:

> **A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas**, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, **equivalem à incitação ao discrímen** com acentuado conteúdo racistas, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam[32]. (Grifo nosso).

29 BITENCOURT, 2015. p. 207.

30 BRASIL. 2016

31 Idem.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas corpus.* Racismo. Habeas corpus n.82.424, Supremo Tribunal federal, Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Coordenadoria de análise de jurisprudência**, Diário de Justiça, 19 de março de 2004, ementário n. 2144-3, p. 525.

Ocorre que, diferentemente do caso Ellwanger, o qual fora condenado por, dolosamente, escrever, editar, divulgar e comerciar livros próprios[33] "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica"[34], o Supremo Tribunal Federal entendeu que a mera comercialização e edição de livros "há muito tempo conhecidos"[35] não se trata de crime de incitação ao racismo[36]:

> **Ministro Nelson Jobim:** (...) não é o problema específico da edição do livro; é a forma pela qual esta edição tenha sido utilizada e para quê fora utilizada. (...) Não é a edição do livro **stricto sensu** que seja a prática do racismo. Mas sim ser ele um instrumento, um veículo pelo qual pode-se produzir o racismo. Pode-se produzir essa forma de edições, pode-se editar por motivos históricos, mas pode-se manejar, manipular e mexer esses instrumentos para, com eles, produzir o resultado desejado, que é exatamente difamar e praticar o racismo. É fundamental examinar o caso concreto e, neste conjunto de condutas definidas, está claro que as edições dos livros não foram por motivos históricos, não foram para o enriquecimento de sua biblioteca, foram instrumentos para se opor e produzir o anti-semitismo[37];
>
> **Ministro Cezar Peluso:** (...) nesse aspecto, ainda que reconheça e afirme a liberdade teórica de expressão de todo editor e autor, cujas atividades são de óbvia licitude - eu mesmo já li, sem nenhum juízo de censura ao editor, "os protocolos dos sábios de Sião", com introdução e notas de Gustavo Barroso, se bem me recordo -, o que me basta e convence, no caso, é **o fato incontroverso de que o ora paciente se tornou, como editor e autor, especialista na publicação, redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica**, ou seja, **se ele se propusesse ou apresentasse apenas como editor casual de tais obras, ou até mesmo como editor de excentricidades, eu decerto, consideraria com outros olhos este habeas corpus.** Não é esse o caso, porém, senão de reprovável comportamento sistemático. **Ele, na verdade, dedicou-se a editar e, como autor, publicar uma série de livros, com a constância e o evidente propósito de promover e difundir o anti-semitismo**, como particular manifestação da ideologia racista, instigando e reforçando preconceitos e ódios históricos.

33 Ibidem, p. 694.
34 Ibidem, p. 525.
35 Ibidem, p. 693.
36 Idem.
37 BRASIL. 2004, p. 696.

> **Ministro Sepúlveda Pertence:** O livro como instrumento de um crime cujo verbo central é "incitar". Fico muito preocupado com certas denúncias do pós 64 desse país, da condenação de Caio Prado porque escreveu e da condenação de outros porque tinham em suas residências livros de pregação Marxista[38].

Ademais, o próprio Supremo, consubstanciado em decisões da Corte Européia[39], entendeu que apenas o agente que publicar obras de cunho racista com roupagem revisionista ou reeditar obras racistas e vendê-las em conjunto com as primeiras, intencionando reforçar seu discurso revisionista tem o dolo de incitar o racismo e não a mera reedição esparsa de obras históricas que já estejam propagadas na sociedade, como ocorre no caso das reedições do 'Minha Luta', o qual, em que pese seja inegavelmente racista e preconceituoso, não é reeditado em conjunto de outras obras com intuito de reforçar o sentimento nazista[40]:

> **Voto Vencedor - Ministro Maurício Corrêa:** 2. O paciente publicou os livros "O Judeu Internacional", de Henry Ford; "A história Secreta do Brasil" e "Brasil Colônia de banqueiros", ambos de Gustavo Barroso; "Os protocolos dos Sábios de Sião", "Hitler – Culpado ou Inocente?", de Sérgio Oliveira; "Os Conquistadores do Mundo – Os Verdadeiros Criminosos de Guerra", de Louis Marschalko; "Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século", este de sua autoria, publicado sob o pseudônimo de S. E. Castan. 3. Tais publicações procuram negar fatos históricos relacionados às perseguições contra os judeus, em especial o holocausto, incentivando a discriminação racial e imputan-

38 Brasil, 2004. p. 607.

39 **Ministro Gilmar Mendes:** Há outro caso interessante julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos. Trata-se do caso Jersild *versus* Dinamarca (setembro de 1994). O Jornal dinamarquês "*information*" publicou em sua revista dominical, em 31 de maio de 1985, artigo do jornalista M. Jens Olaf Jersild, sobre as atitudes racistas de membros de um grupo de jovens, chamados "camisas verdes". Posteriormente à publicação do artigo os redatores decidiram produzir um documentário sobre os "camisas verdes", transmitido por canal de televisão, de propriedade do mesmo grupo da revista. Durante a entrevista, alguns membros do grupo exprimiram-se de maneira injuriosa e desrespeitosa em relação aos imigrantes que integram diferentes grupos étnicos estabelecidos na Dinamarca. A corte, nesse caso, acolheu o recurso interposto por Jersild por considerar que, em seu conjunto, a reportagem não era orientada à propagação de idéias e opiniões racistas. Considerou-se que condenar um jornalista por haver participado na difusão de declarações emanadas de terceiros, por meio de uma entrevista, acabaria por inibir gravemente a contribuição da imprensa às discussões sobre os problemas de interesse geral. (HC 82.424/RS – pg. 964 e 965).

40 Op. cit. p. 964 a 970.

do-lhes os males do mundo, o que justificaria, a exemplo da doutrina nazista, sua inferiorização e segregação. (...) 43. Dessa forma, dúvida não pode haver que o anti-semitismo dogmatizado pelos nazistas constituem uma forma de racismo, exatamente porque se opõe à determinada raça, essa tida sob a visão de uma realidade social e política, tendente à hierarquizar valores entre certos grupos humanos. **Pregar a restauração dessa doutrina, ainda que por vezes sobre o disfarce de "revisionismo", como pretendeu o paciente em seus atos, é praticar racismo.** 44. Em linhas gerais, como dito antes, **o paciente procura negar a existência do holocausto, imputando aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra.** Até mesmo o genocídio de seis milhões de judeus nos campos de concentração são apresentados como uma farsa concebida por eles próprios, como estratégia sórdida destinada a fazer chantagem com o resto do mundo e abrir horizontes que permitam sua hegemonia. **Pretende, pois, alterar fatos históricos incontroversos, falsear a vontade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu**[41].

Ministro Gilmar Mendes: na espécie, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul analisou detidamente a questão, como se pode depreender de excertos do voto o eminente relator, desembargador Fernando Mottola, verbis: "(...) Fique claro, desde logo, que não se trata de obra historiográfica. O autor professa o que Marc Block denomina 'superstição da causa única' (...) e tudo o que pretende é responsabilizar o judaísmo pelas desgraças passadas, presentes e futuras da humanidade. (...) Todos (livros publicados pelo réu) **foram objeto difusão conjugada, com chamadas de capa que procuram induzir à leitura do conjunto.** (...) O réu, no interrogatório, afirmou que sua editora é ideológica, pretende 'levar adiante um ideal". Também o revisor, desembargador José Eugênio Tedesco anota, em seu voto: "Sem qualquer dúvida **ao exame das obras editadas, distribuídas, escritas e comercializadas pelo apelado, do seu conjunto se extrai tranquilamente a intenção única de impor outra verdade, qual seja a execração de uma raça**" Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de idéias que atentam contra a dignidade dos Judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus[42].

41 BRASIL. 2004, p. 555 e 569.

42 Ibidem, p. 664 a 670.

Tem-se, da análise do caso em questão, que as editoras intencionam, *a priori*, somente a lucratividade com a venda esparsa dos exemplares da obra. E a restrição cautelar, apenas impede o lucro dessas empresas, pois, verifica-se que as editoras não possuem o dolo de incitar o racismo por saberem que a obra 'Minha Luta' trata-se de livro histórico sem potencial lesivo. Isto porque, a obra encontra-se difundida na sociedade há décadas, veiculada por meio eletrônico e pelos sebos do país[43], bem como, o tirânico ditador preconceituoso e detentor das atrocidades do holocausto está desacreditado, não possuindo o condão de movimentar as massas atualmente[44].

O próprio Supremo Tribunal Federal reconhece que a veiculação do 'Minha Luta' é geral, pois, já comercializado anteriormente pela editora Globo:

> **Ministro Sepúlveda Pertence:** (...) No entanto, seria essa a prática materializada, substantivada, na publicação de um livro (-e faço inteira a abstração à incriminação de reedição de livros absolutamente conhecidos; não cometeria à cultura gaúcha o despautério de mandar indagar se está vivo o Presidente da velha editora Globo de Porto Alegre, para um livro que parece um pouquinho mais grave que este, o "Mein Kampf", o qual todos nós temos, e os que não sabemos alemão, lemos na tradução dessa editora)- Mas seria, a incriminação dela compatível com a liberdade de expressão de pensamento?[45]

Percebe-se, ainda, que "o conteúdo de um livro somente possui o condão de proliferar-se a partir do momento em que uma comunidade política tenha, minimamente, tendência para aceitar aquelas idéias"[46].

A título de curiosidade, existe atualmente disseminada na sociedade mundial uma obra tão apta de incitar ou induzir o preconceito quanto a de Hitler, e sequer foi discutida, no meio jurídico, a necessidade de sua proibição. O Homem Deliquente de Cesare Lombroso, abarcada pelo discurso científico, descreve a fisionomia do delinquente e do demente,

43 PENNA, 2016.
44 STACKELBERG, 2002, p.67.
45 BRASIL. 2004, p. 1006.
46 Ibidem, p. 890.

apontando a causa da criminalidade do indivíduo como sendo decorrente de problemas hereditários encontrados nos povos de etnia diversos daquela da Europa caucasiana do século XIX[47]. Tais argumentos foram amplamente discutidos na sociedade, a qual concluiu que a teoria do Atavismo, para justificar o crime, não poderia ser utilizada. Contudo, ainda encontra-se, na seara policial principalmente, o uso de certos "ensinamentos" do autor, como por exemplo, fazer constar na identificação criminal do indiciado as tatuagens que possui em seu corpo.

Mesmo fato não ocorre com 'Minha Luta', pois a ideia do ditador encontra-se altamente rechaçada e abolida na sociedade brasileira e mundial[48], pois os grupos neonazistas são considerados como racistas e suas ações, quando afrontarem a dignidade da pessoa humana, são punidas pelo direito.

Dessa forma, não há que se temer a proliferação de uma idéia racista, preconceituosa já vergastada como a de Hitler, pelo contrário, a sociedade, intentando enfrentar esse mal, deve fomentar a crítica dessas doutrinas e pensamentos preconceituosos[49], incentivando a leitura do discurso para depois desconstituí-lo, conforme entende Foucault, na obra a 'Ordem do Discurso'[50].

Ocorre que a proibição da comercialização da obra, por muitas vezes, acaba gerando uma presunção de legitimidade do discurso, pois aumenta "o misticismo em volta dela" dando a impressão de que o discurso contido é muito mais poderoso do que de fato é[51].

O Juiz do processo, intentando combater o racismo, não se atentou a essa questão e simplesmente desconsiderou a possibilidade da própria sociedade em estudar e reprovar a discriminação contra os judeus e outros grupos ofendidos pelas ideias de Hitler[52], pois "o combate à tais ideias

47 LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente.** São Paulo: Ícone. 2007. p. 43 a 45 e 77.

48 STACKELBERG, 2002, p.67.

49 PENNA, 2016.

50 FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso:** Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. 24 ed. São Paulo: Edições Loyola. 2014. p. 48.

51 PEREIRA, 2016.

52 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Livro de Hitler deve ser proibido no Brasil? Não.** Folha De S. Paulo. 13 Fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/

no âmbito da esfera pública, com a publicação de edição crítica da obra, serve melhor à tais objetivos de questionamentos e refutação" do que a proibição da obra pura e simples[53].

Dessa forma, "a decisão revela ainda um equívoco de matriz institucional: o perigoso otimismo na crença de que 'vigilantes das boas ideias', de toga ou não serão razoáveis, capazes e competentes para proteger a sociedade de opiniões preconceituosas[54]". Neste sentido, "a ingenuidade otimista, bem intencionada ou não, une-se ao moralismo paternalista, ao autoritarismo e, de novo, ao preconceito"[55].

Corroborando o exposto, entendem Lúcio Delfino, Marcelo Pichioli da Silveira e Jhonatan de Castro e Silva:

> Hodiernamente, à obra 'Mein Kampf' são atribuídas as seguintes valorações: a) positiva, relacionada ao seu conteúdo ideológico e, portanto, deve ser divulgada ou comercializada para que haja a alteração na tábua axiológica predominante (objetivo de grupos neonazistas, por exemplo) com a realização do programa ali proposto; b) Negativa, relacionada ao seu conteúdo ideológico e, portanto, não deve ser divulgada ao comercializada por contrariar a tábua axiológica predominante, evitando-se a realização do programa ali proposto; e c) positiva, relacionada não ao seu conteúdo, mas a seu impacto na história da humanidade (significado historiográfico e, portanto, deve ser divulgada ou comercializada a fim de produzir e adquirir conhecimento filosófico e científico – realização de outro valor positivo – e, também, evitar a realização do programa ali proposto depois de conhecê-lo – fundada na valoração negativa sobre o conteúdo mencionado anteriormente. A decisão do juízo da 33ª vara criminal do RJ, claramente, desconsidera tal perspectiva axiológica e impõe um desfecho único a todos os jurisdicionados: todo historiador, por exemplo, necessariamente estaria sofrendo a imputação de causar um dano como o estudo sobre o livro: qualquer tese de doutorado envolvendo 'Mein Kampf' seria necessariamente censurada, porque – na visão do juiz que prolatou a decisão – a tese geraria em torno de um objeto estático. É como se o livro valesse por ele mesmo (o objeto pelo o objeto): O judiciário, sim, teria a última palavra e a espada

opiniao/2016/02/1739146-livro-de-hitler-deve-ser-proibido-no-brasil-nao.shtml>. Acesso em: 27 de setembro de 2016.

53 Idem.

54 Idem.

55 Idem.

> da racionalidade para dizer, afinal de contas, o que os leitores de 'Mein Kampf' extrairiam deste objeto[56].

Por fim, constata-se que, além de ser atípica a conduta das editoras quando reeditam e comercializam obras esparsas e amplamente conhecidas pela sociedade, o judiciário deve ser cauteloso nas decisões quando decidir principalmente sobre sérias restrições à liberdade de informação, cultura e à iniciativa privada, pois a conduta aparentemente ilegal, nem sempre violará os preceitos fundamentais, tal qual, se apresenta no caso em deslinde.

4. DOMÍNIO PÚBLICO E REPONSABILIDADE DO ESTADO

Uma vez verificada a inexistência de crime por parte das editoras em reeditarem a obra '*Mein Kampf*' deve o Estado resguardar e garantir o acesso da coletividade à obra inserida no domínio público.

O Domínio Público consiste na perda dos direitos patrimoniais do autor em relação à obra após setenta anos de sua morte[57]. Com isso, a sociedade pode fruir plenamente de seu conteúdo, de forma gratuita, inclusive, explorá-la economicamente[58].

Assim, ensina Sério Branco:

> O principal efeito da entrada de determinada obra no domínio publico é a possibilidade de sua utilização independentemente de autorização do autor ou do titular dos direitos autorais. Por isso, obras em domínio publico podem ser copiadas, reeditadas, transformadas, traduzidas, adaptadas, etc., sem que seja necessário pagar por esse uso. Além disso – e ao contrário da regra geral que

56 DELFINO, Lúcio; Da Silveira, Marcelo Pichioli; Silva, Jhonatan de Castro e. Proibição a livro de Adolf Hitler ignora solenemente dispositivos constitucionais. **Revista Consultor Jurídico.** 05 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-05/proibir-livro-adolf-hitler-ignora-dispositivos-constitucionais>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2016.

57 BRASIL. Lei 9.610/98, de 19de fevereiro de 1998, Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1997, p. 03.

58 LOT JUNIOR, Rafael Angelo. **Função social da propriedade intelectual:** o patrimonialismo autoralista em contraste com o direito de acesso à cultura. Universidade de Fortaleza: Recife. 2009. p.83.

> deve ser observada enquanto vigentes os direitos autorais sobre a obra -, é possível fazer uso comercial desta, auferindo lucros com seu uso, independentemente de autorização de terceiros.[59]

No caso do 'Mein Kampf', o Estado da Baviera era o detentor dos direitos autorais da obra, o qual controlava-os, impedindo sua livre utilização e comercialização pela sociedade[60]. Quando a obra caiu em domínio público, tais limitações cessaram, podendo a sociedade usufrui da obra, inclusive explorando-a economicamente, independentemente de autorização do titular dos direitos autorais.[61]

Com isso, a extinção desses direitos patrimoniais tem por objetivo a permissão para que terceiros reproduzam, explorem, estudem e, até mesmo, modifiquem a obra 'Minha Luta' criando uma nova[62].

O instituto do Domínio Público prevê a utilização comercial das obras contidas nele, por entender que, uma vez extintos os direitos patrimoniais, os custos de sua comercialização serão menores e, consequentemente, terá sua reinserção no mercado. Nesta linha:

> Tendo isto em mente, surge o interesse econômico do domínio público, qual seja, criar novos modelos de negócios a partir dessas obras. Uma vez que não incidem sobre elas os direitos patrimoniais, pressupõe-se que seu custo de reprodução e reinserção no mercado sejam menores. Essa prática é necessária, a fim de manter exemplares – inclusive das obras pouco conhecidas – disponíveis e acessíveis, com a finalidade de que a obra não venha ser esquecida com o passar dos anos[63].

Portanto as editoras, uma vez observado a inexistência do dolo de incitar o racismo, ao reeditarem, em meio a seus catálogos, a obra 'Mein Kampf', estarão possibilitando a plena utilização do domínio público

59 BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 58.

60 AGUIAR. Flávio. **Minha Luta:** Uma bomba relógio. Rede Brasil Atual. Publicado em 10 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.redebrasilatual.com.br/blogs/blog-do-velho-mundo/2009/08/minha-luta-uma-bomba-relogio> Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

61 LOT JUNIOR, 2009. p.83.

62 LACORTE, Christiano. **Domínio público fortalecido:** acesso ao conhecimento e fonte de criações. Jusnavigandi. Agosto de 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19815> Acesso em: 26 de julho de 2016.

63 Idem.

pela sociedade, a qual é a verdadeira detentora do domínio publico. Isto porque, no caso dos direitos autorais, o conceito é diferente daquele do direito administrativo[64], afinal, a obra não está sob o controle do Estado, mas sim, inserida na cultura geral[65] e, por isso, sua utilização é livre.[66]

Neste ponto, ressalta o professor José de Oliveira Ascenção:

> Esta é a expressão tradicionalmente usada, embora seja má, pois cria a confusão com o regime particular das coisas do interesse público, tradicionalmente qualificadas como domínio público.
>
> Aliás, domínio público em relação à obra não representa nenhum domínio ou propriedade, mas simplesmente uma liberdade do público.
>
> Compreende-se por isso que se aproximem na sua liberdade o mar territorial e a obra não protegida.[67]

Entretanto, essa liberdade do público não caracteriza um abandono da obra à mercê da utilização indiscriminada por terceiros, afinal, apenas os direitos patrimoniais foram extintos, restando ainda os direitos morais que devem ser respeitados.[68]

Os direitos morais são aqueles que vinculam o autor à obra, ou seja, surgem a partir da criação e se manifestam após sua fixação nos suportes físicos (livro, partitura, cartilha, etc.) de qualquer natureza, estes direitos são irrenunciáveis e inalienáveis, estando elencados no art. 24 da Lei 9.610/98[69].

64 BRANCO, 2011. p. 55.

65 Constituição da República. 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;

66 BRANCO, op. cit., p. 58.

67 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 352-353.

68 LOT JUNIOR, 2009. p.82.

69 PAESANI, 2015. p. 13.

Neste cenário, passa o Estado a ocupar seu papel de garantidor de alguns desses direitos remanescentes, tendo em vista a imposição legal brasileira, a qual determina ser dever do Estado defender a integridade e a autoria dessas obras[70],

> Art. 24. São direitos morais do autor:
>
> § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.[71]

Portanto, uma vez que a obra se encontre introduzida no domínio público e, por consequência, inserida na cultura social, cabe ao Estado coibir sua má utilização[72], através da defesa da integralidade da obra - nos casos em que houver risco de se transmitir um patrimônio cultural não autêntico ou parcial - e da sua autoria. Não cabendo ao Estado a proteção dos direitos morais do autor, como por exemplo, sua honra ou qualquer outro de seus direitos de personalidade[73].

Sobre o assunto, comenta Plínio Cabral:

> Um problema interessante é o da integridade da obra caída em domínio público. O domínio público pressupõe a livre utilização da obra. Mas ela não é *res derelicta*, coisa abandonada para ser utilizada de qualquer forma. Ao contrário, a obra em domínio público é *res omnium*, que pertence a toda a sociedade. E o Estado é – ou deveria sê-lo – o guardião daquilo que é um bem comum. Por isso mesmo a lei atual repete a anterior quando diz "compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público". A obra de arte faz parte da identidade cultural de um povo. Mantê-la intacta é dever do Estado.[74]

Assim, o direito autoral tem por objetivo devolver a obra ao patrimônio cultural da sociedade, podendo esta, usá-la livremente.

---

70 CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 225.

71 BRASIL. 1998 p. 03.

72 CABRAL, Plínio. A nova lei de direitos autorais: comentários. 4. ed. São Paulo:Harbra, 2003, p.46.

73 BRANCO, 2011, p. 199.

74 Op. cit. Loc. cit.

Deve-se ressaltar, ainda, que, o dever do Estado na defesa da integralidade da obra e sua autoria, por si só, não é capaz de legitimar atos arbitrários que visem limitar totalmente o acesso da sociedade à obra inserida em domínio público. Isto porque, a intervenção Estatal no sentido de proibir esse acesso, acabaria por caracterizar uma restrição ao uso livre da obra, afrontando o objeto de proteção do instituto em questão[75].

Sobre essa questão:

> Essencialmente caem em domínio público os direitos patrimoniais; remanesce uma parcela dos direitos morais, mas – no sistema brasileiro – na titularidade estatal, como parte da tutela que lhe cabe do patrimônio cultural; trata-se de poder dever, e não titularidade *pro se*.[76]

Corroborando o alegado, Sérgio Branco entende que o domínio público:

> É uma forma de se estimular a criação intelectual e diversos são os fundamentos para isso (tanto de ordem legal quanto de ordem social ou econômica). Por isso, a limitação ao uso de obras em domínio público é ato no mínimo abusivo.[77]

Portanto, a decisão em sede cautelar do magistrado do Rio de Janeiro, foi, no mínimo, uma medida abusiva, pois limitou o acesso da coletividade à uma obra que à ela pertence, desconsiderando o pleno exercício do domínio público.

Sobre proibir a obra 'Minha Luta', escreve Sérgio Branco:

> Contudo, a negativa de acesso ou a limitação do uso da obra em domínio público deve se dar apenas em casos extremamente excepcionais, uma vez que o domínio público cumpre com importante função social, jurídica e econômica. Sempre melhor privilegiar o acesso e fazer o controle – se indispensável – posteriormente do que apenas criar obstáculos para o uso da obra.[78]

75 ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos.** São Paulo: Brasil, 2002, p. 142 **apud** BARBOSA, Denis Borges. Direito de autor: Questões fundamentais de direito de autor. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 86.

76 BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor:** Questões fundamentais de direito de autor. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 85.

77 BRANCO, 2011. p. 03.

78 BRANCO, Sérgio. As polêmicas do domínio público em 2016 envolvendo Anne Frank, Hitler e Mário de Andrade. **Huffpost Brasil.** Rio de Janeiro. 07 de janeiro de 2016. Disponível

Diante do exposto, a função social do domínio público é de privilegiar o acesso livre à obra. As limitações desses acessos devem respaldar-se em veementes comprovações de um real prejuízo decorrente da inserção da obra na sociedade, sob pena de afrontar a função social do basilar instituto do direito autoral brasileiro[79].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, após caloroso debate a respeito do polêmico tema tratado na pesquisa científica, contatou-se que, a mera reedição do libelo nazista não tem o condão de incitar o ódio e manipular as massas sociais a ponto de gerar uma comoção pública no sentindo de trazer à tona o ideal nazista. Isto porque, a obra em deslinde não possui o mínimo de potencial lesivo capaz de reacender a chama do nazismo, porquanto, a obra caiu em completo rechaço intelectual e ideológico desde a década de 40, sendo veemente criticada pela coletividade comum e científica.

Ademais, em que pese a boa intenção do magistrado, embasado na decisão da Suprema Corte, no *habeas corpus* n. 82.424/RS, ao deferir o pedido cautelar na ação interposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, proibindo as editoras brasileiras de comercializarem o livro do ditador, buscando, com isso, evitar a propagação do discurso de ódio contido na obra 'Minha Luta', mostrou-se precipitada, pois, o magistrado, simplesmente, presumiu o dolo das editoras de incitar o racismo, quando da reedição da obra caída em domínio público.

Ao contrário da casuística do referido *habeas corpus*, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003, os fatos nele contido são distintos do caso 'Minha Luta', pois tratam a respeito de um sujeito o qual produzia obras racistas de sua autoria e propagava através de sua editora, juntamente com outras obras de cunho preconceituoso.

em: <http://www.brasilpost.com.br/instituto-de-tecnologia-e-sociedade/as-polemicas-do-dominio-p_b_8931882.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

79 BRANCO, 2016.

Ademais, naquela ocasião, o Supremo entendeu que o dolo de incitar o racismo, disciplinado no artigo 20 da lei 7.716/89, somente pode ser comprovado da análise detida de cada caso concreto e a mera reedição de um livro racista, por si só, não enseja o especial fim de agir insculpido no tipo penal. Portanto, atualmente, as editoras não incorrem no crime, pois intentam apenas lucrar comercialmente com a venda de uma obra, já propagada socialmente, caída em domínio público.

De outro vértice, a obra inserida em domínio público pode ser explorada comercialmente independentemente de compensação para seu autor ou titular dos direitos, até porque, ela passa a pertencer à coletividade, a qual poderá usufruir de seu conteúdo livremente. Com isso, há o incentivo da reinserção dessas obras pelo mercado editorial e, consequentemente, haverá o fomento da iniciativa privada.

Contudo, no presente caso, o debate que surgiu no meio social, sobre a possibilidade do Estado em limitar ou não a veiculação de uma obra nefasta à coletividade, evidencia a importância do instituto do domínio público no caso concreto, pois, a partir dele, é que veio à tona assuntos de grande relevância social, como as garantias constitucionais, em especial os Direitos Humanos, a Liberdade de Informação e o poder/dever do Estado na proteção dessas obras caídas em domínio público.

Com isso, constata-se que o controle estatal sobre a utilização dessas obras deve ser visto como uma exceção à regra do domínio público, porquanto, quem detém a titularidade das obras é a coletividade e não o Estado, podendo este, apenas restringir a livre circulação do libelo após se constatar um prejuízo real à sociedade, o que, *a priori*, não foi evidenciado no caso do 'Minha Luta'.

REFERÊNCIAS

AGUIAR. Flávio. Minha Luta: Uma bomba relógio. Rede Brasil Atual. Publicado em 10 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.redebrasilatual.com.br/blogs/blog-do-velho-mundo/2009/08/minha-luta-uma-bomba-relogio> Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

ALEMANHA: Edição Comentada de 'Minha Luta' chega às livrarias. DW. Berlin. 08 de janeiro de 2016. Disponível em: < http://dw.com/p/1Ha97>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

ANDREAZZA, Carlos. Notas editoriais sobre "Minha Luta", de Hitler, cai em domínio público. Blog da Editora Record. Rio de Janeiro. 29 de dezembro de 2015. Disponível em: < http://www.blogdaeditorarecord.com.br/2015/12/29/notas-editoriais-sobre-minha-luta-de-hitler-que-cai-em-dominio-publico/>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BALK, Mathias. Demanda por reedição de 'Minha Luta', de Hitler, impressiona editora. Folha de S. Paulo. São Paulo. 09 de janeiro de 2016. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/01/1727762-demanda-por-reedicao-de-minha-luta-de-hitler-impressiona-editora.shtml>. Acesso em 02 de fevereiro de 2016.

BALLOUSSIER, Anna Virginia. 'Bíblia de Hitler' cai em domínio público, e livrarias estudam a venda. Folha de S. Paulo. São Paulo, 04 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/12/1714685-biblia-de-hitler-cai-em-dominio-publico-e-livrarias-estudam-venda.shtml >. Acesso em 18 de janeiro de 2016.

BARBOSA, Denis Borges. Direito de autor: Questões fundamentais de direito de autor. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BERGHER, Ary; ZVEITER, Flavio; SCHLENSINGER, Carlos Roberto. Proibição do livro de Adolf Hitler não se confunde com censura. Revista Consultor Jurídico. 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/proibicao-livro-adolf-hitler-nao-confunde-censura>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial dos crimes contra a pessoa. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOLDRINI, Angela. Escritores lançam boicote virtual à publicação de 'Minha Luta', de Hitler. Folha de S. Paulo. 28 de janeiro de 2016. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/01/1734589-escritores-lancam-boicote-virtual-ao-lancamento-de-minha-luta-de-hitler.shtml>. Acesso em 02 de fevereiro de 2016.

BRANCO, Sérgio. As polêmicas do domínio público em 2016 envolvendo Anne Frank, Hitler e Mário de Andrade. Huffpost Brasil. Rio de Janeiro. 07 de janeiro de 2016. Disponível em: < http://www.brasilpost.com.br/instituto-de-tecnologia-e-sociedade/as-polemicas-do-dominio-p_b_8931882.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

_____. O domínio público no direito autoral brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas corpus. Racismo. Habeas corpus n.82.424, Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Coordenadoria de análise de jurisprudência, Diário de Justiça, 19 de março de 2004, ementário n. 2144-3.

_____. 28ª Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro. Processo nº 2005.001.145691-5. Não recebimento da denúncia em relação à reedição do livro 'Minha luta'. 24 de Janeiro de 2006.

_____. 33ª Vara Criminal da Capital. Medida Cautelar 0030603-92.2016.8.19.0001. Ação julgada procedente. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Alberto Salomão Junior. 02 de fevereiro de 2016.

_____. Lei 7.716/89, de 05 de janeiro de 1989, Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 de janeiro de 1989, p. 369.

_____. Lei 9.610/98, de 19de fevereiro de 1998, Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1997, p. 03.

CABRAL, Plínio. A nova lei de direitos autorais: comentários. 4. ed. São Paulo:Harbra, 2003.

CARBONI, Guilherme. Função social do direito de autor. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CESAR, Elieser. Livro maldito – reedição de "Mein Kampf" ("Minha Luta"), livro-panfleto do nazismo, que cai em domínio publico em 2016, provoca polêmica no mercado editorial. Salve, César! O blog do Elieser Cesar. Bahia. 08 de dezembro de 2015. Disponível em: < https://eliesercesar.wordpress.com/2015/12/08/livro-maldito-reedicao-de-mein-kampf-minha-luta-livro-panfleto-do-nazismo-que-cai-em-dominio-publico-em-2016-provoca-polemica-no-mercado-editorial/>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

DELFINO, Lúcio; Da Silveira, Marcelo Pichioli; Silva, Jhonatan de Castro e. Proibição a livro de Adolf Hitler ignora solenemente dispositivos constitucionais. Revista Consultor Jurídico. 05 de fevereiro de 2016. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-fev-05/proibir-livro-adolf-hitler-ignora-dispositivos-constitucionais>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2016.

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso: Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. 24 ed. São Paulo: Edições Loyola. 2014.

LACORTE, Christiano. Domínio público fortalecido: acesso ao conhecimento e fonte de criações. Jusnavigandi. Agosto de 2011. Disponível em: < http://jus.com.br/artigos/19815> Acesso em: 26 de julho de 2016.

LÍSIAS, Ricardo. Por que sou contra a publicação de Minha Luta, de Adolf Hitler, no Brasil. UOL. São Paulo. 22 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2016/01/22/por-que-sou-contra-a-publicacao-de-minha-luta-de-adolf-hitler.htm>. Acesso em: 16 de março de 2016.

LOMBROSO, Cesare. O homem delinquente. São Paulo: Ícone. 2007.

LOT JUNIOR, Rafael Angelo. Função social da propriedade intelectual: o patrimonialismo autoralista em contraste com o direito de acesso à cultura. Universidade de Fortaleza: Recife. 2009.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Livro de Hitler deve ser proibido no Brasil? Não. Folha De S. Paulo. 13 de Fevereiro de 2016. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/02/1739146-livro-de-hitler-deve-ser-proibido-no-brasil-nao.shtml>. Acesso em: 27 de setembro de 2016.

MAGALHÃES-RUETHER, Graça. 'Mein Kampf' cai em domínio público e republicação divide alemães. Globo.com, Rio de Janeiro, primeiro de janeiro de 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/livros/mein-kampf-cai-em-dominio-publico-republicação-divide-alemães-18392189>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. Manual de Propriedade Intelectual. 2. ed. 2015. São Paulo: Atlas.

PAZ, Eliane. "Mein Kampf", o pérfido livro de Hitler, cai em domínio público. Zero Hora, Rio Grande do Sul, 09 de janeiro de 2016. Disponível em: < http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/proa/noticia/2016/01/mein-kampf-o-perfido-livro-de-hitler-cai-em-dominio-publico-4947715.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.

PENNA, Bernardo. Lembrar para não esquecer: sobre a proibição da venda da autobiografia de Adolf Hitler. JusBrasil. Fevereiro de 2016. Disponível em: < http://bernardospenna.jusbrasil.com.br/artigos/303305133/lembrar-para-nao-esquecer-sobre-a-proibicao-da-venda-da-autobiografia-de-adolf-hitler>. Acesso em: 27 de setembro de 2016.

PEREIRA, Sérgio Henrique da Silva. Liberdade de expressão: Minha Luta (Mein Kampf), de Adolf Hitler. JusBrasil. 26 de fevereiro de 2016. Disponível em: < http://sergiohenriquepereira.jusbrasil.com.br/artigos/308631840/liberdade-de-expressao-minha-luta-mein-kampf-de-adolf-hitler>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

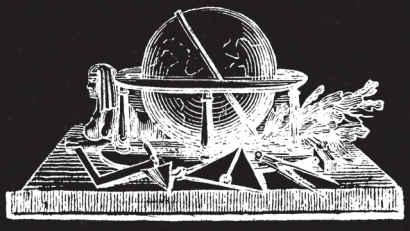
SILVA, Amaury; SILVA, Arthur Carlos. Crimes de racismo. 1. ed. Lemem: J.H. Mizuno, 2012.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STACKELBERG, Roderick. A Alemanha de Hitler: origens, interpretações e legados. 1. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

IV - PROPRIEDADE INTELECTUAL: Desenvolvimento, Inovação e Mercado



ANALISE DOS ATOS INTERNACIONAIS BILATERAIS VINCULADOS À PROPRIEDADE INTELECTUAL

Autores: Júlio Cesar Zilli[1]; Adriana Carvalho Pinto Vieira[2]
Instituição: Universidade do Extremo Sul Catarinense - Unesc

Resumo: No Brasil, a promulgação da Lei de Propriedade Intelectual, em 1996, iniciou uma nova etapa de valorização da inovação, instigando um aprendizado contínuo para um país que dedicava pouca atenção para a proteção. No contexto internacional, entre os anos de 2000 a 2010, o Brasil firmou 2.631 Atos Internacionais em diversas áreas do conhecimento, refletindo uma diplomacia que procura diversificar e aprofundar a cooperação internacional brasileira. O estudo tem por objetivo analisar os Atos Internacionais Bilaterais do Ministério das Relações Exteriores do Brasil (MRE) vinculados a Propriedade Intelectual. Infere-se que os mecanismos de proteção da propriedade intelectual são fundamentais para a organização e gestão do conhecimento e da inovação para fortalecer a institucionalidade da pesquisa pública e privada.

Palavras-chave: Atos Internacionais; Propriedade Intelectual; MRE.

1 Mestre em Desenvolvimento Socioeconômico pela Unesc. Professor do Curso de Administração com ênfase em Comércio Exterior na Unesc. Email: zilli42@hotmail.com

2 Professora Doutora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS) da Unesc, Lider do Grupo de Pesquisa Propriedade Intelectual, Desenvolvimento e Inovação (PIDI), professora colaboradora INC/PPED/UFRJ. Email: dricpvieira@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Após a adesão do Brasil ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*TRIPs – Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), por meio do Decreto nº 1.355, em 30 de dezembro de 1994, ocorreu uma mudança radical na institucionalidade do sistema de propriedade intelectual, criando um mecanismo de *enforcement* dos princípios e regras até então ausentes. Neste contexto pós-TRIPs, a simples possibilidade de retaliação comercial ou de exclusão de negociações importantes em mercados internacionais, levou os países em desenvolvimento a aprovar, no menor prazo de tempo possível, novas legislações sobre propriedade intelectual em todas as áreas, desde a propriedade intelectual até os direitos de melhorista (VIEIRA; BUAINAIN, 2004).

No Brasil, a promulgação da Lei de Propriedade Intelectual em 1996 iniciou uma nova etapa de valorização da inovação, provocando um aprendizado contínuo para um país que dedicava pouca atenção para a proteção, apesar de ser um dos onze países fundadores da Convenção de Paris em 1883. O progresso econômico e social requer um fluxo constante de novas ideias e produtos para melhorar as condições de vida e a eficácia e eficiência do uso de recursos cada vez mais escassos e preciosos. Novos produtos e processos são também importantes para a regeneração ou a substituição de indústrias em declínio e, em consequência, para a plena utilização dos setores produtivos de uma economia. As invenções e as inovações são o resultado lógico do conhecimento acumulado. A experiência demonstra que a criatividade dos cidadãos contribui consideravelmente para o progresso tecnológico quando combinada à segurança e à proteção legal garantidas pela propriedade intelectual aos inventores, aos inovadores e àqueles que investem em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D).

Nesse contexto, cresce a importância do direito de propriedade, que passa a abarcar um complexo conjunto de relações econômicas, jurídicas e sociais, entre os quais a propriedade sobre bens imateriais.

Assim, vão se introduzindo regras no sentido de proteger os diferentes processos produtivos em mercados cada vez mais amplos e impessoais. Em etapa recente, vem sendo utilizada a "globalização", não apenas como necessário para proteger os direitos, como também para homogeneizar os mecanismos de alcance da proteção concedida (VIEIRA; BUAINAIN; SILVEIRA; VIEIRA JUNIOR, 2007).

Em decorrência desses fatores, muitos países têm desenhado e implementado políticas para incentivar a criatividade e a inventividade, tanto no âmbito de grandes empresas, quanto de empresas de pequeno e médio porte, e até por inventores individuais. A importância da invenção e da inovação no desenvolvimento econômico tem sido reconhecida por países industrializados e em desenvolvimento. Para os países industrializados, elas representam a busca de soluções mais competitivas e de meios para superar os custos cada vez maiores de recursos naturais e matérias-primas. Quanto aos países em desenvolvimento, aqueles que priorizam a política de inovação para reduzir o atraso tecnológico têm alcançado níveis satisfatórios de desenvolvimento social (VIEIRA; BUAINAIN, 2004).

No entanto, apesar da sua relevância, os mecanismos de proteção e de negociação da propriedade intelectual são pouco conhecidos no meio empresarial como no meio acadêmico brasileiro. Não há ainda a cultura de requerer patentes, principalmente para "pequenas soluções" do dia a dia, pois estas tecnologias podem ser copiadas, aperfeiçoadas e patenteadas por grandes corporações multinacionais.

De acordo com dados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), o Brasil ocupa lugar insignificante em inovação tecnológica. Enquanto a Coréia do Sul registrou 2900 pedidos de patentes em 2003, o Brasil registrou apenas 221, representando apenas 0,2% das patentes depositadas na USPTO. E destes pedidos, a Petrobras é a instituição com maior número de depósitos (450 depósitos entre 2003 e 2012), logo seguida pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), com 395 patentes. A Universidade de São Paulo (USP) vem em terceiro lugar, com 284. Portanto, pode ser inferido que é o setor

não acadêmico que está falhando na geração de tecnologias e patentes (CNI, 2015).

Considerando o *ranking* de inovação das universidades brasileiras, as três primeiras são: Universidade de São Paulo (USP, com indicador de inovação de 6%); Universidade de Campinas (UNICAMP, com indicador de inovação de 3,96%); Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG, com indicador de inovação de 3,93%). Apesar da taxa de inovação brasileira ser considerada baixa quando comparada com outros países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o país conta com um sistema acadêmico com crescente nível internacional e desempenho e excelência em muitas áreas e com uma base empresarial apta para acelerar a difusão e a introdução do progresso técnico, o que possibilita reduzir o distanciamento existente entre a ciência e o mercado. Assim, em diversos países são realizadas políticas tecnológicas que enfatizam programas de cooperação público-privado para alavancar os esforços das empresas, reduzir riscos e maximizar os resultados de capacitação cientifica constituída localmente (LOTUFO, 2009).

Portanto, as políticas científicas, ao criarem universidades públicas e institutos de pesquisas, contribuem para a formação de pesquisadores (básicos e ampliados), de infraestrutura técnico-científica e o aumento da competitividade das cadeias produtivas mais dinâmicas. Entretanto, a comunidade científica não pode se limitar à produção do conhecimento, sendo importante a avaliação e a validação do mesmo, além de conjugá-lo com políticas setoriais e regionais.

No Brasil, as cadeias do conhecimento estão concentradas nas unidades federativas mais fortes, o que produz assimetrias regionais e a fragmentação das estruturas produtivas. Muito se apregoa sobre a necessidade de um projeto nacional que amenize as disparidades regionais quanto à matriz tecnológica, de acordo com uma estratégia de desenvolvimento dos sistemas locais de inovação e reforço da integração nacional. Uma das formas de promoção da desconcentração no país é o estabelecimento de polos regionais de referência em áreas

estratégicas. Os polos ampliam a infraestrutura científica e tecnológica e permitem a conexão com redes interdisciplinares de pesquisas nacionais e internacionais.

No contexto internacional, a política externa brasileira vem apresentando expressivo crescimento, uma vez que entre os anos de 1823 a 1900 foram assinados 230 Atos Internacionais. Posteriormente, entre 1901 a 1999, foram assinados 4.221 e entre os anos de 2000 a 2010 foram assinados 2.631 Atos Internacionais em diversas áreas do conhecimento, refletindo uma diplomacia que procura diversificar e aprofundar a cooperação internacional brasileira (MRE, 2010). Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo analisar os Atos Internacionais Bilaterais do Ministério das Relações Exteriores do Brasil (MRE) vinculados a Propriedade Intelectual.

Metodologicamente, a partir das orientações de Vergara (2009), quanto aos fins de investigação, trata-se de uma pesquisa descritiva, apresentando os Atos Internacionais vinculados a Propriedade Intelectual com destaque para os vigentes e em tramitação. Para Sampieri, Collado e Lucio (2006), neste tipo de pesquisa a meta do pesquisar é confrontar, relacionar, estratificar, detalhar informações, fatos, fenômenos e como estes acontecem, sem manipulá-los.

Quanto aos meios de investigação, se classifica como uma pesquisa essencialmente bibliográfica e documental (OLIVEIRA, 2002). Os dados foram coletados no *site* do Ministério das Relações Exteriores (MRE) a partir do Sistema Consular Integrado, delimitando as palavras-chaves: propriedade intelectual e industrial presente no título dos Atos Internacionais. A abordagem qualitativa foi utilizada para a apresentação e discussão dos resultados da pesquisa.

2. INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NO BRASIL

A inovação tecnológica ganhou um importante papel para garantir o crescimento, a competitividade e a rentabilidade às empresas no mundo globalizado. No Brasil, a preocupação em alavancar os processos de

desenvolvimento econômico, tem como marco a Lei de Inovação (Lei nº 10.973/2004). Deste então, o governo passou a enfatizar a necessidade de estruturar iniciativas explícitas de estímulo à incorporação da Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I) em suas políticas de desenvolvimento (LOTUFO, 2009). Entretanto, vale destacar que em 11 de dezembro de 1970 criava-se no Brasil, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), implementado pela Lei nº 5.648. Vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC).

Neste sentido, o sistema de propriedade intelectual no Brasil está estruturado por meio da propriedade industrial e direitos do autor, conforme apresentado no Quadro 1.

Quadro 1 – Sistema de propriedade intelectual no Brasil.

SISTEMA	CATEGORIA	LEI/ITEM	REGULA	CARACTERÍSICAS
	Propriedade Industrial	9.279/96 Patentes, Marcas, Desenho Industrial e Indicação Geográfica	Direitos e obrigações relativos à propriedade industrial	I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca; IV - repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal.
Propriedade Intelectual	Direitos do Autor	9.609/98 Programas de Computador	Proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.	Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

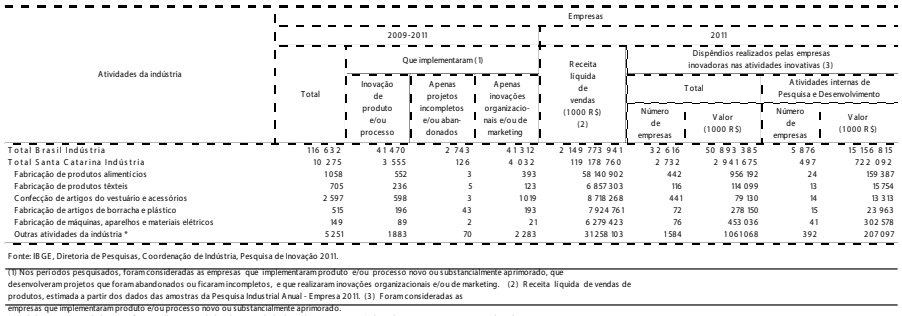
		9.610/98 Músicas, Obras de Artes e Literárias	Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.	Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos. Art. 2º Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil.

Fonte: Elaborado a partir das Leis nº 9.279/96, 9.609/98 e 9.610/98.

O sistema ainda conta com mecanismos *sui generis*, com destaque para Cultivares (Lei nº 9.456/97), Circuitos Integrados (Lei nº 11.484/07), Células-Tronco, Transgênicos (Lei de Biossegurança 11.105/05) e de Conhecimentos Tradicionais (MP nº 2.186-16/01).

Segundo dados da Pesquisa de Inovação Tecnológica (PINTEC) de 2011, apresentam que, no universo de 116.632 empresas industriais pertencentes aos setores de transformação e extrativa, um pouco mais de 50% implementaram inovação de produto, organizacionais ou de marketing, e ainda um grande percentual são projetos incompletos ou abandonados, conforme a Figura 1. E como exemplo, utiliza-se o Estado de Santa Catarina, estas porcentagens ainda são irrisórias para promover um ambiente inovativo. Assim, estes dados comprovam que a taxa de inovação da indústria brasileira ainda é relativamente baixa quando comparada a de outros países, como a Dinamarca, Holanda, Bélgica e Alemanha. Entretanto, os dados da PINTEC demonstram que as indústrias inovadoras faturam, em média, mais do que as menos inovadoras.

Figura 1 – Variáveis selecionadas das empresas, segundo as atividades da indústria.



Empresas

Atividades da indústria	Total	2009-2011 Que implementaram (1) Inovação de produto e/ou processo	Apenas projetos incompletos e/ou abandonados	Apenas inovações organizacionais e/ou de marketing	2011 Receita líquida de vendas (1000 R$) (2)	Dispêndios realizados pelas empresas inovadoras nas atividades inovativas (3) Total Número de empresas	Valor (1000 R$)	Atividades internas de Pesquisa e Desenvolvimento Número de empresas	Valor (1000 R$)
Total Brasil Indústria	116 632	41 470	2 743	41 312	2 149 773 941	32 616	50 893 385	5 876	15 156 815
Total Santa Catarina Indústria	10 275	3 555	126	4 032	119 178 760	2 732	2 941 675	497	722 092
Fabricação de produtos alimentícios	1058	552	3	393	58 140 902	442	956 192	24	159 387
Fabricação de produtos têxteis	705	236	5	123	6 857 303	116	114 099	13	15 754
Confecção de artigos do vestuário e acessórios	2 597	598	3	1019	8 718 268	441	79 130	14	13 313
Fabricação de artigos de borracha e plástico	515	196	43	193	7 924 761	72	278 150	15	23 963
Fabricação de máquinas, aparelhos e materiais elétricos	149	89	2	21	6 279 423	76	453 036	41	302 578
Outras atividades da indústria *	5 251	1883	70	2 283	31258 103	1584	1061068	392	207 097

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Indústria, Pesquisa de Inovação 2011.

(1) Nos períodos pesquisados, foram consideradas as empresas que implementaram produto e/ou processo novo ou substancialmente aprimorado, que desenvolveram projetos que foram abandonados ou ficaram incompletos, e que realizaram inovações organizacionais e/ou de marketing. (2) Receita líquida de vendas de produtos, estimada a partir dos dados das amostras da Pesquisa Industrial Anual - Empresa 2011. (3) Foram consideradas as empresas que implementaram produto e/ou processo novo ou substancialmente aprimorado.
(*) A linha 'Outras atividades' se refere a todas as atividades desta Unidade da Federação que são âmbito da PINTEC 2011 e não estão listadas acima.

Fonte: IBGE (2011).

Esses dados demonstram a importância cada vez maior da proteção da propriedade intelectual para garantia do desenvolvimento econômico. Segundo Buainain e Carvalho (2000), alguns elementos são importantes como mecanismo de proteção à propriedade intelectual para a garantia dos direitos e estímulo aos investimentos. Entre estes elementos citam: *i)* a intensidade do desenvolvimento científico e tecnológico; *ii)* a aproximação e interpenetração entre ciência e tecnologia (aproximando a ciência do mercado de forma não experimentada anteriormente); *iii)* a redução do tempo requerido para o desenvolvimento tecnológico e incorporação dos resultados ao processo produtivo; i*v)* a redução do ciclo de vida dos produtos no mercado; *v)* a elevação dos custos de pesquisa e desenvolvimento e dos riscos implícitos na opção tecnológica; *vi)* a incorporação da inovação como elemento de ampliação da competitividade; e, particularmente, *vii)* a capacidade de codificação dos conhecimentos.

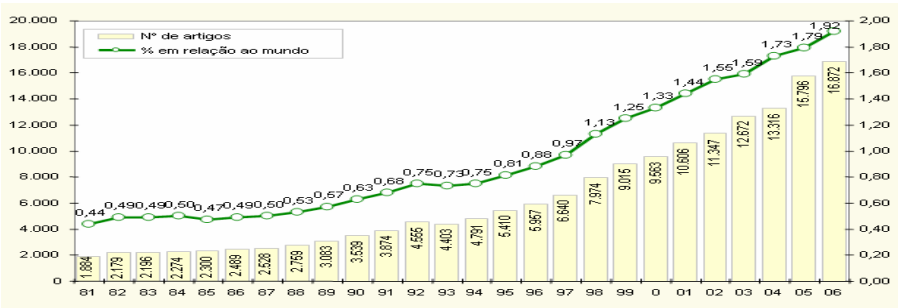
O último relatório anual da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO, 2015), vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), mostra que o número de patentes válidas no Brasil está muito atrás de países considerados referência em inovação. O levantamento, feito entre os 20 maiores escritórios de concessão de patentes no mundo, traz dados de 2012 e aponta os Estados Unidos em primeiro lugar, com 2,2 milhões de patentes, seguido do Japão, que tem 1,6 mi-

lhão. Depois estão China (875 mil), Coreia do Sul (738 mil), Alemanha (549 mil), França (490 mil), Reino Unido (459 mil) e até o principado de Mônaco (42.838).

O Brasil está na 19ª posição, com 41.453 patentes válidas. São 211 a mais que o último lugar, ocupado pela Polônia. No bloco dos BRICS, todos estão na frente: seguidos pela China aparecem Rússia (181 mil), África do Sul (112 mil) e Índia (42.991). No Brasil, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) é responsável por receber os pedidos, examinar e conceder, ou não, o direito de patente. Entre 2003 e 2013, foram concedidas 34.189 patentes. Em média, 3.108 por ano. Além de o volume ser baixo em relação a outros países, o tempo médio de espera por uma resposta do INPI quase dobrou no mesmo período. Em 2003, no caso de invenção, a demora era de pouco mais de seis anos. Em 2008, passou a ser de nove anos. Em 2013, chegou a onze anos (WIPO, 2015).

Segundo o Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) brasileiro, a taxa de crescimento do total de patentes, no período compreendido entre 2004 e 2006, foi próximo da taxa de crescimento do número total de artigos científicos brasileiros indexados no *Institute for Scientific Information (ISI)*, apresentado na Figura 2.

Figura 2 - Pesquisa acadêmica e artigos científicos em % do total mundial.



Fonte: MCT (2008).

E ainda de acordo com Gonçalves e Cóser (2014, p.563):

> Segundo dados coletados em 2009, o Brasil é responsável por 2,69% do total mundial de artigos publicados em periódicos

> científicos indexados pela Thomson/ISI [...]. Entretanto, a inovação não tem acompanhado a geração de conhecimento científico. Enquanto o Brasil ocupa a 13ª colocação no *ranking* de produção científica, pelo critério de maior participação percentual em relação ao total [...], nota-se que, no *ranking* global de inovação, ocupa a 47ª colocação [...].

Com incompreensível indiferença e com alguns setores politizando um discurso que não se coaduna com seus interesses de economia emergente, o Brasil tem relutado em se apropriar do conhecimento que gera e transformá-lo em riqueza. Segundo Moreira *et al* (2007), enquanto as patentes brasileiras correspondem a apenas 0,2% do total mundial, os "artigos indexados" brasileiros publicados correspondem a 1,7% do total mundial, ligeiramente abaixo, mas compatível com a participação de 1,9% do PIB do Brasil no PIB Mundial.

Isto demonstra que o Brasil precisa fortalecer sua política de propriedade intelectual e incorporá-la no processo de desenvolvimento econômico do país. Esta necessidade ficou configurada no momento em que a propriedade intelectual passou a pautar diversos temas internacionais. A proteção da inovação de produtos e processos tornou-se um instrumento imprescindível para as ações estratégicas de empresas de pesquisa, como é o caso da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA)[3], no setor agropecuário.

3. ATOS INTERNACIONAIS

De acordo com a Convenção de Viena do Direito dos Tratados de 1969, em seu artigo 2º, tratado internacional é "um acordo internacional

3 A Secretaria de Propriedade Intelectual da Embrapa, criada em 1998, promoveu e desenvolveu internamente uma cultura de proteção das tecnologias da Embrapa com o objetivo desmistificar o assunto. A proteção aumenta o poder de negociação da empresa, possibilita o surgimento de parcerias e permite retornos importantes para a Embrapa e para o país. Propriedade intelectual torna-se um instrumento estratégico de gestão do conhecimento e da inovação. A liderança mundial da Embrapa no desenvolvimento de tecnologias aplicadas à agricultura de clima tropical, adaptadas aos diversos ecossistemas do território nacional, demonstra que sua seriedade no tratamento dos sistemas de propriedade intelectual permite promover e disseminar seus conhecimentos e inovações de forma segura. (CASTELLO BRANCO; VIEIRA, 2008).

concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".

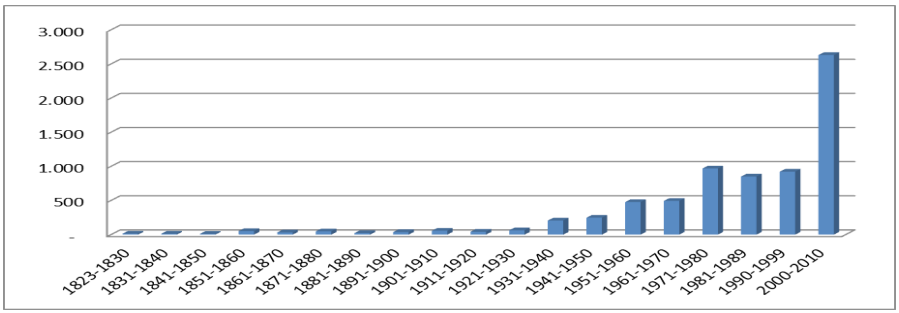
> O Ministério das Relações Exteriores está investido pelo Direito pátrio de atribuições para negociar e celebrar, com a cooperação de outros órgãos interessados, tratados, acordos e outros tipos de atos internacionais, com vistas a auxiliar o Presidente da República no exercício de sua competência privativa na matéria (MRE, 2010, p. 5).

O MRE (2010, p. 5) define Ato Internacional como: "[...] todo instrumento pelo qual uma Pessoa de Direito Internacional Público (Estado ou Organização Internacional, por exemplo) assume obrigações e adquire direitos, por escrito, sobre determinada matéria, perante outra ou outras Pessoas de Direito Internacional".

> Os atos internacionais constituem instrumentos formais da execução da política exterior, em particular dos princípios inscritos no art. 4º. da Constituição Federal, com vistas a estabelecer, expandir e diversificar relações diplomáticas e serviços consulares. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, representou o coroamento de vinte anos de estudos e debates na Assembleia Geral e na Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, constituindo importante passo no caminho da codificação do direito internacional. A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 25 de outubro de 2009 e promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, com reserva aos Artigos 25 e 66 (MRE, 2010, p.5).

A Figura 3 apresenta a expansão da celebração de Atos Internacionais assinados pelo Brasil desde o século XIX, com destaque para a década de 2000 a 2010, com 2.631 atos assinados em diversas áreas do conhecimento.

Figura 3 – Número de Atos Internacionais assinados pelo Brasil.



Fonte: Dados do MRE (2010).

De acordo com o MRE (2010, p.3) o crescimento dos atos firmados vai ao encontro dos:

> [...] períodos de maior abertura diplomática e expansão comercial do País, que produziram as elevações de patamar de quantidade de acordos, por exemplo, nas décadas de 1850 e 1870; na gestão Rio-Branco; no nacional-desenvolvimentismo; na industrialização e na Política Externa Independente; no período do "milagre" e do "pragmatismo responsável"; e na abertura econômico-comercial dos anos 1990. O Governo do Presidente Lula da Silva elevou ainda mais esse patamar, ultrapassando, em 2005, a marca de 200 atos por ano. Para além da dimensão estatística, cumpre ressaltar que tais atos, cuja frequência hoje se aproxima de 300 por ano, refletem uma diplomacia que se diversifica e aprofunda, inscrevendo nos textos firmados uma crescente amplitude temática, abrangência geográfica e capacidade de cooperação internacional do Brasil.

No âmbito brasileiro, o Ato Internacional necessita dos Poderes Executivo e Legislativo para a sua efetiva conclusão. Mesmo o Presidente da República estando na posição de titular da dinâmica das relacionais internacionais brasileiras, cabe ao Poder Legislativo, a aprovação dos atos internacionais.

De acordo com a Constituição Federal do Brasil de 1998, em seu artigo 21, inciso I, compete a União "[...] manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais" (BRASIL, 1998). Neste sentido, todos os acordos dos estados ou municípios deverão ser

feitos pela União, com a respectiva interveniência do Ministério das Relações Exteriores (MRE).

A divisão dos Atos Internacionais do MRE (2015): "[...] incumbe-se da guarda dos tratados, convenções, acordos, declarações conjuntas, protocolos e emendas que obriguem internacionalmente o Estado brasileiro". "Mantém registros de Atos Internacionais dos quais, embora não seja parte o Estado brasileiro, participou o Brasil em sua negociação ou que se revista de interesse para a política externa brasileira" (MRE, 2015).

4. ATOS INTERNACIONAIS BILATERAIS - VIGENTES

Dentre os Atos Internacionais Bilaterais vinculados a propriedade intelectual e que ainda estão em vigência, se destacam àqueles firmados com o Uruguai (1), Paraguai (1), China (1), Suécia (1), França (1) e Alemanha (3). Com a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), o Brasil possui quatro acordos de cooperação, de acordo com o Quadro 2.

Quadro 2 – Atos Internacionais Bilaterais vinculados a Propriedade Intelectual (vigentes).

CONTINENTE	PAÍS	TÍTULO	CELEBRAÇÃO	ENTADA EM VIGOR
América do Sul	Uruguai	Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Científica e Técnica sobre Cooperação no Campo da Propriedade Industrial, Informação Tecnológica e Registro de Transferência de Tecnologia.	30/07/1987	29/07/1987
	Paraguai	Convênio sobre Cooperação em Matéria de Propriedade Industrial	02/07/1982	10/12/1982

Ásia	China	Memorando de Entendimento entre o Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil e o Ministério do Comércio da República Popular da China para o Estabelecimento de Grupo de Trabalho sobre Propriedade Intelectual no Âmbito da Subcomissão Econômico-Comercial da Comissão Sino-Brasileira de Alto Nível de Concertação e Cooperação.	16/04/2010	16/04/2010
Europa	Suécia	Acordo sobre Registro de Marcas Industriais e Comerciais.	29/04/1955	01/07/1955
	Alemanha	Acordo sobre Convenções, sobre Propriedade Industrial de 4 de setembro de 1953 - Retificação ao Acordo	20/12/1954	20/12/1954
		Acordo sobre Restauração dos Direitos de Propriedade Industrial e Direitos Autorais Atingidos pela Segunda Guerra Mundial	04/09/1953	23/05/1958
		Acordo sobre as Convenções e Acordos Internacionais Respeito de Marcas de Fábrica, Propriedade Industrial e Direitos Autorais de que eram Signatários os dois Estados	04/09/1953	04/09/1953
	França	Acordo no Campo da Propriedade Industrial.	30/01/1981	25/01/1983

Organização Internacional	OMPI	Acordo de Cooperação entre o Brasil e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Prorrogação).	29/03/1982	01/04/1982
		Termo de Cooperação Técnica para a Implementação do Projeto de Modernização e Informatização do Instituto Nacional da Propriedade Industrial. (INPI)	22/05/1997	22/05/1997
		Ajuste Complementar para Cooperação Técnica Brasil-OMPI ao Acordo Básico de Assistência Técnica Brasil-ONU, para Implementação do Projeto de Capacitação e Treinamento do Corpo Técnico do INPI e Disseminação da Cultura da Propriedade Intelectual no Brasil	13/09/2006	13/09/2006
		Memorando de Entendimento entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual para a Promoção da Cooperação Técnica Trilateral nos Países em Desenvolvimento.	09/08/2012	09/08/2012

Fonte: Elaborado a partir do MRE (2015).

Na América do Sul, o Brasil possui, na situação vigente, um Ato Internacional Bilateral com a República Oriental do Uruguai, denominado Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Científica e Técnica firmado em 12 de junho de 1975. Ambos os países reconhecem: "[...] a importância de que o sistema de propriedade industrial se reveste para o desenvolvimento técnico industrial e comercial de ambos os países [...]" (MRE, 1987, p. 1). Do lado brasileiro, o responsável pela execução é o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e o Ministério da Indústria e Energia, por meio do Centro Nacional da Propriedade Industrial (CNPI), representada o lado uruguaio.

O Ajuste Complementar abarca a cooperação no campo da propriedade industrial, informação tecnológica e registro de transferência de tecnologia, por meio da "[...] legislação, gestão, capacitação, assistência técnica e intercâmbio de informação e documentação tecnológica e de patentes de invenções com as respectivas variantes das mesmas" (MRE, 1987, p. 1). O INPI e o CNPI disponibilizarão das seguintes modalidades de cooperação: "intercâmbio de técnicos, programas de capacitação e treinamento de pessoal, intercâmbio de informações e documentação, prestação de assistência técnica, e realização de conferências e seminários" (MRE, 1987, p. 1).

Ainda na América do Sul, se destaca o Convênio sobre Cooperação em Matéria de Propriedade Industrial com a República do Paraguai, designando para a execução do convênio do lado brasileiro a Secretaria de Tecnologia Industrial (STI) e a Direção da Propriedade Industrial (DPI) por parte da República do Paraguai. O convênio tem por objetivo intensificar a cooperação nas áreas de legislação, reestrutura técnico-administrativa, assistência técnica e processamento de dados.

Na Ásia, o Memorando de Entendimento para o Estabelecimento de Grupo de Trabalho sobre Propriedade Intelectual no Âmbito da Subcomissão Econômico-Comercial da Comissão Sino-Brasileira de Alto Nível de Concertação e Cooperação foi firmado com a República Popular da China em 2010. Na Europa, o Brasil possui Atos Internacionais com a Suécia, República Federal da Alemanha e França.

O privilégio é estendido também aos nacionais de outros países, porém, com domicílio ou estabelecimento industrial ou comercial efetivos e idôneos no Brasil ou na Suécia. Entretanto, não se aplica as marcas pertencentes às coletividades.

Entre os três Atos Internacionais que o governo brasileiro possui com a República Federal da Alemanha, destaca-se que o primeiro se refere à retificação ao Acordo sobre Convenções e Acordos a respeito de Marcas de Fábrica, Propriedade Industrial e Direitos Autorais de 1953 de que eram signatários os dois Estados. Ainda com a República Federal da Alemanha, se tem o Acordo sobre Restauração dos Direitos de Propriedade Industrial e Direitos Autorais Atingidos pela Segunda Guerra Mundial de 1953:

> [...] ficarão revogadas as medidas legislativas adotadas pelo Governo da República dos Estados Unidos do Brasil em virtude da segunda guerra mundial e relativas aos direitos de patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, marcas de indústrias ou de comércio, títulos de estabelecimentos, insígnias comerciais e frases de propaganda, existentes no Brasil em nome de súditos alemães (MRE, 1953, p.1).

Finalizando os Atos Internacionais vigentes com a República Federativa da Alemanha se destaca a retificação feita em 1954 ao Acordo sobre as Convenções e os Acordos a Respeito de Marcas de Fábrica, Propriedade Industrial e Direitos Autorais de 1953. Em síntese, os Atos Internacionais firmados com a República Federativa da Alemanha incorporam além da propriedade intelectual, os direitos autorais e marcas de fábrica.

O Acordo no Campo da Propriedade Industrial firmado com a França em 1981 estabelece por meio do INPI Brasil e INPI França a cooperação nas seguintes modalidades:

> a – informação reciproca sobre a evolução das legislações; b – troca regular de informações disponíveis sobre violações em matéria de patentes de invenção, de desenhos ou modelos industriais; de marcas, de indicações de procedência e, em particular, de dados sobre contratações bem como sobre os litígios de ordem privada que possam surgir notadamente por ocasião de contratos relacionados com a propriedade industrial entre empresas ou organis-

> mos brasileiros e franceses; c – intercâmbio de técnicos e peritos (doravante denominados "especialistas"); d – realização de estudos e projetos conjuntos; e – desenvolvimento de recursos humanos em programas de especialização ou estágios; f – realização de conferências, cursos e seminários (MRE, 1981, p.1).

Com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) o governo brasileiro possui quatro Atos Internacionais. Firmado em 1982, o Acordo de Cooperação entre o Brasil e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Prorrogação) se refere ao entendimento do governo brasileiro que: [...] reconhece que a falta de uma infraestrutura administrativa adequada, no campo da propriedade industrial, nos países em desenvolvimento, não lhes tem permitido, até o presente, tirar a maior vantagem possível das possibilidades oferecidas pela propriedade industrial (MRE, 1982, p.1). Nesse contexto, o Brasil, por meio de um projeto executado pela OMPI e com fomento financeiro do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), conseguiu avanços na sua própria infraestrutura no campo da propriedade industrial, possibilitando, então, ofertar á OMPI, um acordo de cooperação, com base nas seguintes condições: *i)* organização anual de cursos de treinamento para os países em desenvolvimento, abordando a administração de informações relacionadas a marcas e patentes; *ii)* procedimentos de transferência de tecnologia; *iii)* treinamento realizado em português, inglês, francês ou espanhol; *iv)* despesas de diárias de manutenção dos treinados a partir da chegada ao Rio de Janeiro por conta do governo brasileiro; *v)* a OMPI arcará com a despesas de viagem internacional.

Firmado em 1997, o Termo de Cooperação Técnica para a Implementação do Projeto de Modernização e Informatização do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) tem por objetivo melhorar qualidade e eficiência dos serviços do instituto, contemplando a atualização dos sistemas informatizados, treinamento dos técnicos e melhora da gestão institucional do INPI.

Celebrado em 2006, o Ajuste Complementar para Cooperação Técnica Brasil-OMPI ao Acordo Básico de Assistência Técnica Brasil-ONU, para Implementação do Projeto de Capacitação e Treinamento

do Corpo Técnico do INPI e Disseminação da Cultura da Propriedade Intelectual no Brasil visa garantir ações necessárias para treinar e capacitar os técnicos do INPI, aumentar o entendimento do sistema de propriedade intelectual e o intercâmbio com outros escritórios.

No Brasil o responsável designado para o projeto com funções relacionadas à coordenação e avaliação é a Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores (ABD/MRE) e também o próprio INPI, como a instituição responsável pela execução das atividades do presente Ajuste. Compete a OMPI "[...] prestar cooperação técnica e assegurar a qualidade dos resultados do Projeto por meio de supervisão, acompanhamento e suporte de serviços técnicos" (MRE, 2006, p.1).

Em 2012, foi firmado o Memorando de Entendimento entre o governo brasileiro e a OMPI para a Promoção da Cooperação Técnica Trilateral nos Países em Desenvolvimento com o objetivo de: "Estabelecer um programa de parceria com vistas à prestação de cooperação técnica aos países em desenvolvimento na área de propriedade intelectual" (MRE, 2012, p.1).

Para os Atos Internacionais Bilaterais que ainda estão em tramitação, se destacam aqueles vinculados a Rússia (1) e ao Panamá (1), de acordo com o Quadro 3.

Quadro 3 – Atos Internacionais vinculados a Propriedade Intelectual (em tramitação).

CONTINENTE	PAÍS	TÍTULO	CELEBRAÇÃO
Rússia	Rússia	Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Federação da Rússia sobre Proteção Mútua da Propriedade Intelectual e Outros Resultados da Atividade Intelectual Utilizados e Obtidos no Curso da Cooperação Técnico-Militar Bilateral	14/05/2010

América Central	Panamá	Convênio sobre Marcas de Indústria e de Comércio e Privilégios de Invenção.	19/08/1948
Organização Internacional	OMPI	Acordo de Sede entre a República Federativa do Brasil e a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) para a Criação de um Escritório de Coordenação dessa Organização no Brasil	02/10/2009

Fonte: Elaborado a partir do MRE (2015).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há a necessidade de incluir o componente de propriedade intelectual, para o conhecimento gerado ser incorporado em desenvolvimento, de forma a superar a histórica desarticulação entre essas duas políticas e a de desenvolvimento econômico no Brasil. O que se evidencia no Brasil é que nos últimos anos se intensificou o interesse pelos direitos de propriedade intelectual, a cooperação entre universidade e empresas e os acordos de cooperação internacional por meio do MRE, principalmente, após o advento da Lei de Inovação, em 2004. Ainda assim, para propagar a cultura da inovação, é preciso insistir na importância de interação entre universidades, empresas e governo, na relação do *Triple Helix*.

Entretanto, esse esforço ainda está muito concentrado no setor público. Há a necessidade de se inverter esse papel, como ocorre em muitos países, o aumento do gasto privado requer uma ação indutora do setor público, na forma de incentivos fiscais ou encomendas e apoio direto à inovação, com reforço de externalidades às empresas e ênfase na cooperação, entre empresas e instituições de inovação. Nesse contexto, o estudo objetivou analisar os Atos Internacionais do Ministério das

Relações Exteriores do Brasil (MRE) vinculados a Propriedade Intelectual com destaque para aqueles vigentes e em tramitação.

Entre os acordos vigentes, o Brasil possui Atos Internacionais Bilaterais com o Uruguai e Paraguai na América do Sul, China na Ásia, Suécia, França e Alemanha na Europa e também com organismos internacionais como a própria OMPI. Estes Atos tratam da cooperação científica, técnica e tecnológica, memorandos de entendimento em propriedade intelectual, acordos sobre registro de marcas industriais e comerciais, marcas de fábricas, direitos autorais, cooperação, disseminação da cultura da propriedade intelectual no Brasil e também a cooperação técnica trilateral em países em desenvolvimento.

Com relação aos Atos Internacionais Bilaterais em tramitação, se destacam aqueles vinculados com a Federação da Rússia, Panamá e com a OMPI. Estes se referem à proteção mútua da propriedade e atividade intelectual, cooperação técnico- militar bilateral, marcas de indústria, comércio e invenção e criação de um escritório da OMPI no Brasil para domínio da propriedade intelectual e reforçar a cooperação entre os países da América Latina e Caribe.

Por fim, verifica-se que os mecanismos de proteção da propriedade intelectual são fundamentais para a organização e gestão do conhecimento e da inovação para fortalecer a institucionalidade da pesquisa pública e privada em uma nação. O Brasil tem evoluído na sua capacidade científico-tecnológica como se averigua na produção de *papers indexados.* Todavia, a expectativa de ganhos na expansão de números de empregos, nos investimentos e financiamentos externos para pesquisa e no desenvolvimento de recursos humanos ainda esta aquém das necessidades. Tal como ocorreu nos países desenvolvimentos, e hodiernamente em outros países emergentes (BRICS), essa questão passa por políticas consistentes e coerentes de promoção e proteção da inovação que permitam sua apropriação e incorporação ao *output* dos diversos setores produtivos da economia brasileira.

Para que o tema seja disseminado e continue em discussão, sugere-se que novos estudos sejam desenvolvimento com a temática Propriedade Intelectual, abordando também os Atos Internacionais Multilaterais que o MRE possui na condição vigente e em tramitação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.Acesso em:25 ago. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994*. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. *Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009.* Promulga a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. *Lei nº 5.648 de 11 de dezembro de 1970.* Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências. Disponível:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5648.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. *Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996.* Regula direitos e obrigações relativos á propriedade industrial. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. *Lei nº 9.456 de 25 de abril de 1997.* Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9456.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. *Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998.* Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. *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: 15 jun. 2015.

_____. Lei *nº 10.973 de 2 de dezembro de 2004.* Dispõe sobre incentivos á inovação e á pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Aceso em: 15 jun. 2015.

_____. *Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005.* Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. *Lei nº 11.484 de 31 de maio de 2007.* Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

e revoga o art. 26 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11484.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. *Medida Provisória nº 2.186-16 de 23 de agosto de 2001.* Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Indicadores Nacionais de Ciência e Tecnologia (C&T). 2008. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/740.html>. Acesso em: 12 mar. 2012.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Convênio sobre Marcas de Indústria e de Comércio e Privilégios de Invenção.* 1948. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1948/b_13>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Acordo sobre restauração dos direitos de propriedade industrial e direitos autorais atingidos pela segunda guerra mundial entre os Estados Unidos do Brasil e a República Federal da Alemanha.* 1953. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1953/b_40>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Acordo sobre as Convenções e Acordos Internacionais Respeito de Marcas de Fábrica, Propriedade Industrial e Direitos Autoriais de que eram Signatários os dois Estados.* 1953. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1953/b_39>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Acordo entre o Brasil e a República Federal Alemã sobre convenções e acordos a respeito de marcas de fábrica, propriedade industrial e direitos autorais de que eram signatários os dois estados.* 1954.

Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1954/b_33>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Nota brasileira*. 1955. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1955/b_8>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Acordo no Campo da Propriedade Industrial.* 1981. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1981/b_14>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Acordo de Cooperação entre o Brasil e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Prorrogação)*. 1982. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1982/b_33>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Convênio entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República do Paraguai sobre cooperação em matéria de propriedade industrial.* 1982. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1982/b_60>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Ajuste complementar ao acordo básico de cooperação científica e técnica entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República Oriental do Uruguai sobre cooperação no campo da propriedade industrial, informação tecnológica e registro de transferência de tecnologia.* 1987. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1987/b_57>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Termo de Cooperação Técnica para a Implementação do Projeto de Modernização e Informatização do Instituto Nacional da Propriedade Industrial. (INPI).* 1997. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1997/b_44_2011-09-01-14-09-57>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Ajuste Complementar para Cooperação Técnica Brasil-OMPI ao Acordo Básico de Assistência Técnica Brasil-ONU, para Implementação do Projeto de Capacitação e Treinamento do Corpo Técnico do INPI e Disseminação da Cultura da Propriedade Intelectual no Brasil.*

2006. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2006/b_142>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Acordo de Sede entre a República Federativa do Brasil e a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) para a Criação de um Escritório de Coordenação dessa Organização no Brasil.* 2009. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2009/acordo-de-sede-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-organizacao-mundial-de-propriedade-intelectual-ompi-para-a-criacao-de-um-escritorio-de-coordenacao-dessa-organizacao-no-brasil>. Acesso em: 10 jun.2015.

_____._____. *Memorando de Entendimento entre o Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil e o Ministério do Comércio da República Popular da China para o Estabelecimento de Grupo de Trabalho sobre Propriedade Intelectual no Âmbito da Subcomissão Econômico-Comercial da Comissão Sino-Brasileira de Alto Nível de Concertação e Cooperação.* 2010. *Disponível em:*<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2010/memorando-de-entendimento-entre-o-ministerio-das-relacoes-exteriores-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-ministerio-do-comercio-da-republica-popular-da-china-para-o-estabelecimento-de-grupo-de-trabalho-sobre-propriedade-intelectual-no-ambito-da-subcomissao-economico-comercial-da-comissao-sino-brasileira-de-alto-nivel-de-concertacao-e-cooperacao>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Federação da Rússia sobre Proteção Mútua da Propriedade Intelectual e Outros Resultados da Atividade Intelectual Utilizados e Obtidos no Curso da Cooperação Técnico-Militar Bilateral.* 2010. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2010/acordo-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-da-federacao-da-russia-sobre-protecao-mutua-da-propriedade-intelectual-e-outros-resultados-da-atividade-intelectual-utilizados-e-obtidos-no-curso-da-cooperacao-tecnico-militar-bilateral>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. Atos Internacionais. Prática diplomática brasileira. Manual de procedimentos. 2010. Disponível em:<http://dai-mre.

serpro.gov.br/clientes/dai/dai/manual-de-procedimentos/manual-de-procedimentos-pratica-diplomatica>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *Memorando de Entendimento entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual para a Promoção da Cooperação Técnica Trilateral nos Países em Desenvolvimento.* 2012. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2012/memorando-de-entendimento-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-a-organizacao-mundial-da-propriedade-intelectual-para-a-promocao-da-cooperacao-tecnica-trilateral-nos-paises-em-desenvolvimento>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____._____. *O que são Atos Internacionais*. 2015. Disponível em:<http://dai-mre.serpro.gov.br/clientes/dai/dai/apresentacao/o-que-sao-atos-internacionais>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BUAINAIN, A M.; CARVALHO, S. M.P. Propriedade intelectual em um mundo globalizado. Trabalho apresentado na *WIPO International Conference on Intellectual Property Trade, Technological Innovation and Compettiveness*, Rio de Janeiro, junho/2000.

CASTELO BRANCO, R.; VIEIRA, A.C.P. Patentes e biotecnologia aceleram o crescimento da agricultura brasileira. In: *Parcerias Estratégicas/Centro de Gestão de Estudos Estratégicos*. vol.1.n.1. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2008. p. 43-99.

CNI. Confederação Nacional das Indústrias. *Agencia de Noticias.* Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2014/04/1,35905/brasil-ocupa-penultima-posicao-em-ranking-de-patentes-validas.html>. Acesso em: 10 set. 2015.

GONCALVES, E., COSER, I. O Programa de Incentivo à Inovação como mecanismo de fomento ao empreendedorismo acadêmico: a experiência da UFJF. ***Nova Economia***. vol.24, n.3, 2014. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-63512014000300555&script=sci_arttext&tlng=en#B41>. Acesso em: 10 jun. 2015.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa de inovação e tecnologia (PINTEC).* Brasília: IBGE, 2011. Disponível em: <http://www.pintec.ibge.gov.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=27&Itemid=43>. Acesso em: 10 ago. 2015.

LOTUFO, R.A. A institucionalização de Núcleos de Inovação Tecnológica e a experiência da Inova Unicamp. In: *Transferência de Tecnologia: estratégias para estruturação e gestão de núcleos de inovação tecnológica.* Campinas: Komedi, 2009.p. 41-73.

MOREIRA, B.; SANTOS, E.; PEREIRA, G. & MAMAO, G. *Onde está a inovação no Brasil? Instituto de Inovaçao*, 2007. Disponível em: <http://www.institutoinovacao.com.br/downloads/Onde_esta_a_inovacao_no_Brasil-2007.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

OLIVEIRA, S. L. de. *Tratado de metodologia científica: projetos de pesquisas, TGI, TCC, monografias, dissertações e teses*. São Paulo: Pioneira, 2002

SAMPIERI, R. H.; COLLADO, C. F.; LUCIO, P. B. *Metodologia de Pesquisa.* 3. Ed, São Paulo: McGraw Hill, 2006.

WIPO. World Intellectual Property Organization. *Perfiles estadísticos de los países:* Brasil. Disponível em: <http://www.wipo.int/ipstats/es/statistics/country_profile/profile.jsp?code=BR>. Acesso em: 10 set. 2015.

VERGARA, S. C. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. 11. Ed. São Paulo: Atlas. 2009.

VIEIRA, A.C.P.; BUAINAIN, A.M. Propriedade intelectual, biotecnologia e proteção de cultivares no âmbito agropecuário. In: *Biotecnologia e recursos genéticos: desafios e oportunidades para o Brasil.* Campinas: Unicamp/Finep, 2004. p.389-412.

VIEIRA, A.C.P.; BUAINAIM, A. M.; VIEIRA JUNIOR, P. A.; SILVEIRA, J. M. F. J. Proteção da biotecnologia na agricultura. *Revista da ABPI*, v. 88, 2007. p.39-53.

PROPRIEDADE INTELECTUAL, INOVAÇÃO E CONCORRÊNCIA: REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA DE PATENTES

Autora: Ana Maria Nunes Gimenez[1] [2]
Instituição: Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP)

Resumo: O artigo apresenta uma reflexão sobre os direitos da propriedade intelectual, mais especificamente sobre o sistema de patentes, à luz de estudos realizados no campo da economia, especialmente estudos empíricos que se debruçaram sobre a proteção patentária e a relevância desta para a inovação. Partiu-se de uma reflexão, que mesclou referencial teórico de caráter multidisciplinar, a saber, da economia e do direito, para averiguar as justificações do sistema de patentes e se este representa um estímulo à inovação, bem como o seu papel na concorrência, em termos de sua potencialidade, ou não, para restringir o acesso a mercados. Trata-se de pesquisa exploratória, que utilizou o método hipotético-dedutivo. Os resultados permitiram concluir que o principal argumento que sustenta o sistema de patentes é nitidamente econômico, que o papel da patente no processo de inovação é relativo, sendo influenciado por diferentes fatores, tais como: o setor no qual a indústria opera, as estratégias adotadas, entre outras, e também, que patente e concorrência não são realidades antitéticas.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Patentes e Concorrência. Estímulo à Inovação.

1 Doutoranda e mestra em Política Científica e Tecnológica pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), pós-graduada em Direito do Trabalho e bacharela em Ciências Jurídicas pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial - GEDAI, advogada.

2 Trabalho realizado no âmbito da linha de pesquisa: Propriedade Industrial e Direito Concorrencial do GEDAI, sob a orientação do Prof. Dr. Marcos Wachowicz.

1. INTRODUÇÃO

Discute-se reiteradamente que "conhecimento, informação, criatividade e inovação são fatores de riqueza" (TAKAHASHI, 2000, p. 6) para empresas e países, sendo também importante considerar que as constantes mudanças provocadas pela criação e difusão das inovações ocorrem muito rapidamente, ocasionando sensíveis alterações nas características dos produtos e dos serviços ofertados. Especialistas têm afirmado que "muito mais do que no passado, conhecimento e inovação têm, hoje, papel estratégico e insubstituível no processo de desenvolvimento econômico" (SILVA; MELLO, 2001, p. 114). Lundvall (1992) entende que o conhecimento pode ser considerado como o mais importante recurso das economias modernas. Nota-se, portanto, o aumento crescente da compreensão do conhecimento e da inovação como motores do crescimento e desenvolvimento econômicos e da competitividade.

É importante observar, no entanto, que a simples existência de estoques de conhecimento, *per se*, não tem o condão de contribuir para o crescimento e desenvolvimento econômicos se não circular entre os diversos agentes que compõem o Sistema Nacional de Inovação (SNI) (LUNDVALL, 1992). Por SNI entende-se o complexo de instituições cujas interações determinam o desempenho inovador das empresas nacionais (NELSON, 1993).

Atribui-se ao economista Joseph Alois Schumpeter o pioneirismo no entendimento da inovação como o dínamo da economia capitalista e promotora do desenvolvimento econômico por meio do processo de "destruição criadora", que é desencadeado pelas inovações. Segundo Schumpeter (1912, 1942), a concorrência capitalista, a que verdadeiramente importava, era a movida pelas "novas combinações (inovações), pois ao contrário daquela movido pelos preços, era forte o suficiente para gerar novos mercados, suplantar concorrentes, e garantir "lucros extraordinários". Por concorrência entende-se "a força pela qual os produtores encontram os melhores resultados possíveis quando destinam seus esforços na busca de maior eficiência" (VIEGAS; ALMEIDA, 2013, p. 31), ou seja, "a tentativa das firmas de construir vantagens competitivas

no processo de produção ou comercialização de bens ou serviços que diferencie os por elas ofertados dos demais e permita assim, mediante a sua venda a apropriação de poder de compra" (POSSAS, 1999, p. 130).

Deve-se considerar que questões relativas aos direitos de propriedade intelectual (DPI) têm sido enfocadas, ao longo dos anos, por diversos atores, sejam eles do governo, da academia, ou do setor empresarial. Principalmente num contexto em que o conhecimento e os bens intangíveis vêm assumindo um papel de destaque na economia mundial, entende-se que os DPIs passam a ser considerados cada vez mais cruciais devido à rápida evolução tecnológica, nos mais variados campos (VERSPAGEN, 1999).

Sendo assim, a presente pesquisa se justifica porque nota-se que a importância da propriedade intelectual ultrapassa a simples proteção às criações do engenho e criatividade do ser humano. Assim, a PI deixa de ser encarada como uma questão estritamente voltada à apropriação jurídica, pois os seus efeitos são muito mais abrangentes e afetam muitos aspectos da vida econômica, social e cultural dos países. Estudiosos têm afirmado que um dos fatores cruciais para o sucesso de uma economia cada vez mais assentada no conhecimento é a existência de um regime de propriedade intelectual que funcione bem. Diante dessas evidências, foram formuladas as seguintes perguntas de pesquisa: um regime de apropriabilidade forte estimula a inovação? As patentes podem ser consideradas como sinônimos de monopólios, tendo em vista que o direito à exclusividade impede a exploração por terceiros não autorizados?

A pesquisa partiu das seguintes premissas: (i) a apropriação dos benefícios econômicos decorrentes das ideias inovadoras depende de outros condicionantes e não somente da proteção patentária, mas um sistema de proteção fraco também não estimula a inovação, tendo em vista que pode encarecer os custos de transação; (ii) a exclusividade garantida pela patente não se equipara ao monopólio, em seu exato sentido, tendo em vista que não garante efetivo poder de mercado ao seu titular.

O objetivo geral do trabalho foi discutir os fundamentos do sistema de patentes e se estas influenciam o desempenho inovador e a

concorrência. Os objetivos específicos foram os seguintes: a) identificar as razões fundamentadoras do sistema de patentes; b) estabelecer relações entre o sistema de patentes e a inovação; c) discutir a questão da concorrência frente ao direito de exclusividade.

Trata-se de pesquisa exploratória, amparada no método hipotético-dedutivo e que utilizou os seguintes procedimentos metodológicos: (i) revisão de literatura para estabelecer um quadro não exaustivo do estado da arte das discussões relativas à temática abordada neste estudo; (ii) pesquisa documental, firmada na análise de textos legais.

Além desta introdução e das considerações finais, o artigo apresenta quatro seções, que são as seguintes: a primeira seção trata da noção de propriedade e do sistema de patentes; na segunda seção são apresentados os conceitos desenvolvidos pelos estudiosos da abordagem sistêmica da inovação; patentes e concorrência é a temática desenvolvida na terceira seção; finalmente, na quarta seção, apresentam-se algumas evidências empíricas relativas à influência, positiva ou negativa, das patentes sobre a decisão de inovar.

2. DIREITOS DE PROPRIEDADE, SISTEMA DE PATENTES E SUAS JUSTIFICAÇÕES

2.1. PROPRIEDADE

Segundo Posner (2000), sabe-se de longa data que Direito e Economia estão relacionados, ao menos desde a discussão desenvolvida por Thomas Hobbes. Lueck e Miceli (2007) explicam que muitos pensadores iluministas como Hume, Locke, Smith, entre outros, também discutiram os direitos de propriedade, e guardadas as variações nas abordagens, em termos gerais, todos entendiam esses direitos como instituições sociais fundamentais para a criação de riqueza e prevenção de conflitos. No entanto, entende-se que foi com Hobbes (1651) que a propriedade passou a ser discutida de uma forma mais reconhecível para os economistas modernos (LUECK; MICELI, 2007). É possível localizar

no *Leviatã* diversas passagens que tratam da propriedade. Embora Hobbes defendesse que toda a propriedade pertencia ao Estado, ele também entendia que o soberano poderia atribuí-la arbitrariamente aos súditos, conforme os seus próprios critérios. Para Hobbes (1651), a justiça e a propriedade tinham a sua origem na constituição do Estado, pois fora deste, em face da inexistência de um poder soberano que impusesse limitações ao livre arbítrio das pessoas, estas, sem distinções, teriam livre acesso aos recursos naturais, pois não existiria a noção do que é de um ou de outro, do que é justo ou injusto (HOBBES, 1651).

Questão bastante similar foi levantada por Garrett Hardin no seminal artigo publicado pela Revista Science, em 1968, "*The Tragedy of the Commons*", pelo menos no que está relacionado com à utilização da propriedade comunal, no acesso aberto. A tragédia constitui um problema econômico, causado em decorrência da falta ou baixa regulamentação de um determinado recurso. Dessa forma, como o recurso pode ser utilizado facilmente por todos os interessados, a tragédia ocorre quando os indivíduos orientam as suas ações unicamente de acordo com os seus próprios interesses, sem preocupações com o bem-estar do resto da sociedade.

O texto tratou de questões relacionadas à ecologia e ao esgotamento dos recursos naturais, abrindo espaço para diversas discussões referentes à necessidade do estabelecimento de direitos, em especial da propriedade privada, como um meio de tornar mais eficiente a utilização dos recursos naturais. Segundo Fairlie (2008), o trabalho de Hardin exerceu grande influência nos debates internacionais e foi amplamente citado nos anos subsequentes. *Commons* representavam as terras comunais da Inglaterra, que entre os séculos entre XVIII e XIX foram demarcadas e transformadas em propriedade privada, por intermédio dos atos de cercamento, num processo conhecido historicamente como *enclousure* (ROSENMAN, 2016).

No texto, Hardin tenta explicar uma hipotética situação, lançando mão de uma parábola: a dos fazendeiros que incluíam arbitrariamente, mais e mais gado ao pasto comunal, para exemplificar essa questão. Sendo assim, em decorrência do livre e irrestrito acesso de todos ao pasto, cada um dos fazendeiros tenderia a seguir os seus próprios interesses,

acrescentando quantos animais quisessem ao seu rebanho, o que provocaria o esgotamento dos recursos (HARDIN, 1968).

Dessa forma, é possível entender o espaço aberto, da parábola, como um local propício ao constante "estado de guerra de todos contra todos", ou seja, para disputas entre interesses conflitantes (o exercício de direitos comuns e ilimitados de cada um dos fazendeiros), o que inevitavelmente levaria à ruína de todos. Segundo Hardin (1968, p. 1247, tradução nossa), embora o sistema legal da propriedade privada não seja exatamente justo, "a injustiça é preferível à ruína total".

Libecap (1989) explica que os direitos de propriedade podem ser entendidos como institutos sociais que atuam no sentido de definir ou delimitar os privilégios que o Estado outorga aos indivíduos para ativos específicos. Jacquemim e Schrans (1979, p. 13), citados por Barbosa (2009a, p. 26), ao discorrerem sobre os fundamentos de uma economia de mercado, assim se expressam:

> Em geral, um bem não adquire uma utilidade econômica, ou ainda, uma coisa não se converte em bem, senão graças aos direitos que se têm sobre ela. Assim, uma certa forma de propriedade está na base das trocas. Esta propriedade confere, com efeito, um controle do bem ou do serviço, de forma que haja uma relação entre o fato de adquirir e o de dispor. Assegura a possibilidade de excluir, até certo grau, a utilização por outrem. Além disso, comporta o direito de ser transferida. Quanto mais estritos são os princípios de exclusividade e de transferência da propriedade de um bem, mais o valor comercial desse bem tenderá a subir. Em suma, o verdadeiro bem é menos a coisa do que os próprios direitos.

Por último, conforme preceitua a Teoria dos Custos de Transação (TCT), os agentes econômicos estão sujeitos a incertezas, racionalidade limitada e condutas oportunistas, ou seja, a decisão de contratar é arriscada, não apenas devido à falta de informações ou à parcialidade destas (racionalidade limitada), como também devido às incertas e indefinições que são inerentes a qualquer negociação. O oportunismo, por sua vez, representa "a busca pelo interesse próprio, com dolo" (WILLIAMSON, 1987, p. 57), isto é, os agentes econômicos são sempre

guiados por interesses próprios, podendo de laçar mão de diversos artifícios para a obtenção dos resultados esperados, até mesmo praticar ilicitudes (WILLIAMSON, 1987).

Essas atitudes afetam o processo de contratação, pois condutas oportunistas interferem na conformação dos custos de transação, entendidos como os "custos da administração do sistema econômico" (ARROW, 1969, p. 48), que serão mais altos conforme mais fracas ou débeis forem as instituições na regulação da economia. Entretanto, em economias com instituições sólidas é possível que se alcance bons custos de transação devido à possibilidade de mitigação das condutas oportunistas, e da redução dos efeitos da incerteza. Os direitos de propriedade, portanto, criam deveres que se projetam "contra todos" e são um caminho para a minimização dos efeitos da incerteza e do oportunismo, na atuação dos agentes econômicos.

Entende-se que a questão da propriedade, no âmbito dos bens oriundos do conhecimento, torna-se complexa, porque tais bens apresentam todas as características de bens públicos, quais sejam: não rivalidade e não exclusividade, gerando problemas de apropriabilidade. A característica da não rivalidade indica que diversos indivíduos podem consumir o bem, sem que ocorra a perda de sua utilidade, permitindo a rápida dispersão do conhecimento, sem que se esgote. A característica da não exclusividade diz respeito à impossibilidade de exclusão de terceiros da utilização do bem (EVAN, 2009)

Na impossibilidade de exclusão, a apropriabilidade dos bens intangíveis fica dificultada, pois as ideias tecnológicas podem ser utilizadas por muitas pessoas, em benefício próprio, muitas vezes em concorrência direta com o autor destas, sem que se pague por elas. Sendo assim, diante da possibilidade de ser facilmente imitado, um produtor não se sentiria incentivado a alocar recursos e engenhosidade no desenvolvimento de invenções, por exemplo. Então, a questão da apropriabilidade passar a ser reconhecida como a pedra angular dos regimes de propriedade intelectual (EVEN, 2009).

2.2. JUSTIFICAÇÃO DO SISTEMA DE PATENTES

Alguns estudiosos se dedicaram à justificação do sistema de patentes podendo-se afirmar que entre os mais proeminentes estudiosos dessa temática estão os economistas Fritz Machlup e Edith Elura Tilton Penrose, especialmente devido às análises realizadas nos seguintes estudos: (i) *The Patent Controversy in the Nineteenth Century* (1950), de autoria de Machlup e Penrose, que representa o resultado de pesquisa subvencionada pela Sociedade Americana de Sociologia, pelo Conselho de pesquisa em Ciências Sociais dos EUA e pela Universidade Johns Hopkins (por meio de um fundo para pesquisas econômicas); (ii) *The Economics of the International Patent System* (1951)[3], de Penrose; e (iii) *An Economic Review of the Patent System* (1958), de Machlup, preparado a pedido da Subcomissão de Patentes, Marcas e Direitos Autorais do Senado norte-americano.

Penrose (1974) explica o seguinte: "como a maioria das instituições sociais, o sistema de patentes tem mudado de forma e de função no transcurso do tempo [...]". As justificativas para o sistema de patentes surgiram somente nas primeiras conferências internacionais que pretendiam estabelecer uma convenção internacional para a proteção da Propriedade Industrial. Naquela ocasião, e nas seguintes, os representantes dos diversos países expressaram suas posições, que podem ser enquadradas em quatro grupos gerais. Dois desses grupos se referem a questões do Direito Natural, os outros dois, a questões econômicas, ou questões de "política econômica" (PENROSE, 1974, p. 21-22). O sistema de patentes pode ser entendido como todo o conjunto de atos normativos, leis, práticas, costumes, convenções internacionais, entre outros regramentos referentes ao patenteamento de inventos (PENROSE, 1974)

Dessa forma, as razões justificadoras ou teorias do sistema de patentes, segundo Machlup e Penrose (1950), Machlup (1958) e Penrose (1974), costumam ser as seguintes:

3 Para a elaboração do presente trabalho foi utilizada a versão espanhola, de 1974.

> *Teoria do Direito Natural:* defende que toda a pessoa tem um direito natural à propriedade sobre suas ideias. Segundo essa teoria, o direito ao monopólio sobre a invenção apresenta o mesmo caráter moral dos diretos naturais, em geral, como o direito à vida e à integridade física, por exemplo. Dessa forma, segundo esse entendimento, a sociedade estaria moralmente obrigada a reconhecer o direito sobre esse tipo de propriedade, por meio da concessão do privilégio de exclusividade (PENROSE, 1974; MACHLUP, 1958). Foi esse o princípio justificador adotado pela Conferência Internacional de Paris, em 1878 e pela assembleia constitucional francesa, em 1791 (PENROSE, 1974).

No entanto essa teoria suscitou alguns questionamentos, um deles, em especial, servia de empecilho para a sua ampla adoção no mundo, qual seja: se a concessão de patentes deveria ser justificada no Direito Natural, não haveria possibilidade de limitar o tempo de duração do direito, nem a sua circunscrição a apenas alguns países (PENROSE, 1974), já que os direitos naturais eram ilimitados e universais.

> *Teoria da recompensa ou da retribuição pelos serviços prestados:* embora também esteja fundamentada no Direito Natural, agrega a questão econômica à sua base (PENROSE, 1974), pois considera que é questão de justiça (questão moral) que o inventor seja recompensado financeiramente. Porque os inventores prestam serviços úteis à sociedade, a retribuição mais adequada é a que se dá pela concessão de "um privilégio exclusivo, na forma de um monopólio de patente" (PENROSE, 1974, p. 27, tradução nossa).

No entanto, Penrose (1974) afirma que a aceitação irrestrita dessa teoria obrigaria a se chegar a algumas conclusões lógicas. Destacamos duas dessas conclusões: 1) a renda total máxima que pode ser obtida no mercado, pelo detentor do monopólio, deveria corresponder exatamente à utilidade do invento para a sociedade; 2) o mérito moral do inventor é proporcional à utilidade da invenção. Essas conclusões foram severamente atacadas porque apresentam limitações. Entre as limitações que a autora apresentou, merece destaque a seguinte: a retribuição não será necessariamente proporcional à utilidade do invento. O preço de um monopólio, como medida de utilidade de um invento, é extremamente artificial e limitado, pois quando não existe escassez o valor de um bem pode não corresponder à sua utilidade. Além

disso, mesmo havendo escassez, os dispêndios dos diversos inventores são diferentes e variam conforme o tempo utilizado para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do invento, até a sua colocação no mercado, o que também afeta os preços e não necessariamente está relacionado com a utilidade (PENROSE, 1974).

> *Teoria do contrato:* segundo essa teoria a melhor maneira de promover o progresso tecnológico e garantir que as gerações futuras tenham acesso à informação é induzir a divulgação, oferecendo proteção por intermédio da patente. Essas ideias foram expostas na forma de uma teoria, a "do contrato social", inspirada na concepção de Jean-Jacques Rousseau. Para Machlup e Penrose (1950, p. 26, tradução nossa), "esse uso da concepção de Rousseau foi parte da estratégia utilizada pelos políticos franceses, para evitar que as patentes fossem interpretadas como privilégios". Portanto, "a sociedade realiza um contrato com o inventor autorizando o uso exclusivo do invento, por um tempo determinado. Em contrapartida, o inventor revela o seu segredo, para que mais tarde fique à disposição da sociedade" (PENROSE, 1974, p. 32, tradução nossa).
>
> *Teoria do estímulo*: a teoria traz argumentos em prol da ideia de que o progresso técnico é desejável e que invenções e inovações são necessárias para assegurá-lo. Nesse contexto, nem os inventores, nem os empresários se empenhariam no desenvolvimento de novas soluções técnicas se não contassem com um estímulo, que é a possibilidade de lucrar com os seus inventos, o que seria garantido pela concessão do privilégio de exclusividade que a patente propicia (PENROSE, 1974). Penrose (1974, p. 238) afirma que esses argumentos também não foram satisfatoriamente comprovados pelos trabalhos empíricos já realizados, mas reconhece que "a origem do sistema de patentes é claramente econômico".

Penrose (1974) explica que a patente é um privilégio de exclusividade que tem origem antiga (Veneza, século XIV) e cujo propósito da proteção foi o de servir de fomento à inovação. Seus fundamentos são "claramente econômicos embora tenham tentado justificá-lo, "apelando ao Direito Natural" (PENROSE, 1974, p. 237, tradução nossa) e ainda existem vestígios desse entendimento. Deve-se considerar que "as patentes são necessárias para persuadir os inventores a revelarem os seus segredos, para incentivar a realização e a introdução de invenções e para proteger o interesse nacional" (PENROSE, 1974, p. 237, tradução nossa), que o fazem na expectativa de receberem uma contrapartida financeira.

O único ataque realmente sério ao sistema de patentes surgiu no século XIX, sob a influência dos partidários do movimento pelo livre comércio, embora não tenha vingado. No entanto, tais ataques serviram para chamar a atenção para os efeitos econômicos das restrições que as patentes impõem à indústria, mas tais restrições são inerentes ao sistema de patentes. Para fazer frente a esse problema, grande parte dos países estabeleceram em suas legislações certas limitações ao "monopólio" da exclusividade, como é o caso do licenciamento compulsório, medida utilizada por muitos países "para reduzir os custos sociais resultantes da concessão de patentes" (PENROSE, 1974, p. 243, tradução nossa).

3. OS SISTEMAS NACIONAIS DE INOVAÇÃO

Comumente o avanço tecnológico está associado a uma série de produtos introduzidos no mercado de consumo e que servem para facilitar as tarefas cotidianas, curar doenças, melhorar a qualidade de vida etc. No entanto, somente quando o conhecimento científico ultrapassa o muro das universidades e dos centros de pesquisas, para ser incorporado ao sistema produtivo, seja para melhorar o instrumental da produção ou para o lançamento de novos produtos, serviços e de novas realidades técnicas é que estaremos diante da inovação tecnológica propriamente dita. Nessas circunstâncias, a Ciência e Tecnologia (C&T) passa a ser referida como Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I).

Antes disso, não se pode falar em inovação, porque esta somente acontece no momento em que o conhecimento disponível passa a ter um aproveitamento prático. Nesse sentido, o conhecimento científico isoladamente não gera a inovação, é apenas um potencial latente e importante para o desenvolvimento de novas soluções. Portanto, para que invenções se tornem inovações são necessários esforços empresariais na avaliação das demandas do mercado, no desenvolvimento e na implementação de novos produtos, processos, entre outros, tornando-os disponíveis comercialmente, havendo uma apropriação social do conhecimento.

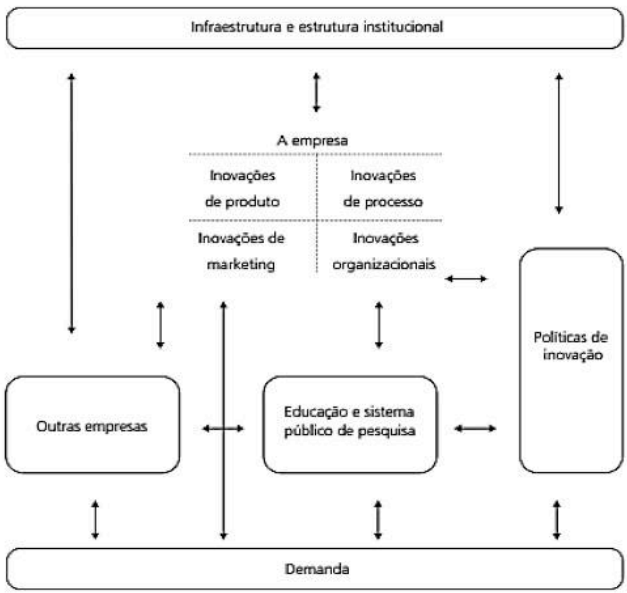
Em 1912, Schumpeter criou o conceito de novas combinações, que serviu de base para o entendimento atual dos tipos de inovação, bem como da importância destas. As novas combinações, segundo o economista, poderiam ser implementadas de cinco maneiras, que são as seguintes:

> **1) Introdução de um novo bem -** ou seja, um bem com que os consumidores ainda não estiverem familiarizados **-** ou de uma nova qualidade de um bem**. 2) Introdução de um novo método de produção,** ou seja, um método que ainda não tenha sido testado pela experiência no ramo próprio da indústria de transformação, que de modo algum precisa ser baseada numa descoberta cientificamente nova, e pode consistir também em nova maneira de manejar comercialmente uma mercadoria**. 3) Abertura de um novo mercado**, ou seja, de um mercado em que o ramo particular da indústria de transformação do país em questão não tenha ainda entrado, quer esse mercado tenha existido antes, quer não. **4) Conquista de uma nova fonte de oferta de matérias-primas** ou de bens semimanufaturados, mais uma vez independentemente do fato de que essa fonte já existia ou teve que ser criada. **5) Estabelecimento de uma nova organização de qualquer indústria, como a criação de uma posição de monopólio** [...] (SCHUMPETER, 1983, p. 76, grifo nosso).

A tipologia atual da inovação foi estabelecida no Manual de Oslo, elaborado pela Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), claramente inspirado na tipologia schumpeteriana, segundo o qual existem quatro tipos de inovação: a) inovação de produto; b) inovação de processo; c) inovação de marketing; e) inovação organizacional (OCDE, 2005). Portanto, a "inovação é a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas" (OCDE, 2005, p. 55). As inovações chamadas de tecnológicas são as de produto e de processo, que foram os dois primeiros tipos presentes na primeira edição do Manual, de 1992. No entanto, sentiu-se a necessidade de novos tipos de inovação, as não-tecnológicas, especialmente porque na segunda edição, de 1997, foi adicionado o setor de serviços, no qual, as inovações nem sempre se enquadram como inovação tecnológica. Desse modo, a partir da sua 3ª edição foram acrescentadas as inovações organizacionais e de marketing (OCDE, 2005).

Deve-se considerar, no entanto, que a inovação não é um fenômeno que ocorre isoladamente, segundo as premissas da abordagem sistêmica da inovação, uma construção teórica que foi criada no final dos anos 1980 e desenvolveu-se nos anos subsequentes, tendo como seus principais expoentes: Bengt-Åke Lundvall (1992); Christopher Freeman (1987); Richard R. Nelson (1993). O SNI é um "sistema social constituído por elementos e relações que interagem na produção, difusão e utilização de conhecimentos novos, e economicamente úteis (LUNDVLL, 1992, p. 2, tradução nossa). Trata-se de "uma rede de instituições dos setores público e privado, cujas atividades e interações iniciam, importam e difundem novas tecnologias" (FREEMAN, 1887, p. 1, tradução nossa). "As abordagens sistêmicas da inovação alteram o foco das políticas em direção a uma ênfase na interação entre instituições e observam processos interativos na criação, difusão e aplicação de conhecimentos (OCDE, 2007, p. 41), conforme demonstra a Figura 1, a seguir:

Figura 1 - A estrutura de mensuração da inovação



Fonte: OCDE (2007, p. 42).

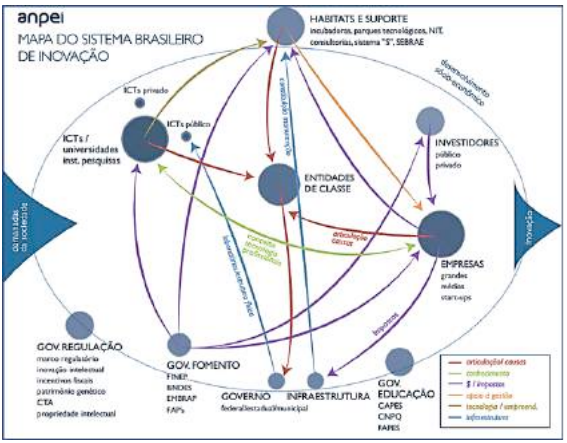
A estrutura acima expressa o entendimento do processo inovativo como sistêmico, cujas principais características são as seguintes: (i) realização de inovações no nível da empresa; (ii) interações com outros atores do sistema; (iii) o papel exercido pela demanda, que leva ao seguinte entendimento:

> As atividades de inovação de uma empresa dependem parcialmente da variedade e da estrutura de suas relações com as fontes de informação, conhecimento, tecnologias, práticas e recursos humanos e financeiros. Cada interação conecta a firma inovadora com outros atores do sistema de inovação: laboratórios governamentais, universidades, departamentos de políticas, reguladores, competidores, fornecedores e consumidores. As pesquisas sobre inovação podem obter informação sobre a prevalência e a importância de diferentes tipos de interação e sobre os fatores que influenciam o uso de interações específicas (OCDE, 2007, p. 27).

Diante dessas perspectivas, é possível afirmar que os elementos e relacionamentos que compõem os SNIs "interagem na produção, difusão e uso de conhecimentos novos e economicamente úteis" (LUNDVALL, 1992, p. 2, tradução nossa), formam redes "de instituições dos setores público e privado, cujas atividades e interações iniciam, importam e difundem novas tecnologias" (FREEMAN, 1987, p. 1, tradução nossa).

A Associação Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento das Empresas Inovadoras (ANPEI) elaborou um mapa do SNI brasileiro, conforme demonstra a Figura 2:

Figura 2 – Mapa do SNI Brasileiro

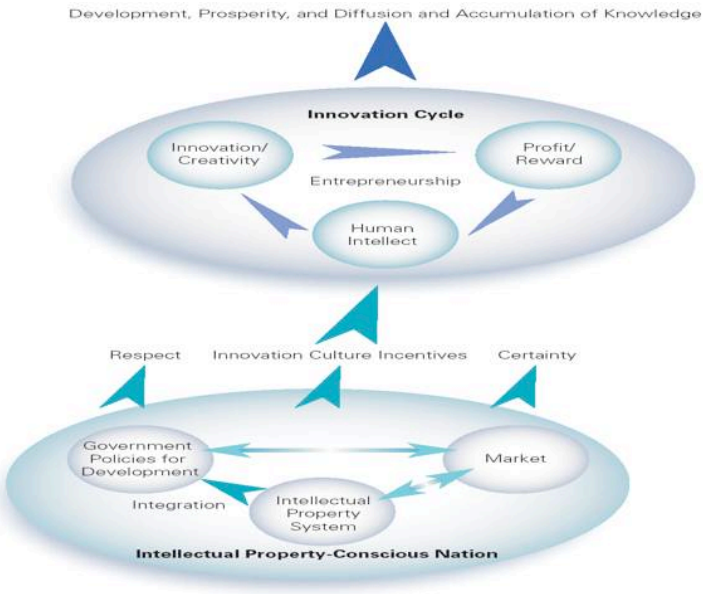


Fonte: ANPEI (2014, p. 5).

O mapa representou um esforço de identificação: (i) dos principais atores que compõem o SNI brasileiro; (ii) dos fluxos de interação entre esses atores; (iii) de casos que exemplificam processos de interação; (iv) perspectivas para o futuro (ANPEI, 2014). No mapa é possível visualizar todos os elementos e agentes que compõem um Sistema de Inovação, como preconizado pelos criadores da abordagem sistêmica da inovação, quais sejam: marco regulatório, composto pelo conjunto de leis e atos normativos relacionados, direta ou indiretamente, com a temática da inovação - governo; empresas; instituições científico-tecnológicas (laboratórios de pesquisa, universidades e outros); agentes financeiros e muitos outros.

No âmbito dos direitos da propriedade intelectual, Idris e Arai (2006) sustentam que países conscientes da importância da propriedade intelectual definem metas claras para o aumento da competitividade e para o seu enriquecimento cultural. Para que o ciclo da inovação funcione bem é necessário que existam instituições sólidas, mas também que as estratégias e políticas governamentais levem em consideração que esse processo deve ser dinâmico e autossustentável. O Sistema de Propriedade Intelectual (SPI) ajuda a converter a inovação em ativos comercializáveis, contribuindo para a geração de ganhos financeiros, criação de riqueza, aumento do estoque de conhecimento e aumento das reservas da nação. O SPI compõe o Sistema Nacional de Inovação (marco regulatório). A Figura 3, a seguir, demonstra o círculo da inovação em nações que estão conscientes da importância da propriedade intelectual:

Figura 3 - Ciclo da Inovação em Nações Conscientes da Importância da Propriedade Intelectual



Fonte: Idris e Arai (2006, p. 17).

Dessa forma, o que a figura demonstra é que o dá sustentação a uma estratégia de desenvolvimento nacional, ou seja, a sua base, em nações que valorizam a propriedade intelectual e a encaram como um mecanismo que pode contribuir para o desenvolvimento, é a integração do SPI às demais questões relacionadas à política de desenvolvimento. Essas questões dizem respeito, por exemplo, à ciência e tecnologia, às atividades econômica, financeira, concorrencial, ambiental, educacional, social e cultural (IDRIS; ARAI, 2006).

Entende-se que países desenvolvidos têm uma longa experiência na geração de ativos de propriedade intelectual, no uso e na aplicação dos DPIs, bem como um elevado nível de consciência acerca da importância destes. Entende-se que os países em desenvolvimento devem seguir esse exemplo e promovendo estratégias e políticas nacionais, o que requer: (i)

a integração de elementos da propriedade intelectual em todas as políticas e estratégias governamentais voltadas ao desenvolvimento; (ii) adequação dessas políticas e estratégias ao nível de desenvolvimento do país, aos seus recursos, potencialidades e limitações; (iii) alcançar um equilíbrio entre os interesses públicos, as necessidades do setor privado, da indústria e dos titulares de direitos. Entende-se que esse cenário foi concebido para incentivar a criação de uma massa crítica nacional, e, o ponto de partida é constituído por políticas nesse campo (IDRIS; ARAI, 2006).

4. PATENTES, LIMITES DA PROTEÇÃO E CONCORRÊNCIA

Levando-se em consideração que a propriedade sobre bens intangíveis também deverá obedecer à função social desses direitos, sendo limitados pelas suas funções, as patentes, por exemplo, também representam formas de uso social da propriedade, ou seja, são direitos que existem enquanto forem socialmente úteis. Além disso, a temporariedade do direito passa a ser considerada como um "elemento crucial do equilíbrio de interesses" (BARBOSA, 2003, p. 368). Dessa forma, não apenas a tecnologia será divulgada e conhecida por intermédio da publicação da patente, como também o seu uso passará a ser acessível por todos, após o decurso do prazo legal.

Além dos limites temporais do direito de exclusiva[4], também é preciso levar em consideração, os seguintes fatores: (i) a extensão ou o alcance técnico da exclusividade; (ii) a extensão ou alcance geográfico da exclusividade (iii) a extensão ou alcance jurídico da exclusividade; (iii) a delimitação legal do direito; (iv) a exigência do uso adequado do privilégio (BARBOSA, 2003).

- A extensão ou alcance técnico da exclusividade: o privilégio está limitado às reivindicações integrantes do pedido. Dessa forma, a tecnologia protegida somente poderá ser utilizada, de forma exclusiva, dentro dos limites que a circunscrevem. Portanto, é o quadro reivindicatório que determinará a abrangência da exclusividade (BARBOSA, 2003).

4 É o direito de exclusividade.

- A extensão ou alcance geográfico da exclusividade: trata-se de questão territorial, pois, o privilégio concedido pela outorga da patente encontra-se limitado, a princípio, ao país que a concede, tendo em vista o que o "princípio da territorialidade" foi adotado pela Convenção da União de Paris (CUP) (BARBOSA, 2003).

- A extensão ou alcance jurídico da exclusividade: o titular da patente não pode perder de vista que o privilégio está restrito somente àquelas etapas compreendidas na proteção jurídica, tais como, o processo de produção, fabrico e venda do produto. Entretanto, não existe exclusividade nas etapas do processo produtivo que não estejam cobertas pelo privilégio (BARBOSA, 2003).

- A delimitação legal do direito: existe um rol de atos de terceiros, contra os quais o titular da patente não poderá se opor. A Lei nº 9.279/96 (propriedade industrial), em seu artigo 43 admite que sejam praticados alguns certos atos, mesmo sem a permissão do titular do privilégio, como, por exemplo, a preparação de medicamentos prescritos por médico e preparados por farmacêutico (pelas farmácias de manipulação), ou a reprodução do invento para fins acadêmicos ou científicos (BARBOSA, 2003).

- A exigência do uso adequado do privilégio: por tratar-se de um mecanismo que restringe a liberdade de concorrência, a utilização da patente deverá observar a finalidade desse instituto. Isso quer dizer que a utilização do direito à exclusividade, que esteja em desacordo com tal finalidade, é contrária ao direito posto. Essas limitações indicam que também a propriedade sobre bens intangíveis deverá ser utilizada conforme a sua utilidade econômica e social (BARBOSA, 2003).

Deve-se considerar que no artigo 2º da Lei de Propriedade Industrial (9.279/96) está disposto que a proteção leva em consideração o interesse social desses direitos e o desenvolvimento tecnológico e econômico nacional. O interesse social está não apenas na ampliação do conhecimento, mas também, nos benefícios que os inventos podem propiciar à sociedade (avanços na área da saúde, da agricultura, entre outras).

Para Salomão filho (2013, p. 357), "a patente, como qualquer situação de poder no mercado, pode gerar abusos, que devem ser coibidos.

O direito industrial passa, então, a incluir nesse aspecto uma disciplina específica de abuso do poder". É importante considerar que o uso inadequado do privilégio pode ensejar o licenciamento compulsório, que é previsto tanto na Lei Antitruste (Lei 12.529/11), artigo 38, alínea "a", como na Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.27/96), artigos 68 a 74. Na Lei 12.529/11 considera-se ilegal o exercício abusivo ou a exploração de direitos de propriedade intelectual ou industrial, tecnológicos ou marcas, constituindo infração contra a ordem econômica, nos termos dos incisos "XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia"; e "XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca" (BRASIL, 2011)[5].

No entanto, embora os direitos de propriedade intelectual possam ser utilizados de forma abusiva e servirem de meio para práticas anticoncorrenciais, estes não podem ser considerados como uma limitação à livre concorrência, pois não podem ser considerados monopólios. No entanto, existe uma diferença bastante acentuada entre o privilégio concedido com exclusividade e o monopólio (SHERWOOD, 1992). Conforme explica o autor:

> Ocasionalmente, observadores se queixam que a propriedade intelectual cria um "monopólio". Esta crítica implícita é algumas vezes atenuada ao se notar que o monopólio é de duração temporária. Existe uma distinção importante entre os efeitos de um monopólio e o funcionamento da proteção da propriedade intelectual. A propriedade intelectual cria apenas o direito de excluir outros de um produto ou processo específico. Mas, o monopólio clássico é a capacidade de excluir todos os outros de um *mercado.* Tem a capacidade de excluir todos os outros produtos ou processos de um certo mercado. [...] A propriedade pode oferecer uma vantagem importante, mas não é um monopólio (SHERWOOD, 1992, p. 60-61).

Dessa forma, embora a propriedade intelectual possa proporcionar uma importante vantagem, esta não cria um monopólio no sentido literal do termo. A proteção será conferida à ideia tecnológica corporificada na invenção e não à empresa (que será objeto da proteção, no caso do

5 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

monopólio). Assim sendo, em regra, a propriedade intelectual poderia servir de estímulo à concorrência, pois, estimularia a geração de novas ideias, criações e tecnologias. "Na prática, a proteção dos produtos da mente é imperfeita", pois a proteção patentária não tem o condão de assegurar vantagens no mercado ou sucesso comercial (SHERWOOD, 1992, P. 60), ou seja, não impede que outras empresas desenvolvam e vendam soluções similares, protegidas ou não por direitos da PI. "No caso da propriedade intelectual, o produto da mente pode fracassar ou ser suplantado no mercado" (SHERWOOD, 1992, p. 61), ou seja, a proteção não garante o sucesso da inovação, nem grandes retornos financeiros.

Da mesma forma entende Salomão Filho (2013, p. 349), que afirma o seguinte:

> É importante ter claro que, no caso do direito industrial, a proteção das patentes, mesmo quando tratada como propriedade, o é em seu sentido dinâmico, e não estático; isto é, trata-se de proteger o direito de utilização, e não a titularidade do bem objeto da proteção em si. [...] como destaca a doutrina, já vai longe o tempo em que se acreditava que marcas e patentes conferiam verdadeiro monopólio no sentido econômico. Em um mundo que se sofistica e se especializa, as marcas e patentes sempre conferem poder no mercado. A não ser nos ramos de alta tecnologia, onde a patente efetivamente gera monopólio, ao menos temporário, praticamente todos os produtos, mesmo quando substituíveis, são dotados de patentes. Produtos patenteados concorrem com outros produtos patenteados ou até sem patentes.

Mello e Possas (2002, p. 136) entendem que "a política de defesa da concorrência tem por finalidade garantir a existência de condições de competição, preservando e/ou estimulando a formação de ambientes competitivos com vistas a induzir, se possível, maior eficiência econômica como resultado do funcionamento dos mercados". No Brasil, a livre concorrência e a sua defesa encontram os seus imperativos máximos na Constituição Federal, artigo 170, inciso IV, artigo 173, IV, § 4º, também na Lei 12.529/11, anteriormente mencionada.

Nesse sentido, Falcone (2013, p. 227) afirma que:

> O princípio do estímulo à inovação e desenvolvimento científico e tecnológico, como fundamento axiológico maior da proprieda-

> de industrial, faz da propriedade industrial, antes de mais nada, um poderoso instrumento de concorrência e vantagem competitiva, como elementos complementares de uma política econômica moderna, a fim de manter mercados eficientes e competitivos.
>
> A capacidade dos agentes econômicos de recuperarem os investimentos realizados em pesquisa e desenvolvimento científico constitui condição *sine qua non* para a continuidade do ciclo de inovação, ou seja, a apropriabilidade do objeto da propriedade industrial releva-se como aspecto fundamental para o ambiente econômico.

Grau-Kuntz (2009) chama a atenção para o seguinte: "o mercado não é uma realidade fática, mas antes um instituto criado pelas e dependente das normas jurídicas. Como instrumento concorrencial, as patentes não poderão ser garantidas de forma absoluta, mas antes dentro dos limites e adequadas às normas básicas de funcionamento do mercado.[6]

Para Mello (2009), a PI não pode ser entendida como a antítese da concorrência, mas sim como "um instrumento de competição que, como outros, pode ser utilizado para a busca e/ou manutenção de posições monopolistas. Os efeitos de incentivo e de restrição lhe são inerentes; ambos fazem parte de um mesmo e único processo – a concorrência –, e é nesse âmbito que deve ser tratado" (MELLO, 2009, p. 398).

5. INFLUÊNCIAS DAS PATENTES SOBRE A DECISÃO DE INOVAR: EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS

No estudo preparado a pedido da Subcomissão de Patentes, Marcas e Direitos Autorais do Senado norte-americano, *An Economic Review of the Patent System* (1958), Fritz Machlup (que na ocasião integrava o Departamento de Economia Política da Universidade Johns Hopkins), afirmou que que não era costumeiro questionarem a alegação de que o sistema de patentes serve para divulgar informações tecnológicas e que estas poderiam acelerar o crescimento da produtividade. No entanto, reconheceu que "saber durante quanto tempo as invenções poderão ser

6 Disponível em: <http://www.newmarc.com.br/ibpi/d_pat.html>. Acesso em: 11 set. 2016.

mantidas em segredo, ou quanto tempo levaria para serem desenvolvidas por outros inventores" (MACHLUP, 1958, p. 76, tradução nossa) era uma das principais questões que deveriam ser consideradas quando se pensasse na utilização do sistema de patentes. O autor também sustentou que a realização de uma avaliação econômica do sistema de patentes, como um todo, para verificar as diferenças e os impactos da sua existência ou não existência, provavelmente, seria uma tarefa impossível (MACHLUP, 1958).

Portanto, responder se a propriedade intelectual, mais especificamente, se as patentes servem de estímulo à inovação, ou se garantem ao inovador o retorno financeiro para os seus esforços não é uma tarefa fácil, além de não ser um assunto consensual. Constata-se que ao longo dos anos vários estudiosos procuraram respostas para a seguinte pergunta: o sistema de patentes realmente contribui para a inovação?

O que se tem afirmado é que o impacto das patentes sobre a decisão de inovar, bem como sobre o desempenho econômico é deveras complexo. Evidências empíricas obtidas em estudos conduzidos no Japão, Estados Unidos e Europa, entre os 1980 e 1990, apontaram que o patenteamento era considerado extremamente importante para a conquista ou proteção das vantagens competitivas de empresas das seguintes áreas: biotecnologia, fármacos, produtos químicos. Por outro lado, na indústria de maquinário, em geral, e de computadores, as patentes não eram vistas como tão importantes, exercendo apenas um papel secundário. Nessas indústrias a proteção às invenções geralmente ocorria por intermédio do sigilo e, por exemplo, práticas de marketing, liderança de mercado (OCDE, 2004).

Landes e Posner (2003) explicam que os argumentos econômicos mais fortes para o sistema de patentes estão diretamente relacionados aos custos de internalização da propriedade sobre as invenções, pois os custos de transação costumam ser mais caros quando se trata da propriedade intelectual. Dessa forma, manter o segredo, por exemplo, pode ser muito mais dispendioso que utilizar o sistema de patentes. Isso comprometeria os esforços canalizados para o desenvolvimento da invenção, o que tornaria mais atrativo o patenteamento.

Estudos realizados por Mansfield et al. (1981), Mansfield (1986), Levin et al. (1987), Cohen, Nelson e Walsh (2000) verificaram, em termos gerais, que a patente nem sempre foi o instrumento de proteção escolhido, ou que nem sempre a possibilidade de patenteamento havia sido decisiva para o desenvolvimento de inovações, exceto na indústria farmacêutica, na qual as patentes costumavam ser consideradas essenciais. Foram os custos de imitação que orientaram as escolhas, pois "quando o custo de imitação é baixo, não resta outra opção do que recorrer à patente. Este é o caso da indústria farmacêutica" (PESSÔA; CONSIDERA; RIBEIRO, 2010, p. 98). Assim:

> Na indústria de fármacos as instituições de PI são absolutamente essenciais para estimular a produção de conhecimento, já que essa indústria apresenta grandes custos de P&D e baixo custo de imitação, constituindo-se no caso paradigmático no qual as instituições de PI são essenciais. Direitos de propriedade intelectual são necessários e, consequentemente essenciais para garantir o estímulo a P&D (PESSÔA; CONSIDERA; RIBEIRO, 2010, p. 117).

Dados empíricos obtidos por Mansfield et al. (1981) indicaram que 50% das inovações não teriam sido realizadas se não houvesse a possibilidade da proteção patentária e que a maior parte das inovações sustentadas por tecnologias patenteadas ocorreram na indústria farmacêutica. Fora dessa indústria, a patente não demonstrou ser um mecanismo essencial para o desenvolvimento e a introdução de inovações, e isso ocorreu em três quartos da amostra. No entanto, os autores observam que as respostas obtidas pelo estudo devem ser tratadas com cautela, por apresentarem limitações óbvias, características desse tipo de análise (são parciais, fragmentadas etc.). Por outro lado, conforme aponta Mansfield (1986, p. 180), "nas indústrias de produtos farmacêuticos e químicos, nas quais as patentes pareciam ser mais importantes, mas de 80% dos inventos patenteáveis, foram patenteados".

Levantamentos realizados por Cohen, Nelson e Walsh (2000) deixaram claro que o tipo de proteção escolhida sofria variações conforme o tipo de indústria. Por exemplo, na maioria das indústrias transformadoras norte-americanas, que participaram da pesquisa, a proteção preferida era

o segredo, enquanto a patente era a menos praticada. Os autores também observaram que entre as razões apontadas para o patenteamento estavam: (i) bloquear o acesso das indústrias rivais à proteção patentária; (ii) resguardar-se contra possíveis violações de direitos; (iii) utilizar as patentes como um fator de barganha em negociações (utilização estratégica das patentes).

Para Hall e Ziedonis (2001), que investigaram o comportamento inovador de empresas de semicondutores dos EUA, concluíram que essas empresas não dependiam fortemente das patentes para a apropriação dos resultados da P&D, embora tenham notado que houve uma corrida pela proteção patentária a partir dos anos 1980. Atribuiu-se esse movimento a alterações realizadas no quadro legal pró-patente, estabelecido nos EUA[7]. No entanto, Hall (2003) entende que embora não existam evidências suficientes para que se sustente que o sistema de patentes estimule a inovação, em termos gerais e irrestritos, também não se pode desconsiderar que há um forte estímulo à divulgação do conhecimento, em vez da manutenção do sigilo. Entende-se que, provavelmente, as patentes contribuam para fomentar as inovações que envolvam investimentos vultosos e que possam ser facilmente imitadas, como no caso da indústria farmacêutica, já mencionada. Além disso, o autor também considera que a patente poderá sim estimular a inovação, ao direcionar os avanços tecnológicos para campos em que o patenteamento seja possível (orientar as escolhas). Logo, a certeza da proteção poderia estimular a inovação de tecnologias patenteáveis em capôs específicos.

Mello (2009, p. 397) chama a atenção para o seguinte:

> Quando os efeitos de incentivo à atividade inovativa são, em geral, pequenos (implicando que há pouco benefício social no fortalecimento da proteção), os efeitos restritivos, em geral, também são bastante diluídos. De outro lado, os efeitos restritivos significativos que são identificados em algumas indústrias – farmacêuti-

7 "Os anos 1980 foram marcados por ampla e profunda reforma regulatória, que alterou os rumos das políticas e iniciativas de alocação de recursos destinados a inovação nos Estados Unidos. Essa reforma deu passos no sentido da criação de um ambiente regulatório o investimento e para o fomento à inovação, por meio do estímulo ao empreendedorismo, à cooperação econômica e à redução dos riscos associados aos investimentos em P&D&I" (MATTOS, ABDAL, 2010, p. 107).

> ca, principalmente – só podem ser comparados com os eventuais efeitos incentivadores na própria indústria farmacêutica.
>
> É naqueles setores em que a patente funciona como um meio eficaz de aumentar custos e tempo de imitação que ela será privilegiada como um dos principais meios de apropriabilidade. Se a proteção for eficaz, segue-se que aí haverá maior efeito restritivo sobre a difusão do conhecimento tecnológico protegido, ao mesmo tempo em que essa expectativa pode incentivar o gasto privado em P&D.
>
> É preciso atentar, ainda, para o risco de se compararem efeitos detectados em níveis diferentes de abordagem. Resultados de estudos estatísticos não podem ser comparados com análise de casos particulares.

Em seu artigo seminal, *"Profiting from technological innovation: implications for integration, collaboration, licensing and public policy"*[8] Teece (1986) já havia explicitado que os resultados do processo inovativo não dependiam apenas do regime de apropriabilidade (proteção contra os imitadores: patentes, segredo etc.), mas também dos ativos complementares (marketing, atendimento pós-venda, sistema de manufatura, distribuição), bem como do paradigma do *desing* dominante (que está relacionado à evolução da ciência, até a conformação da fase paradigmática, nos seus diferentes ramos[9]).

Entende-se que o principal empecilho para que os inovadores com boas ideias comercializáveis não consigam entrar ou abrir mercados com sucesso é o fato operarem num ambiente no qual a nova tecnologia é difícil de proteger. Esse empecilho limita a capacidade de se apropriar dos benefícios econômicos decorrentes das suas ideias. Nessas circunstâncias, o que se entende é que os mais importantes condicionantes ambientais

8 Uma busca rápida no Google Acadêmico permitiu verificar que o artigo já foi citado mais de 10 mil vezes (apenas citações que podem ser capturadas pelo controle eletrônico, fora as citações em textos que não constam em bases eletrônicas). Em 2006, ao completar 20 anos da publicação do artigo, a Revista *Research Policy* publicou um número especial comemorativo no qual economistas de renome analisam as contribuições do autor ao entendimento do processo inovativo, ressaltando a importância do trabalho e sua atualidade.

9 Dessa forma, primeiramente os inovadores competem na identificação do *design* que se tornará o padrão; após estabelecido o padrão, os inovadores que primeiro introduzirem suas inovações tentam vencer os desafios do mercado e obter o retorno dos investimentos na inovação.

passam a ser a eficácia dos mecanismos de proteção jurídica e a natureza da tecnologia. Portanto, nestes contextos, o grau de proteção legal que uma empresa desfruta passa a depender da elaboração de estratégias (TEECE, 2000).

A apropriabilidade está relacionada às possibilidades de proteção de determinada inovação contra imitadores e representa um meio de possibilitar que as empresas inovadoras possam obter retorno econômico. As condições de apropriabilidade poderão ser maiores ou menores conforme o grau de dificuldade ou de facilidade de imitação (MALERBA; ORSENIGO, 1996). Dessa forma, as empresas poderão optar pelo patenteamento, ou pelo segredo, por exemplo, para a proteção de suas criações. Mello (2009, p. 374) entende que é necessário avaliar a eficácia da proteção dos direitos da propriedade intelectual, levando-se em consideração "a capacidade de afetar custos e tempo de imitação, criando ou reforçando as condições de apropriabilidade" (MELLO, 2009, p. 374).

Dessa forma, para que se consiga entender exatamente o papel que a propriedade intelectual desempenha no processo econômico é imprescindível "que ela seja vista como um instrumento que garante a apropriabilidade sobre os resultados do esforço inovativo na medida em que garante direitos exclusivos de fruição dos direitos protegidos". Diante dessa perspectiva, a propriedade intelectual favorece que as vantagens competitivas oriundas da inserção de inovações possam ser prolongadas (MELLO, 2009).

A questão da apropriabilidade torna-se mais complexa no contexto do que se convencionou chamar de "Economia Baseada em Conhecimento" (LASTRES et al., 2002, p. 60). É importante considerar que existem fatores do ambiente econômico que exercem influência sobre o regime de apropriabilidade e interferem na capacidade do inovador para a captura de lucros das suas inovações. Essa habilidade dependeria das seguintes dimensões-chave: (i) a natureza da tecnologia e; (ii) a eficácia dos mecanismos legais de proteção. Isso quer dizer que a habilidade para a captura dos lucros será diferente conforme tratar-se de tecnologia de

produto ou de processo, e se o conhecimento estiver codificado ou se for tácito (TEECE, 1986).

O Quadro 1 apresenta as dimensões abordadas por Teece (1986):

Quadro 1 - Regime de Apropriabilidade: dimensões-chave

Instrumentos Legais	Natureza da Tecnologia
Patente Segredos de Negócio Copyright (direito de cópia)	Produto Processo Conhecimento Tácito Conhecimento Codificado

Fonte: Teece (1986, p. 287).

Quanto à força ou à fragilidade dos regimes de apropriação, é importante considerar o seguinte: regimes fortes são formados por sistemas de proteção à propriedade intelectual cuja proteção poderá ocorrer por meio das patentes e dos segredos de negócios, ou ainda pelas características que são próprias do produto ou do serviço. Esses elementos podem possibilitar que o inovador obtenha lucros durante um determinado período. Regimes de apropriação fracos são aqueles nos quais o inovador precisa adotar diversas estratégias para obstaculizar a ação dos imitadores. Considera-se que dentre os elementos que fortalecem um regime de apropriação estão: o marco da propriedade intelectual, a capacidade de manutenção dos segredos industriais, o conhecimento tácito e não codificado (conhecimentos específicos de cada indivíduo/empresa e somente disponível por meio de trocas, interações pessoa-pessoa) (TEECE, 1986).

Afirma-se que "baixas condições de apropriabilidade denotam ambientes econômicos caracterizados pela existência generalizada de externalidades" (MALERBA, ORSENIGO, 1996, p. 45-46). Externalidades, segundo Dosi (1984, p. 131), compreendem, por exemplo, "*expertise, Know-how* e conhecimentos diferenciais".

Além disso, Shapiro (2001, p. 119) chama atenção para o seguinte: "a essência da ciência é cumulativa", isso quer dizer que muitas descobertas

e desenvolvimentos científicos somente foram possíveis devido a esforços precedentes. Dessa forma:

> Em várias indústrias-chave, incluindo semicondutores, biotecnologia, computador, software, e da Internet, o nosso sistema de patentes está criando um emaranhado de patentes: um conjunto de sobreposição dos direitos de patente exigindo que aqueles que procuram comercializar novas tecnologias devam obter licenças de vários titulares (SHAPIRO, 2001, p. 119).

Esse "emaranhado" de patentes poderia servir de obstáculo à comercialização de tecnologias e desencorajar a inovação, devido a dependência desta de desenvolvimentos anteriores, protegidos por patentes (SHAPIRO, 2001). Ainda sobre a cumulatividade, Malerba e Orsenigo (1996, p. 46) entendem que esta é uma das características dos regimes tecnológicos, pois as inovações e atividades inovativas do presente representam os alicerces sobre os quais serão erigidas as inovações futuras. Em outras palavras, é possível afirmar que os avanços da ciência e da tecnologia, em regra, partem de experiências anteriores, do aumento dos estoques de conhecimento e da revisão e reformulação de práticas, conceitos e teorias. Até Isaac Newton estava convicto que o avanço do conhecimento era cumulativo. Na famosa carta escrita ao cientista Robert Hooke, em 1675, Newton declarou: "if I have seen further itis by standing on the shoulders of Giants" (Se eu enxerguei mais longe é porque estava apoiado sobre ombros de Gigantes) (CHEN, 2013, p. 163).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo discutiu questões relacionadas com o sistema de patentes, inovação e concorrência a partir do estabelecimento de três linhas mestras, quais sejam: **primeira** - a identificação da razão de ser do sistema de patentes, com base em textos econômicos considerados seminais; **segunda** - estabelecer relações entre o sistema de patentes e a inovação; **terceira** - discutir a questão da concorrência frente ao direito de exclusividade. Para tanto, foram formuladas as seguintes perguntas: um regime de apropriabilidade forte estimula a inovação? As patentes podem

ser consideradas como sinônimos de monopólios, tendo em vista que o direito à exclusiva impede a exploração por terceiros não autorizados?

O estudo possibilitou concluir, em primeiro lugar, que a principal razão (ou a mais consistente) que tem justificado o sistema de patentes, é claramente econômica. A possibilidade de exploração do invento, com exclusividade e a obtenção de lucros que possam recompor os gastos envolvidos na criação de invenções são fatores que servem de incentivo para que os inventores se empenhem no desenvolvimento destas. No entanto, é importante considerar que invenção, não é sinônimo de inovação, pois esta última somente se concretiza a partir do momento em que a solução desenvolvida é efetivamente posta em prática (o produto chega ao mercado, o processo é aplicado na indústria etc.).

Em segundo, é importante perceber que existem dois tipos de apropriabilidade: a apropriabilidade jurídica, que representa a conquista da titularidade do direito; e a apropriabilidade econômica, que consiste na obtenção de retorno financeiro com a exploração do objeto da patente ou o seu licenciamento. Por razões óbvias, não existe uma relação de interdependência entre os dois tipos de apropriabilidade. Além disso, a obtenção de lucros será diferente conforme o setor, o campo da proteção (inovação de processo, inovação de produto), entre outros.

Em terceiro, a apropriação dos benefícios econômicos decorrentes das ideias inovadoras depende de outros condicionantes e não somente da proteção patentária, mas um sistema de proteção fraco também não estimularia a inovação, tendo em vista, que poderia encarecer os custos de transação. A existência de um marco legal, no caso, leis referentes à propriedade intelectual, confere robustez ao regime, conforme sustentou Teece, no entanto, a decisão de inovar depende de outros fatores, por exemplo, a natureza da tecnologia que se pretende proteger, conforme estudado.

Em quarto lugar, é incabível afirmar que ante a inexistência de um sistema de propriedade intelectual não haveria nenhum estímulo para a inovação, uma vez que os inventores não se sentiriam motivados a empenharem esforços e recursos financeiros na busca de novas soluções

tecnológicas. Não existem evidências empíricas que corroborem tal afirmação, e provavelmente, consegui-las, seria uma empreitada homérica, dificilmente realizável. Entende-se, no entanto, que o papel das patentes no incentivo à inovação, não pode ser interpretado como absoluto, pois estudos empíricos têm comprovado, ao longo dos anos, que a proteção patentária nem sempre foi/é o caminho escolhido pelas empresas, para apropriação das invenções. Também esses estudos não podem ser considerados como absolutos, pois as unidades de análise não foram todas as indústrias, de todos os setores, de todos os países.

Por último, é possível afirmar que os DPIs, e especialmente as patentes, não representam um monopólio, no exato significado do termo. Patentes corporificam um direito de exclusividade, que muitos tendem a denominar de monopólio temporário, no entanto, no monopólio a proteção recai sobre a empresa, na patente, sobre a tecnologia que corporifica a invenção. Sendo assim, patentes e concorrência não representam realidades antagônicas. É certo que os DPIs podem ser utilizados para a conquista de posições monopolísticas, mas a legislação antitruste e a Constituição Federal estabelecem limites ao exercício dos direitos e coíbem as práticas ofensivas à livre concorrência.

REFERÊNCIAS

ANPEI. **Mapa do sistema brasileiro de inovação.** 2014. Disponível em: <http://www.bibl.ita.br/MapadoSistemaBrasileirodeInovacao.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

ARROW, Kenneth. Economic welfare and the allocation of resources for invention. In: **The rate and direction of inventive activity:** Economic and social factors. Princeton University Press, 1962. p. 609-626.

BARBOSA, D. B. **Do bem incorpóreo à propriedade intelectual**. 2009a. Disponível em: <www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/teoria.pdf>. Acesso em 12 abr. 2016.

_____. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>. Acesso em 12abr. 2016 jun. 2010.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

CHEN, C. **Mapping scientific frontiers**: the quest for knowledge visualization. Second Edition. London/Heidelberg/New York/Dordrecht: Springer, 2013.

COHEN, W. M.; N. NELSON, R. R.; WALSH, J. P. **Protecting their intellectual assets**: Appropriability conditions and why US manufacturing firms patent (or not). National Bureau of Economic Research, 2000.

EVEN, Y. Appropriability and property. **American University Law Review,** Washington, v. 58, n. 6, p. 1417-1476, Jul. 26, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1272831>. Acesso em: 27 abr. 17 jun. 2016.

FAIRLIE, S. A Short History of Enclosure in Britain. **The Land**, Issue 7, Summer 2009. Disponível em: <http://www.thelandmagazine.org.uk/issue/land-issue-7-summer-2009>. Acesso em: 15 jun. 2016.

FALCONE, B. **Propriedade industrial e defesa da concorrência: convergência principiológica.** Curitiba: Juruá, 2013.

FREEMAN, C. **Technology policy and economic performance**: Lessons from Japan, London: Pinter Publishers. 1987.

GRAU-KUNTZ, K. Direito de Patentes - sobre a interpretação do Artigo 5º, XXIX da Constituição brasileira. **Revista da ABPI**, v. 98, p. 42-48, 2009. Disponível em: <http://www.newmarc.com.br/ibpi/d_pat.html>. Acesso em: 11 set. 2016.

HALL, **Bronwyn H. Business method patents, innovation, and policy**. National Bureau of Economic Research, 2003.

HALL, B. H.; ZIEDONIS, R. H. The patent paradox revisited: an empirical study of patenting in the US semiconductor industry, 1979-1995. **RAND Journal of Economics**, p. 101-128, 2001.

HARDIN, G. The Tragedy of the Commons, **Science**, v.162, p. 1243-1248, Dec. 1968.

HOBBES, T. **Leviathan or the matter, forme, & power of a commonwealth ecclesiasticall and civill.** London: Andrew Crooke, 1651. Disponível em: <http://socserv2.s ocsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/hobbes/Leviathan.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

IDRIS, K.; ARAI, H. **The intellectual property-conscious nation**: Mapping the Path from Developing to Developed. Geneva: WIPO Publication 988(E), 2006. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/988/wipo_pub_988.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2016.

JACQUEMIM, A.; SCHRANS, G. **O direito económico**. Lisboa: Vega, 1979.

LANDES, W. M.; POSNER, R. A. **The economic structure of Intellectual Property Law.** EUA: Harvard University Press, 2003.

LEVIN, R. C. et al. Appropriating the returns from industrial research and development. **Brookings papers on economic activity**, v. 1987, n. 3, p. 783-831, 1987.

LIBECAP, G. D. **Contracting for property rights.** Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

LUECK, D. MICELI, T. J. Property law. In: POLINSKY, A. M.; SHAVELL, S. (Eds.). **Handbook of law and economics.** Amsterdam and Oxford: North-Holland, 2007, p. 186-257.

MACHLUP, F.; PENROSE, E. The patent controversy in the Nineteenth Century. **The Journal of Economic History**, v. 10, n. 1 (May, 1950), pp. 1-29. Published by: Cambridge University Press on behalf of the Economic History Association. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2113999>. Acesso em: 19 abr. 2016.

MACHLUP, F. **An economic review of the patent system**. Washington, Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary, U.S. Senate, 85th Congress, 2nd Session, Government Printing Office, Study, n. 15, 1958. Disponível em: <http://mises.org/etexts /patentsystem.pdf>. Acesso em: 26 abr. jun. 2016.

MALERBA, F, ORSENIGO, L. Technological regimes and firm behaviour. In: DOSI, G.; MALERBA, F. **Organization and strategy in the evolution of the enterprise**. London: Macmilian. 1996. p 42-71.

MANSFIELD, E. Patents and innovation: an empirical study. **Management Science**, vol. 32, n. 2, Feb., 1986, pp. 173-181.

MANSFIELD, E.; SCHUWATZ, M.; WAGNER, S. Imitation costs and patents: an empirical study. **The Economics Journal**, v. 91, p. 907-918, Dec. 1981.

MATTOS, P. T. L; ABDAL, A. J. Estados Unidos: mudanças jurídico-institucionais e inovação. **Inovação: estratégia de sete países**. Brasília: ABDI, p. 92-120, 2010.

MELLO, M. T. L. Propriedade intelectual e concorrência. **Revista Brasileira de Inovação**, Rio de Janeiro, n. 8, v. 2, p.371-402, jul./dez. 2009.

MELLO, M. T. L.; POSSAS, L, M. Direito e economia na análise de condutas anticompetitivas. In: POSSAS, L. M. et al. (Orgs.) **Ensaios sobre economia e direito da concorrência.** São Paulo: Singular, 2002. p. 135-159.

NELSON, R. R. **National innovation systems:** a comparative analysis. New York; Oxford: Oxford University Press. 1993.

OCDE. **Manual de Oslo.** Diretrizes para a coleta e interpretação de dados sobre Inovação. 3. ed., Tradução FINEP, 2005. Disponível em:<www.finep.gov.br>. Acesso em: 1 abr. 2016.

PENROSE, E. **La economia del sistema internacional de patente.** Tradução de Clemtina Zamora. Espanha: Siglo Veintiuno Editores, 1974.

POSNER, Richard A. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. **Chicago Lectures in Law and Economics**, 2000.

POSSAS, M. S. **Concorrência e competitividade**: notas sobre estratégia e dinâmica seletiva na economia capitalista. São Paulo: Hucitec, 1999.

SALOMÃO FILHO, C. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SHAPIRO, Carl. Navigating the patent thicket: Cross licenses, patent pools, and standard setting. **Innovation Policy and the Economy**, v. 1. MIT Press, 2001. p. 119-150.

SCHUMPETER, J. A. (1912), **Teoria do desenvolvimento econômico**, col. Os Economistas, Abril Cultural: São Paulo, 1983.

_____. (1942), **Capitalismo socialismo e democracia.** Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SHERWOOD, R. M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico.** São Paulo: EDUSP. 1992.

SILVA, C. G.; MELO, L. C. P. **Ciência, tecnologia e inovação**: desafio para a sociedade brasileira. Livro Verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia/Academia Brasileira de Ciências. 2001.

ROSENMAN, E. On Enclosure acts and the commons. In: **BRANCH**: Britain, representation and Nineteenth-Century History. Ed. Dino Franco Felluga. Extension of Romanticism and Victorianism on the Net. Web. 2016. Disponível em: <http://www.branchcollective.org/?ps_articles =ellen-rosenman-on-enclosure-acts-and-the-commons>. Acesso em: 20 ago. 2016.

TAKAHASHI, T. (Coord.). **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

TEECE, D. **Managing intellectual capital**. Oxford University Press: New York, NY, 2000.

_____. Profiting from technological innovation: implications for integration, collaboration, licensing and public policy. **Research Policy**, v.15, n.6, 1986, p. 285-305.

VERSPAGEN, Bart. **Intellectual property rights in the world economy**. Research Memoranda, n. 16, Maastricht: MERIT, Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology. 1999.

VIEGAS, C. A S.; ALMEIDA, S. F. Economia da concorrência: estruturas de mercado. In: SCHAPIRO, M. G.; CARVALHO, V. M.; CORDOVIL, L. (Orgs.). **Direito econômico concorrencial.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 21-46.

WILLIAMSON, O. E. **Las instituciones económicas del capitalism**. Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

WIPO. **WIPO intellectual property handbook: policy, law and use.** WIPO Publication n° 489 (E). Second Edition. Geneva, 2004. Disponível em: <http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/>. Acesso em: 27 abr. 2016.

A DEGENERESCÊNCIA DAS MARCAS E A NULIDADE DECORRENTE

Autor: Daniel Dammski Hackbart
Instituição: Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI/UFPR

Resumo: O reconhecimento da degenerescência de uma marca no caso concreto, sem o envolvimento do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI tem sido admitido em diversos Tribunais Estaduais. No entanto, tal decisão pode trazer instabilidade, gerando risco à segurança jurídica ao declarar nulo um certificado emitido por órgão oficial da União sem que ele esteja representado no processo. O objetivo desse artigo é iIdentificar se a retirada dos efeitos de um Certificado de Registro de Marca perante terceiros implica em uma nulidade do próprio documento, extirpado de parte essencial de sua razão de existir, que é a garantia de exclusividade de uso da marca. Demonstrar que a validade desse Certificado não pode ser mitigada pela Justiça Comum sem risco à Constituição Federal e sem risco à Segurança Jurídica. Estão sendo realizados estudos para melhor fundamentar as bases genéricas, como os aspectos da definição de competência da Justiça Federal, os trabalhos realizados pelo INPI e os efeitos dos Certificados de Registro de Marca. Com essas delimitações, será possível analisar as decisões judiciais acerca do tema, contrapondo-os aos aspectos analisados para, ao final, encontrar os problemas decorrentes dessas decisões, especialmente suas consequências para o mundo jurídico. O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado pela nulidade de tais decisões, porém as decisões desviam de abordagens igualmente relevantes, distintas das regras de competência. Pretende-se identificar com clareza e objetividade os motivos e as consequências para que tais decisões sejam de fato nulas.

Palavras-chave: Nulidade de ato. Órgão Federal. Justiça Estadual.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da degenerescência de uma marca pode atingir qualquer marca devidamente registrada que tenha seu uso tão acentuado e uma vinculação tão forte com o produto ou serviço que representa, que acaba por tornar-se confusa a separação entre o produto/serviço e a própria marca. Quando isso acontece, a consequência é a identificação dessa marca com o artigo 124, VI da Lei 9.279/1996, a Lei da Propriedade Industrial – LPI, passando com isso a ser vista como um sinal de caráter genérico.

No entanto, tal reconhecimento pode ocorrer no âmbito dos Tribunais, em processos entre duas pessoas jurídicas que disputam o uso de certa marca, sem o envolvimento do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI. De outra banda, o artigo 175 da LPI estabelece que o INPI deverá estar envolvido em todos os processos de nulidade de marca, o que não ocorre nos processos de imposição de obrigação de não fazer.

Por meio de análise da lei, da Constituição Federal e da mudança de rumos da própria jurisprudência acerca do tema, poderá se perceber a ilegalidade das tantas decisões que têm permeado os Tribunais estaduais ao redor do tema.

2. A FUNÇÃO DISTINTIVA DA MARCA

As marcas possuem o objetivo de identificar, individualizar, um produto ou serviço. Por isso, é preciso que apresentem uma série de características que as tornam válidas e, portanto, registráveis como marca. E dentre essas características, está a distintividade, que serve à função distintiva das marcas. Afinal, é em primeiro lugar através da marca que conseguimos distinguir a Fanta da Sukita, os televisores Samsung dos Philips.

De acordo com Marcelo Augusto Scudeler[1]:

> *"Por primeiro, o cunho distintivo da marca é um dos seus requisitos essenciais, indispensável para cumprir uma de suas principais fina-*

1 SCUDELER, Marcelo Augusto. Do direito das marcas e da propriedade industrial. São Paulo: Servanda Editora, 2013. p. 70

> *lidades, a de distinguir, no mercado, produtos e serviços idênticos ou semelhantes, mas de origem diversa".*

Ainda, Gama Cerqueira[2]:

> *"…* para identificá-los e diferençá-los de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa, *porque, embora se aponte como principal função da marca a de distinguir o produto pela sua origem, não é essencial que conste da marca o nome do produtor ou vendedor, de modo que, nesses casos, a marca individualiza e identifica o produto, distinguindo-o de seus similares de origem diversa pelo próprio emblema ou denominação adotada".*

No tempo em que o famoso autor escreveu seu Tratado, no entanto, a legislação ainda não abrangia a possibilidade das marcas serem utilizadas para distinguir serviços, apenas produtos. Não obstante, é correto afirmar que a Lei 9.279/1996 admite, em seu artigo 123, I, que uma marca é utilizada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, mas de outro fabricante.

Existem, é certo, vários níveis de distintividade que uma marca pode conferir ao produto ou serviço que a recebe. Desde marcas fortes, marcantes e perfeitamente distintivas, como O Boticário, até marcas mais fracas, como Xerox.

Vale notar também que uma marca não será necessariamente uma inovação linguística. Dessa forma, palavras como Veja, Sensação e Caras convivem harmoniosamente com seu pares Ajax, Lollo e Istoé. Às marcas que resultam de inovação linguística ou gráfica a doutrina dá o nome de marcas de fantasia[3].

Quando existe uma ligação entre a marca e o produto ou serviço que ela designa, trata-se de uma marca sugestiva. É o caso da marca Havaianas, que remete a praia, calor, sol. Torna-se fácil, a partir daí, evocar a necessidade de frescor, de refrescar-se, de refrescar os pés com uma sandália.

---

2 CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Volume I. Da Propriedade Industrial e dos Objetos dos Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2012. p. 253.

3 BARBOSA, Denis Borges; PORTO, Patrícia; e PRADO, Elaine Ribeiro do. In Generificação e Marcas Registradas. <http://denisbarbosa.addr.com/generifica.pdf>. Acesso em 18 nov 2016.

Quando se fala em marcas descritiva, há um agravamento do comprometimento da liberdade simbólica[4]. Pelo fato da marca descrever o próprio produto ou serviço, há inclusive um sério risco dela não ser aceita e registrada pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI. Nesses casos, a notoriedade da marca acaba por conferir-lhe uma significação secundária e, com isso, retirando-a do domínio comum.

Vale destacar, no entanto, que em todos os casos de marcas registradas existirá uma mínima distintividade do produto ou serviço a que ela se refere, haja vista que a própria legislação proíbe o registro de termos genéricos como marca.

3. A PERDA DE DISTINTIVIDADE DE UMA MARCA

Uma marca pode, ao longo de sua existência, perder a sua distintividade. E existem razões bastante específicas que podem acarretar nesse resultado.

A marca pode perder a sua distintividade em virtude da sua *diluição*. A diluição ocorre quando uma marca suficientemente conhecida, notória, passa a ser utilizada em outros produtos ou serviços, distintos daquele que originalmente foi registrado.

Seria o caso, por exemplo, de se apropriar da marca Ferrari e, além dos automóveis, começarem a surgir no comércio o serviço de limpeza de estofados Ferrari, o telefone celular Ferrari, a operadora de telefonia Ferrari e os armários Ferrari. Assim é que, em virtude do uso repetido da marca, ela tem a sua distintividade reduzida. De acordo com Maurício Lopes de Oliveira, *"as marcas não são mais construídas em função de produtos, mas em torno de reputações*[5]*"*. Nessa esteira, muito embora a população identifique que os outros usos da marca não se confundem com o uso original da marca, sua capacidade de criar uma rede cognitiva particular associada a essa marca foi diluída.

4 Idem. Ibid.

5 OLIVEIRA, Maurício Lopes de. Direito de Marcas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004. p. 81.

Além da diluição, é também possível que uma marca perca a sua distintividade em decorrência da generificação. A generificação costuma ocorrer em duas ocasiões[6], em virtude do excesso de fama de uma marca, ou do excesso de unicidade do serviço ou produto a que ela se refere. Nesses casos, a palavra ou expressão utilizada para identificar a marca cai no domínio comum. Alguns casos famosos de generificação são as marcas Pirex, Xerox e Gillete. No entanto, a própria generificação de uma marca pode ocorrer em níveis variados. Deborah Portilho em seu artigo Generificação ou Degenerescência da Marca? expõe uma interessante análise sobre a questão:

> *Existem marcas registradas no Brasil, tais como Pyrex, Isopor, Blindex, Xerox, Gillette, Cotonetes, Sal de Fruta, Botox e Viagra, dentre muitas outras, que apesar de serem coloquialmente usadas como substantivos, sinônimos dos produtos que identificam, elas não perderam seu status marcário e, portanto, seus titulares continuam tendo direito ao seu uso exclusivo em todo o território nacional. Assim sendo, mesmo que "hastes flexíveis com pontas de algodão" sejam popularmente chamadas de "Cotonetes" no Brasil, a marca Cotonetes só é usada pela Johnson & Johnson e as embalagens dos produtos concorrentes estampam suas próprias marcas, dentre elas, Bastonetes, Palinetes, Cotton Plus, Topz e Cottonbaby. O mesmo ocorre com as fotocópias Xerox, as lâminas de barbear Gillette, as gomas de mascar Chiclets, os vidros temperados Blindex e o medicamento para tratamento da disfunção erétil Viagra. Considerando que, nesses casos, as marcas não perderam sua função principal – identificar os produtos e distingui-los dos de seus concorrentes – e o direito sobre elas continua exclusivo de seus titulares, não se pode dizer que houve qualquer tipo de "degenerescência" ou degeneração. Assim, parece-nos que o termo "generificação" é o que melhor descreve o fenômeno ocorrido e poderia ser equiparado ao genericism norte-americano.*
>
> *Felizmente, ou infelizmente, e diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos e em outros países, a Lei da Propriedade Industrial brasileira ("LPI" –Lei Nº 9.279/96) não prevê a extinção do registro pela generificação da marca. Como ensina o douto Denis Borges Barbosa, "durante sua vigência [do registro], há plena oponibilidade da marca erga omnes. Não pode o INPI, nem o Judiciário, erodir tal exclusividade a pretexto de generificação." Contudo, nada impede que, no futuro, a LPI seja alterada de modo a prever que uma marca que se torne termo de uso comum, particularmente por ação ou inação de*

6 BORGES et al. Op cit.

seu titular, possa, por exemplo, sofrer caducidade por generificação, ou perder o direito à prorrogação do registro. Até que isso aconteça, mesmo que uma determinada marca sofra um processo de generificação e passe a ser usada como sinônimo do produto, não ocorrerá degenerescência, pois o registro da marca perante o INPI continuará válido e poderá ser prorrogado indefinidamente.

Paralelamente às marcas "generificadas", existem algumas marcas que se tornaram efetivamente termos de uso comum e já não contam mais com a proteção marcária. Nesse grupo estão nylon, originalmente marca do fio patenteado pela DuPont em 1937; querosene (ou "Kerosene" em inglês), marca do combustível desenvolvido em 1846 pelo geologista canadense Abraham Gesner; corn flakes marca do cereal da Kellogg's lançado em 1907, só para citar algumas. Nesses casos, podemos dizer que essas marcas sofreram um processo de generificação e se degeneraram3, pois não só se tornaram o nome genérico dos produtos, como perderam a proteção do direito marcário e caíram em domínio público, ou seja, perderam todas as características originais que poderiam tê-las mantido como marcas fortes e famosas. Portanto, entendemos que, apenas para essa categoria, o termo "degenerescência" seria aplicável e corresponderia ao genericide do direito norte-americano[7].

A generificação exige, para fins de reconhecimento no direito brasileiro, o registro da marca no INPI.

O artigo 124 da Lei da Propriedade Industrial estabelece como não registráveis marcas que representem sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva. Esse controle é feito sempre previamente, e apenas após a deliberação do órgão especializado, haverá a concessão, ou não, registro.

No entanto, não existe uma previsão, na legislação pátria, do reconhecimento da nulidade recorrente. Nas palavras de Maurício Lopes de Oliveira:

7 PORTILHO, Deborah. Generificação ou Degenerescência da Marca? <http://www.dportilho.com.br/publicacoes/generificacao-ou-degenerescencia-da-marca>, Acesso em 10 nov 2016.

"Logo, no Brasil, o registro de uma marca que tenha, com o tempo, perdido a sua força distintiva, não poderá, via de regra, ser anulado"[8].

Se as palavras genéricas, de uso comum, não podem ser utilizadas no momento do seu registro, faz-se necessário investigar o que fazer quando essa generificação sobrevém com o decurso do tempo.

5. A AÇÃO DE NULIDADE

Os artigos 73 a 75 da Lei da Propriedade Industrial definem regras para a ação de nulidade de uma marca. De acordo com eles, essa demanda pode ser proposta pelo INPI ou por qualquer outra pessoa que nela tenha legítimo interesse. E nesse caso, deve o INPI intervir no feito. Ademais, fixa a competência da Justiça Federal para julgá-la. Mister ressaltar, no entanto, que a regra de competência mencionada pela Lei meramente reproduz competência já fixada pela Constituição Federal que, em seu artigo 109 estabelece como competência dos Juízes Federais o julgamento de causas em que a União, autarquias e empresas públicas federais sejam autoras, rés, assistentes ou oponentes.

De outra banda, não há dúvida de que o INPI é, de fato, uma autarquia federal, conforme define o artigo 1º da lei que o criou, a Lei 5.648/1970:

> *Art 1º Fica criado o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal, vinculada ao Ministério da Indústria e do Comércio, com sede e foro no Distrito Federal.*

Acerca da forma de intervenção do INPI no processo, é interessante analisar-se o posicionamento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Marco Aurelio Bellizze em julgamento do Recurso Especial nº 1.258.662 – PR:

> *Com efeito, o tema acerca da natureza jurídica da intervenção do INPI, nas ações de nulidade de marcas e patentes, é controvertido na doutrina e jurisprudência. Isso porque, de fato, a lei impõe a participação do INPI, presumindo a existência de um interesse jurídico que não se confunde com o interesse individual das partes. Em regra,*

8 OLIVEIRA. Op. Cit. p. 7.

> *enquanto os particulares disputam um direito patrimonial, calcado essencialmente em objetivos fático-econômicos, o INPI compromete-se com a defesa do interesse social difuso: o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.*
>
> *Noutros termos, por não se comprometer com o interesse individual de quaisquer das partes, o INPI, ao menos em tese, tem posição processual própria e independente da vontade das partes litigantes, o que de fato distancia a intervenção da LPI das intervenções típicas previstas no CPC – o qual somente se aplica de forma subsidiária às demandas de nulidade de registro marcário. Assim, não haveria que se cogitar da aplicação do art. 50 do CPC, porquanto a assistência é instituto voluntário, ao passo que a intervenção da LPI é obrigatória.*[9]

Com isso, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a intervenção do INPI nos processos de nulidade de marca é intervenção *sui generis*, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses de intervenção do Código de Processo Civil. Mesmo assim, por se tratar de uma intervenção sempre obrigatória, é inegável a imposição de competência da Justiça Federal em todos os processos de nulidade de marca.

Dentro da lógica estabelecida pela Lei 9.279/1996, portanto, sempre que um certificado emitido pelo INPI, oponível *erga omnes*, for questionado, haverá a obrigatoriedade de intervenção do órgão emissor. Tal raciocínio, inclusive, encontra similaridades em outra searas do direito. Se se pretende questionar, por exemplo, a nomeação de um servidor público federal, não se pensaria em fazê-lo perante a Justiça Estadual.

Nessa mesma esteira, também a Ministra Nancy Adrigui, do Superior Tribunal de Justiça acertadamente afirmou incabível o reconhecimento da nulidade pela Justiça Estadual:

> O art. 57 da LPI dispõe expressamente que "a ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito". Por outro lado, o art. 56, §1o, do mesmo diploma legal, autoriza que a nulidade seja "arguida, a qualquer tempo, como matéria de defesa".
>
> Na tentativa de harmonização desses comandos legais surge a dúvida: a negativa da proteção conferida pelo registro, pela Justiça

9 STJ, REsp 1.258.662-PR, Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, DJE 5-2-2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 30 set. 2016.

Estadual, está sujeita a prévia declaração de invalidade desse registro pela Justiça Federal, ou a competência da Justiça Federal se mantém apenas para as ações de nulidade pela via principal, sendo possível o seu reconhecimento incidental pela Justiça Estadual?

O tema já foi objeto de apreciação pelo STJ, mas ainda não houve a consolidação de um entendimento.

E prossegue:

É de se considerar, nesses casos, que o ato administrativo relativo à concessão do registro possui conteúdo decisório e, desempenhando o INPI atividade típica de Estado, qual seja a de regular a propriedade industrial em âmbito nacional, o interesse federal no sentido de que a autarquia atue na dialética estabelecida em razão do registro de marca, questão de sua exclusiva atribuição, resta patente, especialmente por tratar-se de matéria de extrema relevância social e econômica, como já se observou nas razões delineadas nos votos predecessores.

Naquela ocasião, proferi voto vencido, defendendo a possibilidade de reconhecimento incidental da nulidade de marca. Contudo, curvo-me à posição que se sagrou vencedora no âmbito desta 3a Turma, não apenas por uma questão de disciplina judiciária, mas também porque, no mérito, convenci-me, depois, de que este é o melhor entendimento acerca do assunto.

Nesse aspecto, ressalto que a exegese sistemática do art. 56, §1o, da LPI, aponta para a necessidade de se considerar que a alegação de nulidade de registro, enquanto matéria de defesa, é cabível em ação que tramite na Justiça Federal, com a participação do INPI.

Até porque, não faria sentido algum conceber que o reconhecimento incidental da invalidade de registro pudesse ser obtido sem nenhum requisito especial, enquanto essa mesma declaração, pela via principal, conta com regra específica decompetência e exige a participação obrigatória do INPI. Como bem observado pelo i. Min. Menezes Direito, interpretar a norma desse modo distorce o seu real espírito, pois confere ao registro perante o INPI uma eficácia meramente formal e administrativa.

Em síntese, pois, a discussão sobre a validade de um registro de marca, nos termos da Lei, deve ser travada administrativamente ou, caso a parte opte por recorrer ao Poder Judiciário, deve ser empreendida em ação proposta frente à Justiça Federal, com a participação do INPI. Sem essa discussão, os registros emitidos por esse órgão devem ser reputados válidos e produtores de todos os efeitos de direito[10].

10 STJ REsp 1.322.718-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 11-12-2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 30 out. 2016.

Entretanto, apesar do posicionamento já consolidado há anos do Superior Tribunal de Justiça, diversos Tribunais ao redor do Brasil ainda insistem em admitir a nulidade de registro de marca em sede de matéria de defesa. Tal posicionamento gera, de plano, uma instabilidade na segurança jurídica.

Os certificados de marca, emitidos pelo INPI, são atos jurídicos perfeitos, na medida em que se apresentam como atos administrativos consumados de acordo com as exigências da lei sendo, portanto, inalteráveis pela mera vontade de outrem[11]. Outrossim, por força e determinação da lei, podem ser opostos perante terceiros.

Por ser a emissão desses certificados um ato administrativo, gozam, naturalmente, dos mesmos atributos que qualquer outro ato administrativo, dentre eles, a presunção de legitimidade e a imperatividade. E mediante a afirmação de que um certificado de registro de marca possui presunção relativa de legalidade, não se mostra adequado que um Juiz Estadual possa declará-lo eivado de vício apenas no caso concreto. Trata-se de verdadeiro paradoxo afirmar, ao mesmo tempo, que um certificado é válido perante terceiros em todo o território nacional, com exceção de uma única relação privada entre o proprietário da marca e uma pessoa que deseja fazer uso dessa mesma marca.

O que os Tribunais Estaduais fazem ao declarar a nulidade de uma marca é uma avença à lei e ao próprio princípio da segurança jurídica, já que retira validade de maneira parcial de um documento legítimo, emitido por órgão oficial do Governo Federal. Tratam, em verdade, de declarar que uma palavra ou expressão caiu em domínio comum, mas o fazem *incidenter tantum* e *inter partes*, como se para todos os demais cidadãos aquela palavra continuasse tendo a distintividade exigida para caracterizá-la como marca. E como não fosse o suficiente, sequer notificam o órgão responsável pelo ato, para que exerça o poder de autotutela.

11 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade *in* Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional num. 11, Madrid. 2007. p. 212.

A segurança jurídica, princípio constitucional implícito que se manifesta como verdadeiro subprincípio do Estado de Direito[12], visa dar segurança às relações sociais[13]. E nessa qualidade, deve nortear as decisões que se adequarão à lei em consonância com os princípios constitucionais que a regem.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Efetivamente a legislação, em especial a Lei da Propriedade Industrial, não previu a possibilidade da degenerescência. Ao estabelecer regras para a concessão de uma marca, ditando os casos em que o registro não poderia ser conferido, olvidou-se o legislador de criar normas para outros casos, quando as regras que impedem a concessão de uma marca fossem implementadas posteriormente, como é o caso da degenerescência. Não se discute, portanto, que ao perder a sua distintividade, ao cair no domínio comum, uma marca perde a sua *ratio essendi* e a marca torna-se não registrável.

Ao deixar de estabelecer um caminho a ser seguido, o legislador abriu as portas ao Judiciário, convidando-o a interpretar a norma e aplicar segundo o seu entendimento. Não à toa, somam-se em nossos Tribunais Estaduais as decisões que reconhecem a nulidade de uma marca, declarando a nulidade do registro no caso concreto, com aplicabilidade *inter partes*. Com isso, certificados gravados pela presunção de legitimidade tornam-se meio válidos, ou válidos para uns em detrimento de outros, em afronta direta à própria Lei 9.279/1996 que prevê os direitos de exclusividade de uso e de sequela ao portador do registro da marca.

Apesar das decisões recorrentes da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, fato é que as Cortes Estaduais continuam exarando suas decisões em desacordo com a lei, colocando em risco não apenas o direito dos proprietários de marcas, mas a própria segurança jurídica em afrontas que, em última análise, são afrontas à própria Constituição da República.

12 STF MS 22.347, Rel Min. Gilmar Mendes, DJU 5-11-2004. Diponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 5 nov 2016.

13 FERRARI. Op cit. p. 212.

É importante notar que, se por um lado os Ministros da Corte Superiora sustentam suas decisões puramente nas regras de competência, tal decisão, longe de equivocada, é incompleta. Afinal, não restam dúvidas quanto à necessidade de participação em qualquer processo que discuta a nulidade de uma marca, bem como a inclusão do INPI como interveniente processual *sui generis*, quando não figurar na condição de autor ou de réu.

A discussão exige aprofundamento, em um nível ainda não abordado pelos Tribunais em qualquer instância. O debate da matéria sob o viés constitucional e administrativo demanda que o assunto seja mais discutido, que juristas se debrucem com maior atenção sobre o tema, a fim de possibilitar melhores soluções para o problema da degenerescência posterior de uma marca.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges; PORTO, Patrícia; e PRADO, Elaine Ribeiro do. In Generificação e Marcas Registradas. <http://denisbarbosa.addr.com/generifica.pdf>

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judicias e Segurança Jurídica – Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Volume I. Da Propriedade Industrial e dos Objetos dos Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade in Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional num. 11, Madrid. 2007.

OLIVEIRA, Maurício Lopes de. Direito de Marcas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004.

PORTILHO, Deborah. Generificação ou Degenerescência da Marca? <http://www.dportilho.com.br/publicacoes/generificacao-ou-degenerescencia-da-marca>

SCUDELER, Marcelo Augusto. Do direito das marcas e da propriedade industrial. São Paulo: Servanda Editora, 2013.

REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA INTERNACIONAL DE PATENTES -POR UM NOVO MODELO DE ACESSO AO CONHECIMENTO PARA O BRASIL

Autora: Heloisa Cortiani de Oliveira
Instituição: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI/PR

Resumo: O paradigma atual da Sociedade Informacional exige políticas públicas e estratégias em relação à propriedade industrial, baseadas em modelos que possibilitem o livre acesso ao conhecimento e um posicionamento mais igualitário dos países em desenvolvimento em relação aos países desenvolvidos no comércio internacional. Nesse contexto, este artigo tem como objetivo questionar o Sistema Internacional de Propriedade Industrial atualmente regido pelo Acordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) em relação ao Brasil, no contexto da Sociedade Informacional, tendo em vista novos modelos de atuação no que tange ao conhecimento. Para isso, por meio de pesquisa de caráter exploratório baseada em estudo bibliográfico, foi analisado o modelo equatoriano do Projeto de Código Orgânico da Sociedade do Conhecimento do Equador, bem como algumas iniciativas contidas em leis brasileiras. Conclui-se que, os valores que fundamentam o projeto equatoriano, dentre eles, o livre acesso ao conhecimento, um sistema misto de propriedade intelectual e o fortalecimento das potencialidades nacionais e regionais, constituem um modelo alinhado às necessidades brasileiras e devem ser levados em consideração na estruturação de novas políticas públicas de ciência e tecnologia.

Palavras-chave: sistema de propriedade industrial, políticas públicas, países em desenvolvimento

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo questionar o Sistema Internacional de Propriedade Industrial atualmente regido pelo Acordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) em relação ao Brasil, no contexto da Sociedade Informacional[1] (CASTELLS, 2000, p.6), tendo em vista novas perspectivas de atuação no mercado global, dentre as quais pode-se destacar o Projeto de Código Orgânico da Sociedade do Conhecimento do Equador, proposto por René Ramírez Gallegos (GALLEGOS, 2014).

Com o TRIPS, estabelecido no âmbito do *General Agreement on Tariffs and Trade (*GATT), da Organização Mundial do Comércio (OMC), na Rodada do Uruguai em 1994, estabelecem-se diretrizes relativas à propriedade industrial que supostamente atenderiam às necessidades de interação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, em termos de comércio e transferência de tecnologia em nível global.

Este conjunto de medidas inclui o fortalecimento do instituto da patente, ou seja, da apropriação privada de produtos e processos para exclusão de terceiros do mercado, com a justificativa de que este instrumento conduziria a um aumento da geração de inovação e, consequentemente, a um maior desenvolvimento econômico dos países em geral.

Ocorre que estas medidas foram pensadas e aplicadas com base no modelo de desenvolvimento econômico dos países mais industrializados, não levando em consideração as características dos países menos industrializados, que incluem fatores como, por exemplo, assimetrias na disseminação e assimilação do conhecimento, diferenças de recursos e de políticas industriais, interações comerciais e nível de desenvolvimento tecnológico.

A consequência dessa dinâmica que se estabelece no mercado global é que os países em desenvolvimento se tornam dependentes dos países desenvolvidos, pois para competirem de forma mais igualitária

1 Castells utiliza o termo Sociedade Informacional para se referir ao novo paradigma do capitalismo atual permeado pelas tecnologias da informação e da comunicação (TICs) com base na microeletrônica.

internacionalmente, acabam tendo que comprar tecnologia estrangeira protegida por direitos de propriedade industrial.

Portanto, países menos industrializados como o Brasil precisam pensar em um sistema que rompa com a lógica do mercado, centrado no fortalecimento do instituto da patente, e que os insira de forma mais igualitária no mercado global para aumentar suas possibilidades de competir com as tecnologias estrangeiras.

Dessa forma, por meio de uma pesquisa de caráter exploratório baseada em estudo bibliográfico, este artigo trata, de início, da mudança de paradigma que caracteriza a Sociedade Informacional, para, em seguida, contextualizar o surgimento do acordo TRIPS e da Lei 9279/96 e a sua inadequação em relação ao contexto do desenvolvimento tecnológico brasileiro. O próximo item trata do Projeto de Código Orgânico da Sociedade do Conhecimento do Equador, de René Ramírez Gallegos, que busca romper com a lógica do patenteamento indiscriminado, propondo um novo modelo de atuação no mercado global. A seguir, são apresentadas algumas diretrizes do Livro Verde[2], elaborado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia do Brasil, em 2000, que constituiu uma tentativa de adequação de políticas ao paradigma da Sociedade Informacional e que não foi implementado. Por fim, serão apresentados dados que fortalecem a argumentação pela mudança de atuação do país no mercado global, em relação ao Sistema Internacional de Propriedade Industrial.

2. A SOCIEDADE INFORMACIONAL

Na transição do capitalismo industrial para o capitalismo cognitivo, as capacidades intelectuais passam a ser o principal recurso econômico da sociedade. A informação e o conhecimento se tornaram insumos para a produção de bens e serviços em nível global.

2 O Livro Verde é um documento publicado em 2000 pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, contendo as metas de implementação do Programa Sociedade da Informação com diretrizes para a incluir a tecnologia da informação nos órgãos politicoinstitucionais brasileiros. O documento foi elaborado pelo Grupo de Implantação do Programa, composto por representantes do MCT, da iniciativa privada e do setor acadêmico, sob a coordenação de Tadao Takahashi.

Com o acirramento do avanço das tecnologias da informação e da comunicação (TICs) baseadas na microeletrônica, a partir de 1970, o volume de informações é ampliado em escala exponencial, de tal forma que o próprio homem se torna um meio para a geração do conhecimento e objeto de experiências científicas, como por exemplo no caso da biotecnologia e da engenharia genética.

Castells (2000, p.6) utiliza o termo informacionalismo, de onde vem o conceito de Sociedade Informacional, para tratar desse novo paradigma tecnológico proporcionado pelo desenvolvimento da microeletrônica. Este novo paradigma exige um novo conjunto de valores que o sustente, diferente daquele sobre o qual se fundamentou a sociedade no capitalismo industrial e que ainda está vigente, incentivado pelos agentes interessados em mantê-lo, em um mundo permeado pela lógica da inclusão/exclusão.

Nessa linha de pensamento, Jonas (2006) propõe uma nova ética para a civilização tecnológica, já que a ética tradicional se tornou obsoleta ou ineficaz neste estágio do capitalismo. Este autor trata do Princípio Responsabilidade que deve fundamentar regras éticas que contemplem a precaução e a prudência nas decisões e nos valores que informam as novas tecnologias de forma a proteger as gerações futuras.

Da mesma forma, Castells (2000, p.5) afirma que os valores do paradigma atual devem levar em consideração formas de organização social diferentes dos modelos constituídos na Europa Ocidental e nos EUA, que concebam outros arranjos técnicos, culturais, econômicos e políticos mais condizentes com as transformações do capitalismo cognitivo e que promovam a inclusão e o desenvolvimento de países periféricos. Dessa forma, este autor propõe o conceito de Sociedade em Rede, cujas formas de organização social em torno da produção, consumo, reprodução e experiência estão baseadas em redes abastecidas pelas TICs da microeletrônica. Segundo o autor, o conceito de rede permite arranjos sociais descentralizados e pautados pela flexibilidade, adaptabilidade e capacidade de autorreconfiguração, além de uma abordagem colaborativa entre os diversos agentes econômicos envolvidos.

Feenberg (2002, p. 22), tendo em vista que as tecnologias não podem ser dissociadas do contexto socioeconômico e cultural em que são produzidas, propõe a construção de regulações, produtos, processos, políticas na sociedade atual a partir de uma perspectiva holística que incorpore e harmonize outras variáveis como, por exemplo, sustentabilidade, igualdade social, acesso ao conhecimento e cooperação entre os agentes sociais.

Essa perspectiva é especialmente importante para a atuação dos países em desenvolvimento, como o Brasil, no mercado global em que se configuram relações de hierarquia baseadas no poder econômico. Dessa forma, é possível pensar em uma reconfiguração da dinâmica estabelecida sob o paradigma da Sociedade Informacional que leve em conta políticas e estratégicas voltadas para a inclusão dos países periféricos no comércio internacional de forma mais igualitária, contemplando o acesso ao conhecimento e a revalorização das especificidades locais.

3. ACESSO AO CONHECIMENTO O SISTEMA INTERNACIONAL DE PATENTES

Sendo o conhecimento fundamental para a geração de inovação, as empresas obedecem ainda à lógica do capitalismo industrial e buscam diferenciar-se no mercado global por meio da apropriabilidade privada deste conhecimento, com a utilização indiscriminada e irracional do instituto da patente.

Há estudos, no entanto, que apontam que a relação entre sistema de propriedade intelectual forte e aumento da inovação, ou aumento do investimento em pesquisa e desenvolvimento, não ocorre, ou mesmo influi negativamente nestes índices (STIGLITZ, 2014). Segundo Stiglitz (2014, p.2), existem muitas outras formas de apropriação dos investimentos em pesquisa e, portanto, o benefício do sistema de propriedade intelectual forte é menor do que aparenta em muitos setores industriais. Isso porque, com o exercício de direitos de propriedade intelectual, diminui a disponibilidade de conhecimento para outros, ao mesmo tempo em que

cada invenção que não é patenteada pode contribuir para o conjunto de ideias que outros possam desenvolver. Dessa forma, este autor reconhece que a relação entre direitos de propriedade intelectual e inovação depende das regras do regime de patentes que determinam o que pode ser patenteado, a amplitude e os padrões de patenteamento, como as patentes são impostas, e assim por diante.

O sistema internacional de patentes atual, cuja origem data do início do século XIX, a partir dos desdobramentos da Revolução Industrial e da consolidação das teorias sobre o Estado liberal na Europa, baseou-se na necessidade dos países mais industrializados de criar normas que possibilitassem o lucro com a transferência de tecnologia e a imigração de inventores para seus territórios. No contexto da reorganização das forças produtivas em torno do capital industrial, a inovação tecnológica estava diretamente ligada ao poder e ao desenvolvimento econômico.

A criação da CUP, Convenção da União de Paris, em 1883, foi uma iniciativa dos países detentores de tecnologia, que não queriam revelar ao mundo as inovações desenvolvidas, sem uma garantia legal de que outros países não pudessem copiá-las e obter as mesmas vantagens relativas ao lugar de poder que exerciam no comércio internacional. Antes da CUP já existiam legislações nacionais quanto à propriedade industrial, mas não princípios comuns que deveriam ser respeitados por todos os signatários como a prioridade unionista, o tratamento nacional e a territorialidade. Originariamente, houve a assinatura de quatorze países, inclusive do Brasil. Este processo de estabelecimento de um Sistema de Propriedade Industrial em âmbito internacional ainda possibilitava liberdade legislativa aos países signatários desde que seguissem os princípios mencionados.

Ao longo do século XX, e especialmente no final, com o comércio globalizado, os EUA vinham tentando expandir a proteção à propriedade intelectual, transferindo a discussão para o *General Agreement on Tariffs and Trade (*GATT), no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), enquanto países como Brasil e Índia queriam mantê-la no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). O fato é que foi aprovado o TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property*

Rights), um acordo com o objetivo rígido de reforçar os mecanismos de proteção dos bens intelectuais, contraditoriamente no âmbito de um Acordo que previa a derrubada das barreiras alfandegárias, dos subsídios em prol do livre comércio (GATT).

O TRIPS previu uma série de regras mandatórias com vistas a padronizar as legislações nacionais, prescrevendo a extensão do sistema de patentes a todos os setores industriais e reiterando o fortalecimento do sistema de patentes em âmbito global.

Ocorre que este sistema não favorece países em desenvolvimento como o Brasil e outros países da América Latina, já que está baseado na lógica da apropriabilidade privada do conhecimento. Ou seja, este sistema favorece aos países que já detêm um ambiente politicoinstitucional propício a gerar tecnologias de ponta que possam ser distribuídas no mundo inteiro, ou seja, os países desenvolvidos.

Nota-se que a dinâmica do comércio internacional prega a livre circulação dos bens e dos serviços por meio dos tratados de livre comércio, mas coloca restrições à circulação dos conhecimentos. Claro que a propriedade industrial é apenas um dos fatores influentes no comércio internacional, mas pode afetar decisivamente a forma como o conhecimento se dissemina entre os países e regiões, apresentando consequências em relação à distribuição do poder econômico entre os países.

Pode-se constatar na prática os efeitos destas normas. No Brasil, dados do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, conforme a Tabela 1, sobre os registros de contratos de transferência de tecnologia referentes à importação, apontam que a maioria dos contratos registrados se referem a serviços de assistência técnica, que estão ligados à manutenção e/ou treinamento referentes a uma determinada tecnologia embutida em máquinas e equipamentos. Isso indica que não há a transferência da tecnologia em si (patentes, desenhos industriais, por exemplo) em que o licenciado teria acesso ao próprio conhecimento embutido nos produtos e processos e poderia assimilá-lo mediante processos de aprendizagem, já que o conhecimento permanece com a empresa exportadora que realiza a assistência técnica.

Tabela 1 - Registros de Contratos por Categoria de Natureza Importação 2005-2012

Categorias	Ano							
	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Exploração de Patentes e desenho industrial	16	12	11	14	17	9	15	13
Franquia	32	33	23	28	46	50	55	93
Fornecimento de Tecnologia	102	70	94	74	99	89	111	98
Serviço de Assistência Técnica	668	768	707	661	668	628	712	796
Uso de Marcas	70	56	71	70	84	69	79	109
Mistas[1]	41	26	23	35	41	51	45	29
Total	929	965	929	882	955	896	1017	1138

Fonte: INPI, Assessoria de Assuntos Econômicos, BADEPI v2.0, dados extraídos em dezembro/2013.

Nota: [1] Contratos com + de 1 categoria contratual.

O desafio que se coloca então para os países em desenvolvimento como o Brasil é implantar políticas públicas que estejam alinhadas com as suas necessidades e características territoriais, econômicas, culturais e sociais, dentre as quais se inclui um modelo próprio de atuação frente ao Sistema Internacional de Propriedade Industrial, de forma a obter um posicionamento mais adequado às suas possibilidades no comércio internacional e que, ao mesmo tempo, possa inseri-los na dinâmica global de forma mais igualitária em relação aos países mais industrializados.

4. A INADEQUAÇÃO DA LEI 9279/96 PARA O CONTEXTO BRASILEIRO

O Brasil ratificou o Acordo TRIPS por meio do Decreto 1.355 de 1994 e promulgou, em 1996, a Lei 9.279/96, Lei de Propriedade Industrial Brasileira (LPI), sendo que teria o prazo estendido até 2000 para se adequar ao tratado, já que enquadrado como país em desenvolvimento. Poderia inclusive ter lutado pelo prazo de 10 anos, ou seja, até 2005, como era o caso da Índia, pois a lei brasileira na época não previa a possibilidade de patente para processos e produtos farmacêuticos.

A LPI traz as mesmas discussões do TRIPS para o contexto brasileiro, ou seja, por ser baseada na apropriabilidade privada do conhecimento, reitera o desequilíbrio entre o direito de exclusividade e os direitos de concorrência, de acesso à informação e ao conhecimento e seus corolários que são os princípios democrático e da igualdade.

Além das diretrizes do TRIPS, o legislador brasileiro prescreveu regras específicas na sua lei nacional de propriedade industrial de vantagem duvidosa para o país. Por exemplo, como se não bastasse o longo período de vigência de uma patente, 20 anos para invenção e 15 para modelo de utilidade, a LPI tornou-o mais extenso por meio da prescrição de tempo mínimo de concessão de patente, caso o exame de mérito demore a ocorrer. Segundo o art. 40, parágrafo único da LPI:

> Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.
>
> Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

O prazo longo de vigência da patente também se torna um problema quando o conhecimento nela contido não pode ser utilizado

sem autorização do proprietário, restringindo sua circulação, ao final do qual a tecnologia já se encontra obsoleta em muitos casos.

Outro exemplo: quando a LPI parecia estar mais adequada aos interesses brasileiros como no caso do art. 68, § 1º., I[3]que trata da licença compulsória quando não haja a exploração do objeto da patente em território brasileiro, este instrumento não tem sido aplicado de forma generalizada na prática.

Em 2013, o Projeto de Lei 5.402 de 2013 tentou reverter esta situação instituindo o uso público não comercial da patente no seu art. 43-A para fins de interesse público, inclusive os de defesa nacional e interesse social[4]. Porém, estes e outros dispositivos vantajosos para o

3 Art. 68 (...)

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação;

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

4 Art. 43-A. O Poder Público, mediante Portaria do Ministro de Estado interessado, poderá fazer uso público não comercial do objeto de patentes ou pedidos de patentes, sem o consentimento ou a autorização do titular da patente ou do pedido da patente, diretamente ou mediante contratação ou autorização a terceiros, para fins de interesse público, inclusive os de defesa nacional e interesse social.

§ 1º Se a invenção for um processo, o uso público não comercial da patente ou do pedido de patente abarcará o uso em relação a qualquer produto que possa ser obtido pelo processo que constitui objeto tutelado pela patente ou pelo pedido de patente.

§ 2º O Poder Público notificará o titular da patente ou do pedido de patente quando fizer uso público não comercial;

§ 3º O uso público não comercial atenderá as seguintes condicionantes:

I – não impedirá o pleno exercício dos demais direitos do titular da patente ou do pedido de patente;

II – será não exclusivo, não se admitindo sublicenciamento;

III – será feito exclusivamente para atender aos objetivos da Portaria que autorizou o uso, ficando vedada qualquer outra utilização que, não fosse pelo uso público não comercial, importasse em violação do Art. 42 desta Lei;

§ 4º A remuneração pelo uso público não comercial, que será fixada pelo Poder Público segundo as circunstâncias de cada uso, levará em conta o percentual que poderia ser costumeiramente

Brasil não avançaram no Congresso, ressaltando que não se trata apenas de mudança legislativa, mas sim de uma mudança dos valores envolvidos no processo de geração do conhecimento e no sistema de apropriabilidade dos bens intelectuais.

5. NOVAS PROPOSTAS DE ATUAÇÃO EM RELAÇÃO À APROPRIABILIDADE DO CONHECIMENTO – O CASO DO EQUADOR

Diante da necessidade de mudança dos valores sobre os quais está baseado o sistema de apropriabilidade do conhecimento no paradigma atual, o Equador é um exemplo de país cujas lideranças políticas estão trabalhando para desenvolver um sistema de propriedade intelectual que esteja de acordo com as suas especificidades locais.

Renée Ramirez Gallegos, atual Secretário de Educação Superior, Ciência, Tecnologia e Inovação do Equador e Presidente do Conselho de Educação Superior do Equador, é responsável pelo projeto sobre gestão do conhecimento para este país conhecido como Código Ingenios. Ele propõe uma mudança da matriz produtiva com fundamento na democracia, na igualdade, no acesso à informação, na colaboração, na sustentabilidade, na inovação, em contraposição ao conhecimento privado, ao monopólio e ao uso desenfreado e irracional dos recursos naturais (GALLEGOS, 2014, p. 13). Para este autor, seria um sistema econômico baseado no conhecimento mas que busca recuperar o sentido do público e do comum,

fixado em uma licença voluntária entre partes independentes, aplicado sobre o custo para o Poder Público decorrente do uso do objeto da patente ou do pedido de patente e ponderado pela colaboração prestada pelo titular na transferência de tecnologia de fabricação ou emprego;

§ 5º No caso de pedidos de patente, o valor da remuneração será depositado judicialmente até a concessão da patente;

§ 6º Ao Poder Judiciário é vedado, no caso do uso público não comercial, decidir se se verificam ou não os fins de interesse público;

§ 7º O uso público não comercial não será suspenso, limitado ou interrompido em função de contestação judicial da remuneração fixada.

um sistema cognitivo mais aberto, livre e que garanta a sustentabilidade e a preservação do sistema por parte das pessoas, para além do Estado.

Tendo em vista que a biodiversidade é a maior riqueza do Equador, assim como no Brasil, mas é negligenciada, o autor propõe ainda unir esforços regionais para pensar novas formas de extrair novas pesquisas e oportunidades no âmbito latino-americano. O objetivo é incentivar a circulação e a transferência nacional e regional dos conhecimentos e tecnologias disponíveis, por meio da conformação de redes de inovação social, que possam contribuir para integração dos países do sul. Além disso, procura-se recuperar a natureza e as culturas como patrimônio, reforçando que são propriedades da sociedade e do Estado e não podem ser patenteadas por ninguém. Este patrimônio não pode ser privatizado, pois a diversidade é a principal vantagem comparativa do país (GALLEGOS, 2014, p.57).

E nesse modelo, o sistema internacional da propriedade intelectual baseado no TRIPS é visto como uma exceção ao domínio público, pois na economia social do conhecimento, segundo o autor, o que se busca é que o conhecimento garanta os direitos humanos como a saúde e a educação. Na economia social do conhecimento se busca um conhecimento construído de forma colaborativa e cooperativamente (rede), com foco na diversidade das economias. Gallegos (2014, p.52) ressalta o sistema de propriedade intelectual deve buscar o reconhecimento de uma pluralidade de propriedades intelectuais, pública, privada e coletiva, e que os benefícios sejam distribuídos socialmente[5].

Enfim, a pesquisa e a inovação de uma sociedade deverão satisfazer as necessidades de sua população e o desenvolvimento de suas competências e recursos nacionais.

Essa linha de pensamento deve ser aprofundada no Brasil, que possui características similares em relação ao Equador, dentre elas a questão

5 Bens de interesse público para a satisfação de direitos e necessidades básicas teriam acesso aberto, a biodiversidade e conhecimentos tradicionais teria um sistema de proteção sui generis, bens dos setores estratégicos poderão ser declarados de interesse público e de obter informações as pesquisas não protegidas realizadas no equador, e bens de mercado serão regidos por um sistema de propriedade intelectual forte.

da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais, e principalmente a mesma relação de subordinação em relação aos países desenvolvidos.

Estas premissas do projeto equatoriano vão ao encontro da tendência de revalorização das especificidades locais em torno do conceito de territorialidades. Como Albagli (2004, pp.64-65) escreve, as territorialidades consistem nas relações originadas da interação entre sociedade, espaço e tempo, compreendendo as suas dimensões físico-naturais (recursos naturais), político institucionais (mobilização dos agentes locais), culturais (simbólicas) e econômicas (técnicas, normas, estrutura produtiva local). Segundo esta autora, devem-se identificar unidades territoriais pertinentes (locais, países, regiões) que possuam características que configurem especificidades e exclusividades, potencializar a geração do conhecimento sobre o território, promover as sociabilidades mobilizando uma ação coletiva e dos atores específicos, além de reconhecer e valorizar as territorialidades para o desenvolvimento local sustentável.

Essa abordagem da territorialidade, aliada à perspectiva de Gallegos, podem ser a solução para possibilitar a inserção do Brasil de forma mais equilibrada no cenário econômico internacional.

6. A APROXIMAÇÃO DO GOVERNO BRASILEIRO – O LIVRO VERDE

No Brasil, em 2000, desenhou-se uma proposta na linha do projeto do Equador consubstanciada no Livro Verde do Ministério da Ciência e Tecnologia do Brasil. O capítulo 7 que trata de P&D, tecnologias-chave e aplicações, propõe objetivos estratégicos mais favoráveis à inovação tecnológica e à sua utilização no setor industrial, incluindo:

> i. visão geral sobre necessidades e oportunidades tecnológicas para o País;
>
> ii. articulação de mecanismos de cooperação entre empresas e instituições de P&D que favoreçam a busca dessa visão;

> iii. formulação e alavancagem de projetos concretos em temas e áreas cuidadosamente selecionadas para colocar em operação os mecanismos concebidos (TAKAHASHI, 2000, p.83).

Para atingir estes objetivos o programa propôs uma série de diretrizes, dentre elas (TAKAHASHI, 2000, p.93):

- estabelecer modelos de consórcios de P&D entre empresas universidades, ICTs públicas e privadas;

- desenvolver políticas de propriedade intelectual e transferência de tecnologia de produtos resultantes de projetos financiados por órgãos de fomento;

- identificar oportunidades e criar consórcios para o desenvolvimento de aplicações de inovações sociais com base em tecnologias emergentes;

- estabelecer tecnologias-chave em tecnologias de informação e comunicação e consolidar metodologia para amplo uso;

- ampliar a base de pesquisa instalada nas universidades, priorizando oportunidades no plano científico, relacionadas às tecnologias-chave;

- fomentar projetos multidisciplinares para a orientação do desenvolvimento da infraestrutura nacional que demandem o emprego de redes eletrônicas.

Seria interessante ainda estimular no âmbito de um programa futuro semelhante ou mesmo na retomada deste, as questões do livre acesso ao conhecimento e do desenvolvimento das potencialidades locais. Por exemplo, são pouco utilizadas e conhecidas no Brasil pela comunidade industrial as bases de dados de patentes, que possibilitam o acesso a tecnologias em domínio público e que poderiam ser usadas livremente pelas empresas brasileiras para desenvolver novos produtos e serviços ou como aprendizado para maiores saltos tecnológicos a curto e médio prazos.

7. O RESULTADO DA APLICAÇÃO DO SISTEMA ATUAL EM TERMOS DE PATENTES NO BRASIL

Os resultados da submissão ao sistema atual de propriedade industrial da OMC demonstram que não houve avanço em termos de

apropriabilidade das tecnologias para o Brasil, considerando, conforme a lógica do TRIPS, que as patentes são indicadores de desenvolvimento ou de inovação.

> Nos últimos treze anos foram concedidas, em média, aproximadamente 3500 patentes por ano no Brasil sendo que, a cada concessão feita a residentes no país, 4,2 são concedidas a não-residentes. Neste mesmo período, o número de concessões a residentes está estacionado na casa de 600 por ano. Estas estatísticas estão registradas no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI, autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, responsável pela gestão das concessões de marcas e patentes e garantias dos direitos à propriedade intelectual (AMCHAM, 2013).

Ou seja, os maiores depositantes ainda estão concentrados no hemisfério norte. O problema se agrava se for considerado que muitas dessas patentes dos países mais desenvolvidos incorporam os insumos ou recursos dos países em desenvolvimento, especialmente da biodiversidade. As patentes depositadas no período de 2007 a 2011 somam 121 mil. Quase um terço desse total está registrado em nome de residentes nos EUA. Os brasileiros vêm em segundo lugar com menos de 20% do total, seguidos por 10% da Alemanha e 7% do Japão (AMCHAM, 2013).

Mesmo em relaçao às patentes depositadas por residentes no Brasil, deve-se notar que os principais depositantes além das universidades, são empresas filiais de multinacionais estabelecidas no Brasil.

Ocorre que, no Brasil, 99% dos estabelecimentos das empresas são de micro e pequeno portes e estas representam grande parte da economia do país: 27% do PIB, 52% dos empregos de carteira assinada, 40% dos salários pagos (SEBRAE, 2014) e uma porcentagem muito pequena chega a gerar invenção patenteável. Para o desenvolvimento econômico do Brasil, o sistema de patentes é nefasto, sem contar que são raros os programas que têm como objetivo novas formas de interações entre grandes, médias e pequenas empresas na perspectiva da colaboração, do compartilhamento de informação, da atuação em rede. Como afirma Castells (2000, p. 28):

> This is not a network of enterprises. It is a network made from either firms or segments of firms, and/or from the internal segmentation of firms. Thus, large corporations are internally decentralized as networks. Small and medium businesses are connected in networks, thus ensuring the critical mass of their contribution, while keeping their main asset: their flexibility. Small and medium business networks are often ancillary to large corporations, in most cases to several of them, except in the Japanese keiretsu and Korean chaebol. Large corporations, and their subsidiary networks, usually form networks of cooperation, called, in business parlance, strategic alliances or partnerships. But these alliances are rarely permanent cooperative structures. This is not a process of oligopolistic cartelization. These complex networks link up specific business projects, and reconfigure their cooperation in different networks with each new project.

As empresas não constituem um ambiente independente da sociedade, pois elas são arranjos sociais sujeitas às conformações culturais, históricas, políticas e tecnológicas de um país ou região. DEL ARCO (2004, p.67) entende as empresas como espaços formativos da sociedade informacional: circulação de bens, pessoas e conhecimento. As empresas formam os mercados e fazem parte de uma territorialidade, além de serem espaços de socialização, geração e difusão do conhecimento e aprendizado.

Segundo este autor, a empresa assim como outras instituições sociais:

> ampliam a base social do conhecimento e fazem possível que o ciclo da inovação tecnológica possa ser socialmente interiorizado, apropriado e reutilizado de formas não óbvias e predeterminadas, ampliando desse modo seu alcance inicial até alcançar o conjunto da sociedade.

A internet confere às empresas um espaço integrador de tecnologias que possibilitam a atuação em rede de maneira horizontal permitindo o fluxo de conhecimento tácito e codificado, de capital intelectual, processos de centralização da gestão do conhecimento, vigilância e inteligência tecnológica (DEL ARCO, 2004, p. 67).

Por isso, fortalecer as empresas, especialmente as de micro e pequeno portes, significa fortalecer a base economicoprodutiva do país que precisa

ser pensada a partir do livre acesso ao conhecimento, realizado de forma colaborativa com as demais instituições do sistema de inovação local, inclusive, pensando na utilização de bancos de patentes em domínio público para o Brasil, de forma a desenvolver as relações da Sociedade em Rede preconizadas por Castells (2000).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paradigma da Sociedade Informacional exige novas soluções para os desafios por ela impostos e uma reconfiguração dos valores que devem ser inseridos nas políticas e estratégias relativas à apropriabilidade do conhecimento para o Brasil e para outros países em desenvolvimento.

Como afirmam Cimoli *et al.* (2014, p. 510), os direitos de propriedade intelectual são um meio para conceber economias mais prósperas com mais elevados padrões de vida, e assim os países em desenvolvimento deveriam levar em consideração a adequação do regime de propriedade intelectual às suas características, aos seus padrões de produtividade e competitividade, para que promovam a prosperidade e o bem estar dos seus cidadãos.

Conclui-se que há alternativas viáveis em relação ao Sistema Internacional de Propriedade Industrial, como propõe o modelo equatoriano acima apresentado, além de uma extensa base teórica sobre o tema, que contemplam uma nova base valorativa para lidar com os desafios do paradigma atual. Nesse contexto, deve-se ressaltar, especialmente para o Brasil, o papel das empresas de micro e pequeno portes neste processo, além da necessária atuação em rede, em conjunto com os demais agentes sociais participantes do sistema de inovação nacional: instituições governamentais e institutos de ensino e pesquisa, dentre outros.

Dessa forma, a análise das questões críticas do Sistema Internacional de Propriedade Industrial, que levam à desigualdade no comércio internacional entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, além do estudo e da implementação de políticas públicas no sentido de estimular o acesso ao conhecimento, a inovação colaborativa, a sustentabilidade, e

que potencializem as especificidades locais e regionais, devem nortear os diversos agentes sociais brasileiros na estruturação de políticas públicas de forma a reverter a situação de dependência Norte-Sul em âmbito global.

REFERÊNCIAS

ALBAGLI, Sarita. Território e Territorialidades. In: **Território em Movimento:** cultura e identidade como estratégia de inserção competitiva. Relume Dumará / Brasília, DF : SEBRAE, 2004, p. 25-69. Disponível em: http://inspirebr.com.br/uploads/midiateca/d64c55dfd943251ede2b6330035a5994.pdf. Acesso em: 01 ago. 2016.

AMERICAN CHAMBER OF COMMERCE FOR BRAZIL - AMCHAM. Residentes no Brasil têm menos patentes que estrangeiros. 14 nov 2013. Disponível em: http://www.amcham.com.br/geral/noticias/residentes-no-brasil-tem-menos-patentes-que-estrangeiros-8573.html Acesso em: 01 out 2016.

CASTELLS, M.. **The rise of the network society:** the information age: economy, society and culture. 2.ed. Oxford: Blackwell, v.1., 2000.

CIMOLI *et al.* **The Role of Intellectual Property Rights in Developing Countries.** Oxford: Oxford Scholarship Online, 2014.

DEL ARCO, Javier. É**tica para la sociedad em red.** Madrid: Dykinson, 2004

FEENBERG, A. **Transforming Technology**. New York: Oxford University Press, 2002.

GALLEGOS, R. R. **La virtud de los comunes:** de los paraísos fiscales al paraíso de los conocimientos abiertos. Quito: Abya Yala, 2014.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade:** ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2006.

BRASIL Lei n° 9279/96 de 14 de maio de 1996. Lei de Propriedade Industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm Acesso em 02 out de 2016.

BRASIL. Projeto de Lei n. 5042 de 18 de abril de 2013. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1090597.pdf Acesso em: 01 out 2016.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – SEBRAE. **Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira**. Jul/2014. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf Acesso em: 01 out 2016.

STIGLITZ, Joseph E. **Intelectual property rights, the pool of knowledge.** Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2014. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w20014>. Acesso em: 28 set. 2015

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), 2000

PROPRIEDADE INTELECTUAL NO SETOR DE DEFESA: UMA ANÁLISE DO DEPÓSITO DE PATENTES POR EMPRESAS ESTRATÉGICAS DE DEFESA

Autor: Lenilton Duran Pinto Corrêa.
Instituição: Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar, por meio de informação tecnológica disponível em bancos de dados públicos de escritórios de patentes, o atual estágio de gestão do processo de geração de inovações e proteção de ativos de propriedade intelectual em organizações empresariais, recentemente classificadas pelo Poder Público como Empresas Estratégicas de Defesa (EED). Para tanto, inicialmente contextualiza a importância dot tema ao realizar breves considerações sobre a Política Nacional de Defesa (PND), a Estratégia Nacional de Defesa (END), o Livro Branco de Defesa Nacional (LDBN) e outras políticas públicas correlatas. Em seguida, aborda a figura da Empresa Estratégica de Defesa (EED) por meio dos conceitos presentes nas normas especiais para as compras, contratações e desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa, políticas públicas inseridas no ordenamento jurídico através da Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012, regulamentada pelos Decretos nº 7.970, de 28 de março de 2013 e nº 8.122, de 2013, de 16 de outubro de 2013. Por fim, apresenta os resultados quantitativos do depósito de patentes das EED, extraídos com auxílio do *software* de buscas *Thonsom Innovation*. Da análise dos dados obtidos, concluiu-se que o depósito de patentes do universo considerado ainda é baixo. Adicionalmente, constatou-se a necessidade de realização de estudos complementares mais aprofundados com o uso de outros indicadores de Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I).

Palavras-chave: Patentes. Empresas Estratégicas de Defesa (EED). Brasil.

1. INTRODUÇÃO

A edição da primeira "Política de Defesa Nacional", no ano de 1996, e a consequente criação, também relativamente recente, do Ministério da Defesa (MD), em 1999, n**o governo do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, constituem os** marcos iniciais para o amadurecimento de políticas públicas sobre a gestão da propriedade intelectual e inovação no setor de Defesa Nacional (CORRÊA e BONDARCZUK, 2015).

No governo seguinte do Presidente Luis Inácio da Silva (Lula), foi aprovada, em 2005, a segunda "P**olítica de Defesa Nacional" tomando por base o texto elaborado em 1996 pelo Governo FHC. Ainda na gestão do Governo Lula, também foi elaborada a primeira** edição da Estratégia Nacional de Defesa (END), no ano de 2008 (DAGNINO, 2010).

Outro momento histórico importante foi o surgimento de publicação inédita no setor de defesa brasileiro, na gestão da Presidente Dilma Rousseff: o Livro Branco de Defesa Nacional (LBDN). Na mensagem de apresentação do LBDN, a então Presidente Dilma salientou que o LBDN constitui um "marco de transparência nos assuntos de defesa" sendo indispensável o engajamento civil para a construção de um Brasil soberano e democrático, acrescentando, ainda, que

> O Livro Branco de Defesa Nacional é um convite à reflexão e ao diálogo. Sua leitura indicará, sobretudo, que Defesa e Democracia formam um círculo virtuoso no novo Brasil que estamos construindo. Ao possibilitar um acompanhamento amplo e minucioso da Política de Defesa pela população, esta iniciativa contribui para o amadurecimento da reflexão pública sobre o papel indispensável da Defesa no Brasil do presente e do futuro. (BRASIL, 2013c)

Destarte, o atual arcabouço do setor de Defesa é formado, fundamentalmente, pelas atuais versões da Política Nacional de Defesa (PND), da Estratégia Nacional de Defesa (END) e pelo Livro Branco de Defesa Nacional (LBDN), os quais foram publicados de forma conjunta em 2013 (BRASIL, 2013c).

Cabe observar, entretanto, que tais políticas setoriais em Defesa Nacional não podem ser vistas de forma estanque, uma vez que há forte interação com outras políticas públicas, tais como as Políticas de Desenvolvimento Produtivo (PDP), o Plano Brasil Maior, sucedâneo das PDP I e II, e a Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (ENCTI).

Em adição, há as medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do país estabelecidas pela **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 (**"Lei de Inovação").

Por força deste diploma legal, as Forças Armadas recentemente estruturaram os seus Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT) com o objetivo de gerir o processo de inovação em suas Instituições Científicas e Tecnológicas (ICT), assim como a respectiva proteção por meio de direitos de propriedade intelectual.

Por fim, além de todo este regramento ora exposto, pertencem ao referido arcabouço de Defesa Nacional as normas especiais para as compras, contratações e desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa, políticas públicas inseridas no ordenamento jurídico através da Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012, regulamentada pelos Decretos nº 7.970, de 28 de março de 2013 e nº 8.122, de 2013, de 16 de outubro de 2013.

A Lei nº 12.598/2012 e o Decreto nº 7.970/2013 introduziram no ordenamento jurídico brasileiro alguns conceitos como o de produto de defesa (PRODE), produto estratégico de defesa (PED), sistema de defesa (SD) [1] e, ainda, a figura da empresa estratégica de defesa (EED), a qual será mais bem detalhada na seção a ela dedicada no presente trabalho.

1 Lei 12.598/12, art. 2º: "Para os efeitos desta Lei, são considerados: I - Produto de Defesa - PRODE: todo bem, serviço, obra ou informação, inclusive armamentos, munições, meios de transporte e de comunicações, fardamentos e materiais de uso individual e coletivo utilizados nas atividades finalísticas de defesa, com exceção daqueles de uso administrativo; II - Produto Estratégico de Defesa - PED - todo Prode que, pelo conteúdo tecnológico, pela dificuldade de obtenção ou pela imprescindibilidade, seja de interesse estratégico para a defesa nacional, tais como: a) recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais; b) serviços técnicos especializados na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico; c) equipamentos e serviços técnicos especializados para as áreas de informação e de inteligência; III - Sistema de Defesa - SD - conjunto inter-relacionado ou interativo de Prode que atenda a uma finalidade específica".

Sobre a EED, alguns mecanismos jurídicos diferenciados também foram instituídos, tais como o Termo de Licitação Especial (TLE) e um regime especial de tributação denominado de "Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa" (RETID), o qual fora previsto nos artigos 7º a 11 da Lei nº 12.598/2012 e posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 8.122/2013.

De ver-se, portanto, que o tema se reveste de especial importância, uma vez que visa tratar de aspectos inerentes à propriedade intelectual e gestão da inovação em um setor sensível e considerado como prioritário para o desenvolvimento nacional por algumas das políticas públicas mais contemporâneas.

Neste contexto, o presente artigo visa analisar, por meio de informação tecnológica disponível em bancos de dados públicos de diversos escritórios de patentes, o atual estágio de gestão do processo de inovação e gestão de ativos de propriedade intelectual em organizações empresariais, recentemente classificadas, pelo Poder Público, como Empresas Estratégicas de Defesa.

Para tanto, o presente trabalho encontra-se baseado em pesquisa bibliográfica e documental, a qual, para sua consecução, teve por método a seleção e revisão integrativa da literatura sobre o tema encontrada na legislação federal, em livros, periódicos e artigos científicos, além de outros meios, tais como mídia eletrônica e documentos ostensivos disponibilizados no sítio eletrônico do Ministério da Defesa.

O método abrangeu, ainda, a análise de informação tecnológica disponível em diversos bancos de dados públicos, tais como a base de dados de patentes do INPI, segundo os depósitos de patentes efetuados pelas EED, os quais foram levantados por meio do *software* Thonsom Innovation, da empresa Thonsom Reuters.

Desta forma, este trabalho encontra-se subdivido em quatro seções, além desta introdução. Na primeira seção, com o objetivo de contextualizar o tema, são abordadas, em breve síntese, a Política Nacional de Defesa (PND), a Estratégia Nacional de Defesa (END), o Livro Branco de Defesa Nacional (LDBN) e outras políticas públicas correlatas e, ainda, a consequente estruturação dos Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT) das Forças Armadas.

A segunda seção aborda a figura da Empresa Estratégica de Defesa por meio dos conceitos presentes nas normas especiais para as compras, contratações e desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa, políticas públicas inseridas no ordenamento jurídico através da Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012, regulamentada pelos Decretos nº 7.970, de 28 de março de 2013 e nº 8.122, de 2013, de 16 de outubro de 2013.

A terceira seção, por seu turno, apresenta os resultados quantitativos do depósito de patentes das EED, extraídos com auxílio do *software* de busca *Thonsom Innovation*.

Por fim, face aos resultados obtidos, concluiu-se que o depósito de patentes do universo considerado ainda é baixo. Adicionalmente, constatou-se a necessidade de realização de estudos complementares mais aprofundados com o uso de outros indicadores de Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I).

É oportuno salientar que não há a menor pretensão de esgotar o assunto. Ao contrário, o presente estudo visa suscitar o debate e incentivar a produção de outras pesquisas sobre o tema.

2. PROPRIEDADE INTELECTUAL NO SETOR DE DEFESA

No ano de 2013, o Congresso Nacional aprovou três documentos basilares para o setor de Defesa Nacional: a Política Nacional de Defesa (PND); a Estratégia Nacional de Defesa (END) e; o Livro Branco de Defesa Nacional. Em linhas gerais, A PND fixa os objetivos da Defesa Nacional e orienta o Estado sobre o que fazer para alcançá-los, ao passo que a END estabelece como fazer o que foi preconizado pela Política (BRASIL, 2013c). De outro lado, o Livro Branco de Defesa Nacional, conforme previsto no art. 9º, § 2º , da LC 97/99, é o documento destinado a conter os dados estratégicos, orçamentários, institucionais e materiais detalhados sobre as Forças Armadas (BRASIL,1999).

A PND, documento condicionante de mais alto nível do planejamento de ações destinadas à defesa nacional, salienta que a defesa do País deve caminhar inseparavelmente de seu desenvolvimento, "fornecendo-lhe o indispensável escudo**".**

Segundo a PND, a Defesa Nacional "**É o conjunto de medidas e** ações do Estado, com ênfase no campo militar, para a defesa do território, da soberania e dos interesses nacionais contra ameaças preponderantemente externas, potenciais ou manifestas" (BRASIL, 2013c).

A END, por seu turno, também **enuncia ser, ela mesma,** inseparável da estratégia nacional de desenvolvimento. **Esta estratégia baseia-se, além de** dois **outros** eixos estruturantes, na reorganização da Base Industrial de Defesa (BID), para assegurar que o atendimento às necessidades de produtos de defesa das Forças Armadas apóie-se em tecnologias sob domínio nacional, preferencialmente as de emprego dual (militar e civil).

A BID, de acordo com a END, é formada pelo conjunto integrado de empresas públicas e privadas, e de organizações civis e militares, que realizem ou conduzam pesquisa, projeto, desenvolvimento, industrialização, produção, reparo, conservação, revisão, conversão, modernização ou manutenção de produtos de defesa (Prode) no Brasil (BRASIL, 2013c).

Saliente-se que a END liga-se a outro importante documento de articulação de políticas públicas: a Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (ENCTI). O Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), por meio da ENCTI elegeu o complexo industrial da defesa como um dos programas prioritários que envolvem as cadeias mais importantes para impulsionar a economia brasileira.

A recuperação do Complexo Industrial da Defesa, além da finalidade de prover artigos e sistemas militares, pode servir como indutor de inovações tecnológicas em determinados setores e, ainda, estender o uso dos produtos gerados as aplicações civis, face ao caráter dual dos desenvolvimentos (BRASIL, 2012b).

De outro lado, o Ministério da Defesa (MD), no final de 2004, editou a Portaria Normativa n**º 1.317/MD, a qual a**provou a Política de Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I) para a Defesa Nacional, estabelecendo, entre outros aspectos, seus objetivos e respectivas diretrizes. Além disso, o art. 8º desta norma dispõe que os Comandos da Marinha,

do Exército e da Aeronáutica deverão estabelecer políticas específicas de C,T&I (BRASIL, 2004b).

Posteriormente, o MD baixou a Portaria Normativa nº **1888/MD, de 23 de dezembro de 2010, aprovando** a sua Política de Propriedade Intelectual e conferindo autonomia aos Comandos das Forças Singulares para estabelecerem, em seus âmbitos, diretrizes específicas para a implementação de suas próprias políticas (art. 6º).

A par de tais normas, a **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 (**"Lei de Inovação"), no elenco das ações destinadas a promover a capacitação e o alcance da autonomia tecnológica para o desenvolvimento industrial do Brasil, trouxe a previsão de criação de Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT) em Instituições Científicas e Tecnológicas (ICT), com a responsabilidade de propor, acompanhar e avaliar as políticas de inovação, para promover a proteção e a manutenção da propriedade intelectual e para transferir as novas tecnologias para o setor empresarial (MARTINS, 2012).

Neste contexto, as três Forças Armadas iniciaram a estruturação de seus NIT com o objetivo de se adequarem a legislação federal no sentido de melhor gerir o processo de inovação, proteção da propriedade intelectual e de transferência de tecnologia por parte das ICT do setor de Defesa.

A Marinha do Brasil (MB) no bojo da reformulação de seu Sistema de Ciência, Tecnologia e Inovação (SCTMB), além da criação, em março de 2008, da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Inovação da Marinha (SecCTM), constituiu, em julho de 2009, o Núcleo de Inovação Tecnológica da Marinha (NIT-MB) para atuar de forma integrada com as Instituições de C&T da MB (LITAIFF JÚNIOR *et al*, 2009).

O NIT-MB, conforme disposto nas Diretrizes de Propriedade Intelectual da Marinha (Portaria nº **79/EMA,** de 27 de abril de 2011), é o responsável pela gestão de sua Política de Propriedade Intelectual.

A Força Aérea Brasileira (FAB), por seu turno, criou o Núcleo de Inovação Tecnológica no âmbito do Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial (DCTA) por meio da Portaria nº 14 /CTA/

SDE, de 19 de maio de 2006. O NIT-DCTA é formado, em sua maioria por ICT que são institutos vinculados ao DCTA, os quais desempenham atividades de pesquisa básica, aplicada e desenvolvimento nos campos aeronáutico e espacial e, ainda, cooperam e prestam serviços de assistência técnica especializados para as empresas do setor, em seus esforços de P&D, em ações organizadas no contexto da Lei de Inovação e do Sistema de Ciência, Tecnologia e Inovação de Interesse da Defesa Nacional – SisCTID (LUZ, 2010).

O Comando da Aeronáutica (COMAER), por meio da Portaria DCTA nº 80/DGI, de 4 de abril de 2013, aprovou a Instrução que trata da Propriedade Intelectual e Inovação, aplicada às ICT do COMAER (ICA 80-10). A finalidade da ICA 80-10, conforme suas disposições preliminares, é estabelecer os princípios, orientações e procedimentos relativos à apropriação e manutenção de propriedade intelectual e à transferência de tecnologias no DCTA.

O Exército Brasileiro (EB), por sua vez, criou seu NIT através da Portaria 907, de 23 de novembro de 2009, a qual, inicialmente, definiu o Departamento de Ciência e Tecnologia do Exército (DCT) como a Instituição Científica e Tecnológica desta Força Armada. Cabe ao DCT, atuando na qualidade de NIT, promover o fomento à indústria nacional, visando ao desenvolvimento e à produção de sistemas e materiais de emprego militar (AZEVEDO, 2013).

A Diretriz de Propriedade Intelectual do Comando do Exército é a mais recente (Portaria nº 1.137, de 23 de setembro de 2014). Esta Diretriz, inovando em relação às normativas das forças coirmãs, trouxe disposição específica no que tange ao regramento estabelecido na Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012, in verbis:

> art. 8º As orientações gerais para o fomento à transferência de tecnologias geradas no âmbito do EB são: IV - estabelecer tratamento diferenciado e privilegiado para empresas nacionais em relação às estrangeiras, com o fim de realizar o desenvolvimento e inovação tecnológica no País (...).

Desta forma, verifica-se que o regramento e a estruturação do setor de Defesa Nacional para a gestão do processo inovativo e proteção da propriedade intelectual é bastante recente, tanto no âmbito do MD como nas três Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica).

3. EMPRESAS ESTRATÉGICAS DE DEFESA (EED)

Conforme já assinalado, a Lei nº 12.598, de 21 de março de 2012 introduziu, entre outros conceitos legais inéditos no ordenamento jurídico pátrio, a Empresa Estratégica de Defesa (EED).

Esta lei, como resultado da conversão da Medida Provisória (MP) nº 544, estabelece, entre outros dispositivos, as normas especiais para as compras, contratações e desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa. Tais medidas não devem simplesmente ser vistas como resultados do Plano Brasil Maior, mas sim como resultado das propostas lançadas desde 2008, principalmente a END (LESKE, 2013).

De outro lado, a Lei 12.598/12, associada ao arcabouço legal de C,T&I, contribui para o fortalecimento do setor de defesa (QUINTAL, 2013). Corroborando este entendimento, LONGO e MOREIRA (2013) sugerem que ela representa um esforço estatal de atuar no marco regulatório buscando estimular o empreendedorismo nativo através da implementação de medidas tendentes a criar condições especiais para as indústrias nacionais antes inexistentes, abrindo perspectivas de resultados positivos.

Em relação às medidas propriamente ditas, este diploma legal prevê que a EED poderá ser beneficiária de um regime diferenciado em seu relacionamento com o Poder Público, admitindo-se a possibilidade de licitação com participação restrita as tais empresas por meio do denominado Termo de Licitação Especial (TLE). Outra medida trazida pela Lei 12.598/12 é a previsão para fixação de acordos de compensação tecnológica, industrial e comercial (JUSTEN FILHO, 2014).

A regulamentação da Lei deu-se por meio do Decreto nº 7.970, de 28 de março de 2013, o qual dispõe que o credenciamento de produtos de defesa (Prode), produtos estratégicos de defesa (PED) e EED será de responsabilidade

do MD, com base em proposta a ser elaborada pela Comissão Mista da Indústria de Defesa – CMID (CORREA FILHO *et al*, 2013). [2]

SATO *et al* (2013) observam que a CMID, em novembro de 2013, credenciou 26 Empresas Estratégicas de Defesa, sugerindo, ainda, que a Lei 12.598/12, juntamente a projetos nacionais de grande porte, constituem convites para que a iniciativa privada passe, cada vez mais, a investir nessa área enquanto parceira do governo.

Atualmente, existem 68 empresas credenciadas pela CMID como EED, conforme relação atualizada em 06 de julho de 2016 e disponível no sítio eletrônico do Ministério da Defesa (http://www.defesa.gov.br/).

Segundo CARVALHO (2013), a Lei 12.598/12, dispondo de regras de incentivo à área estratégica de defesa, responde em tese muito bem aos reclames da BID. Este autor ilustra o interesse nacional no setor através das fusões e incorporações, e até mesmo de associações, de empresas a grandes grupos brasileiros e internacionais, tais como Odebrecht, OAS, Queiroz Galvão, Andrade Gutierrez, Engevix, Grupo Synergy e Camargo Corrêa e a criação do segmento Embraer Defesa e Segurança. Por fim, mostra aspectos de projetos de grande vulto a exemplo do Sistema de Monitoramento das Fronteiras (SISFRON), veículo aéreo não tripulado (VANT), desenvolvimento do primeiro satélite geoestacionário brasileiro voltado para as comunicações militares e massificação da internet banda larga o interior do País, do primeiro radar de busca e vigilância brasileiro Saber M-60, da aeronave de carga KC – 390 que substituirá os C 130 Hércules com mais de 25 anos de uso, da construção do primeiro submarino nuclear brasileiro, e outros 4 (quatro) não nucleares, através do Projeto Prosub, entre outros.

Entretanto, outra perspectiva, ao analisar a viabilidade de revitalização da indústria de defesa brasileira, salienta os seguintes aspectos: baixo índice de exportação verificado nos últimos dez anos; probabilidade

2 Segundo o art. 2º, deste decreto regulamentador, a CMID tem por finalidade assessorar o Ministro de Estado da Defesa em processos decisórios e em proposições de atos relacionados à indústria nacional de defesa. O § 1º, incio VI, deste dispositivo, enuncia que uma das atribuições da CMID é propor ao Ministro de Estado da Defesa o credenciamento de empresas como Empresa Estratégica de Defesa.

de ação coercitiva de países líderes do comércio mundial de armamentos; possibilidade de a comunidade internacional interpretar a reativação deste setor como um abandono da posição pacífica do Brasil e, em consequência, contrariar nossas pretensões exportadoras; a incapacidade demonstrada pela indústria de defesa em alavancar o desenvolvimento econômico e social; as evidências que desnudam o conceito de *spin off* como um mito e; uma suposição quanto ao real preparo para tomada de decisão por parte da sociedade brasileira (militares, políticos, empresários e acadêmicos) a respeito do tema (DAGNINO, 2007).

Adicionalmente, Dagnino (2008) defende, ainda, que a revitalização da Indústria de Defesa vem entrando na agenda política sem que se disponha de capacitação em Economia da Defesa similar à de países com semelhante potencial tecnológico-produtivo no campo. Em outra oportunidade, utilizando a abordagem de análise de política, este autor trata da política de defesa brasileira focalizando a P&D e a produção de material de defesa, investigando o jogo da revitalização da BID, analisando o comportamento dos atores, e abrindo campo, como ele mesmo menciona, para o teste das hipóteses levantadas e para o encaminhamento adequado do processo em foco (DAGNINO, 2009).

De observar-se, portanto, que o assunto não comporta um consenso. Destarte, o acompanhamento da sociedade na formulação das políticas públicas e, principalmente de suas medidas de implementação, é sempre oportuno, o que reforça a necessidade de serem realizados estudos com a utilização de indicadores científicos e tecnológicos já amplamente difundidos, como é o caso do depósito de patentes.

Quanto ao conceito de EED, o art. 2º, inciso IV da Lei 12.598/12 dispõe o seguinte:

> Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são considerados:
>
> I – Empresa Estratégica de Defesa – EED: toda pessoa jurídica credenciada pelo Ministério da Defesa mediante o atendimento cumulativo das seguintes condições:
>
> a) ter como finalidade, em seu objeto social, a realização ou condução de atividades de pesquisa, projeto, desenvolvimento, in-

> dustrialização, prestação dos serviços referidos no art. 10, produção, reparo, conservação, revisão, conversão, modernização ou manutenção de PED no País, incluídas a venda e a revenda somente quando integradas às atividades industriais supracitadas;
>
> b) ter no País a sede, a sua administração e o estabelecimento industrial, equiparado a industrial ou prestador de serviço;
>
> c) dispor, no País, de comprovado conhecimento científico ou tecnológico próprio ou complementado por acordos de parceria com Instituição Científica e Tecnológica para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, relacionado à atividade desenvolvida, observado o disposto no inciso X do caput;
>
> d) assegurar, em seus atos constitutivos ou nos atos de seu controlador direto ou indireto, que o conjunto de sócios ou acionistas e grupos de sócios ou acionistas estrangeiros não possam exercer em cada assembleia geral número de votos superior a 2/3 (dois terços) do total de votos que puderem ser exercidos pelos acionistas brasileiros presentes; e
>
> e) assegurar a continuidade produtiva no País" (Brasil, 2012a).

Das condições cumulativas acima enunciadas, cumpre ressaltar, em especial, a alínea "c" do referido art. 2º, inciso IV, uma vez que a lei exige que, para realizar atividades conjuntas de inovação, o conhecimento científico ou tecnológico da empresa, seja ele próprio ou complementado por acordos de parceria com Instituição Científica e Tecnológica, necessita ser comprovado.

4. ANÁLISE QUANTITATIVA DO DEPÓSITO DE PATENTES DAS EED

Conforme leciona Tigre (2014, p. 74), a referência conceitual e metodológica mais utilizada atualmente para analisar o processo de gestão da inovação é o Manual de Oslo (Diretrizes para Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação).

Segundo esta publicação da OCDE, "duas famílias básicas de indicadores de Ciência e Tecnologia (C&T) são diretamente relevantes

para a mensuração da inovação: recursos direcionados à P&D e estatísticas de patentes" (OCDE: 1997, p. 29).

Quanto ao segundo indicador acima citado, pode-se conceituar a patente como "um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia" (BARBOSA: 2010, p. 295).

O Manual de Oslo salienta, ainda, que outros indicadores bibliométricos podem oferecer informações complementares para mensurar o grau de inovação em uma empresa. Entretanto, no que diz respeito especificamente ao uso do depósito de patentes como indicador de inovação, o Manual aponta que

> Estatísticas de patentes são cada vez mais utilizadas como indicadores do resultado das atividades de pesquisa. O número de patentes concedidas a uma dada empresa ou país pode refletir seu dinamismo tecnológico; exames sobre o crescimento das classes de patentes podem fornecer alguma indicação acerca da direção da mudança tecnológica. Em contrapartida, os problemas referentes ao uso de patentes como indicadores de inovação são bem conhecidos. Muitas inovações não são patenteadas, enquanto algumas são protegidas por patentes múltiplas; muitas patentes não possuem valor tecnológico ou econômico, e outras possuem valores muito elevados (...) (*Op. Cit.*, p. 30).

Neste passo, alguns estudos, como é o caso de Alencar, Porter e Antunes (2007) têm lançado mão deste indicador, corroborando o entendimento de que as patentes são usadas como indicadores do resultado das atividades de invenção e, ainda, que o número das patentes concedidas a uma determinada empresa ou país reflete o seu vigor tecnológico.

De outro lado, o citado artigo revela os limites do uso de depósito de patentes como indicador ao enunciar que as inovações nem sempre correspondem às invenções patenteadas e, ainda, que nem todas as invenções patenteadas possuem valor tecnológico ou econômico (*Op. Cit.*, p. 3).

Isto posto, considerou-se, inicialmente, que o grau de gestão do processo de inovação e propriedade intelectual em Empresas Estratégicas de Defesa (EED) pode ser analisado, ainda que com limitações, a partir de informação tecnológica existente em bancos de dados públicos de patentes.

O presente trabalho, portanto, buscou as empresas credenciadas como EED, por meio do acompanhamento constante no sítio eletrônico do Ministério da Defesa, no qual se encontra disponível uma relação atualizada, em 06 de julho de 2016, onde se verifica que são 68 as empresas que ostentam esta condição.

Para a busca dos documentos de patentes depositados por estas empresas, a pesquisa foi realizada com auxílio do *software* Thonsom Innovation. Esta plataforma, de propriedade da empresa Thonsom Reuters, no módulo "patente", permite a pesquisa em diversos bancos de dados internacionais, tais como o escritório americano de marcas e patentes (*United States Patent and Trademark Office* - USPTO), o escritório europeu (*European Patent Office - EPO*), a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (*World Intellectual Property Organization* - WIPO), além do próprio escritório brasileiro (INPI).

O referido software também oferece variadas possibilidades de busca, sendo as opções utilizadas por este estudo a *assignee aplicant* e o *publication year*. Nesta última, embora a referida plataforma permita a pesquisa de documentos de patentes a partir do ano de 1.900, estabeleceu-se o limite temporal de 20 (vinte) anos com o objetivo de pesquisar tecnologias mais recentes e ainda dentro do prazo de vigência do direito de exclusiva. [3]

Outro ponto a ser observado é que a presente pesquisa não realizou a distinção existente na legislação brasileira entre patentes de invenção e modelos de utilidade [4], uma vez que tal dicotomia não se observa em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso dos Estados Unidos, por exemplo (SUTHERSANEN, 2006).

Na realização das buscas propriamente ditas, tomaram-se por base, além do nome ou razão social das EED, os números de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) para a correta aferição

3 Art. 40, da Lei 9279/96: "A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito."

4 Segundo a Lei de Propriedade Industrial brasileira, há duas espécies de patentes: as invenções, para a resolução de problemas técnicos de um determinado campo tecnológico; e os modelos de utilidade, para novas formas ou disposições em objetos de uso prático, ou partes destes, visando melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

da titularidade das patentes, com a eliminação de resultados contendo homônimos das empresas (no Brasil e, principalmente, em outros países).

Em relação **à** identificação das EED, cabe salientar que, por motivo de preservação da confidencialidade dos dados, todos os nomes das empresas foram suprimidos.

Cumpre observar, ainda, que outro filtro realizado para as buscas foi o agrupamento dos documentos por família de patentes INPADOC [5] para evitar duplicidades ou resultados redundantes.

Quanto aos resultados, do total das 68 empresas credenciadas como EED pela CMID, observou-se que somente 12 empresas retornaram dados com depósitos de documentos junto a escritórios de patentes no exterior ou no INPI, o que representa em torno de 18%.

Neste passo, há de ser observado que outros estudos apontam como característica dos produtos e sistemas de Defesa a incorporação crescente de inovações tecnológicas no "estado da arte" (BRASIL, 2011, p. 8). Desta forma, pode-se inferir, inicialmente, que o percentual apresentado nesta pesquisa parece ser ainda bastante tímido quando consideradas tais características.

O que talvez possa explicar esta baixa incidência é o argumento encontrado em recente trabalho conjunto da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), segundo o qual o uso de patentes como indicador de inovação, no caso do setor de Defesa, mostra-se "(...) ainda mais frágil, dado que alguns dos projetos que são considerados estratégicos militarmente não costumam ter seus resultados divulgados". (BRASIL, 2016, p. 78).

Entretanto, também cabe sublinhar que este mesmo estudo, embora chame a atenção para as "fortes tendências monopsônicas" [6] do mercado de

5 Segundo o site de pesquisa de patentes Espacenet (https://worldwide.espacenet.com/): "Uma Família de patentes INPADOC define-se como compreendendo todos os documentos possuindo a mesma prioridade ou combinação de prioridades. Isto inclui todos os documentos de patente resultando de um primeiro pedido apresentado num dado organismo de Propriedade Industrial e do mesmo pedido apresentado, dentro do período de prioridade, em organismos de Propriedade Industrial de quaisquer outros países."

6 Conforme estudo da ABDI (2011): "Outra importante característica da demanda por Produtos Estratégicos de Defesa é que — na quase totalidade dos casos — o Estado é o principal comprador, senão o único comprador. Desta maneira, é um mercado que pode ser classificado como oligopsônio, ou mesmo monopsônio."

defesa, de igual modo observa que "a sobrevivência das empresas está atrelada à sua capacidade de diversificação do mercado consumidor, seja produzindo bens duais, seja adotando segmentos produtivos diferentes" (*Op. Cit.*, p. 57).

De outro lado, em relação ao número total de patentes, foi observado um total de 195 documentos publicados, o que, em tese, representaria uma m**é**dia de aproximadamente 2,9 patentes por empresa do universo de 68 EED pesquisadas.

Entretanto, cabe salientar que houve um resultado muito superior entre a EED que apresentou o maior número de patentes e as demais empresas pesquisadas. Esta EED líder, em verdade, representa um ponto fora da curva, uma vez que, para esta **única** empresa, a pesquisa retornou um expressivo total de 137 documentos de patentes.

Em outras palavras, o total de patentes da EED primeira colocada representa em torno de 70% do total das patentes do universo de pesquisa. Em relação às demais EED os resultados encontrados foram os seguintes: a segunda empresa com maior número possui 19 patentes; a terceira 16 documentos; para a quarta empresa foram encontradas oito publicações; a quinta EED retornou quatro resultados; quatro empresas tiveram duas patentes cada; e outras três EED retornaram com apenas um documento de patente publicado.

Em face da grande disparidade entre a primeira empresa e as demais, caso se despreze o desempenho da EED com maior número de patentes, o total sofreria uma queda considerável para apenas 58 documentos, o que resultaria em menos de uma patente por empresa cadastrada.

Em relação aos depósitos de patentes da primeira colocada, cabe observar que esta EED demonstra grande índice de esforço inovativo, não apenas pelo expressivo volume de documentos de patentes publicados. Os resultados das buscas também revelaram que são inúmeros os países onde esta empresa teve documentos de patentes publicados, o que sugere um alto grau de internacionalização de seus produtos no mercado.

Alia-se a isto, o fato de as tecnologias terem sido encontradas em classes bastante diversas, dentro do nicho de mercado desta empresa,

segundo a classificação internacional de patentes (IPC) [7], o que sugere tratar-se de uma organização de grande economia de escala e de escopo.

A segunda empresa com maior número de patentes possui 19 publicações nos escritórios de patentes dos EUA (USPTO), Europa (EPO), WIPO, Canadá, Índia, Uruguai e Polônia. As classificações IPC mais recorrentes nos documentos são nas seções "G – FÍSICA" e "H – ELECTRICIDADE".

As patentes desta EED que possuem maior impacto pelo número de citações foram publicadas no USPTO com as seguintes classificações: "H04J 14/02 - Sistemas multiplex de divisão de comprimento de onda", com sete citações; e "G01N 21/00 - Investigação ou análise de materiais pelo uso de meios ópticos, i.e. usando raios infravermelhos, visíveis ou ultravioletas", com cinco citações.

Por seu turno, a terceira empresa possui 16 documentos publicados, sendo 14 no USPTO, um na WIPO e outro no Brasil (INPI). Tais patentes estão concentradas fundamentalmente nas classificações "F41A - Detalhes ou características funcionais comuns para armas de fogo portáteis e material bélico" e "F41C - Armas de fogo portáteis".

Os documentos de maior impacto desta EED possuem considerável número de citações: (i) 69 citações ("F41C 23/10 - Coronhas ou punhos para pistolas"); (ii) 39 citações ("F41A 17/02 - Disposições para segurança acionados por chave"); e (iii) 37 citações ("F41A 9/53 - Dispositivos que indicam se a arma está ou não carregada").

A quarta EED detém oito documentos de patentes, com prioridades em diversos escritórios de patentes estrangeiros de grande relevância tais como Estados Unidos (USPTO), o Escritório Europeu de Patentes (EPO) e o Escritório Alemão (*Deutsche Patent und Markenamt - DPMA*).

7 Segundo o site do INPI: "A IPC é o sistema de classificação internacional, criada a partir do Acordo de Estrasburgo (1971), cujas áreas tecnológicas são divididas nas classes A a H. Dentro de cada classe, há subclasses, grupos principais e grupos, através de um sistema hierárquico.". Para a presente pesquisa foi utilizada a versão 2016.1 da classificação IPC.

Algumas de suas patentes demonstram ter certo impacto em função do número de citações, sendo que a mais recorrente encontra-se na classificação IPC "C06C 7/00 - Detonadores não elétricos; Espoletas na forma de cápsula; Estopins" e foi citada 23 vezes. A segunda patente foi citada seis vezes e classificada em "C06B 21/00 - Aparelhos ou métodos para a manufatura de explosivos, p. ex. formação, corte, secagem".

A EED que ficou em quinto lugar retornou quatro resultados com patentes publicadas recentemente em 2015. Duas delas foram publicadas no USPTO com as classes principais "G01S 13/88 - Sistemas de radar ou análogos, especialmente adaptados para aplicações específicas" e "G01S 13/95 - Sistemas que utilizam a reflexão ou reirradiação de ondas acústicas, p. ex.; sistemas de sonar". Os outros dois documentos foram publicados no EPO, sendo um na classe "G01S 13/44 - Radar monopulso; i.e. *lobing* simultâneo" e o outro na "G01S 13/90 - Sistemas de radar ou análogos, para mapeamento ou formação de imagens, usando técnicas de abertura sintéticas".

De outro lado, quatro empresas retornaram duas patentes cada uma. A primeira destas EED possui dois documentos, ambos publicados no ano de 2006, pelo INPI: um foi classificado como "F23G 7/00 - Métodos ou aparelhos, p. ex. incineradores, especialmente adaptados para destruir refugos ou combustíveis de baixo teor, p. ex. produtos químicos"; e outro como "F23G 5/00 - Métodos ou aparelhos, p. ex. incineradores, especialmente adaptados para combustão de refugos ou combustíveis de baixo teor".

Outra empresa possui suas publicações em 2004 e em 2006, também pelo INPI, nas classes "B60L 11/02 - Propulsão elétrica com fonte de energia no interior do veículo, usando geradores acionados a motor" e "C06D 5/00 - Geração de gás de pressão, p. ex. para cartuchos explosivos, cartuchos iniciadores, foguetes", respectivamente.

A terceira EED com duas patentes teve publicação recentemente em 2016, pelo USPTO, na classificação IPC "C09D 175/08 - Composições de revestimento à de derivados de poliéteres". O outro documento foi publicado na WIPO, em 2010, na classificação "B41M 7/00 - Pós-tratamento de trabalhos impressos, p. ex. aquecimento, irradiação".

A última EED deste grupo possui uma publicação pelo escritório europeu de patentes (EPO), no ano de 2006, na classificação IPC "F42B 3/00 - Cartuchos de detonação, i.e. invólucro e explosivo" e a outra pela WIPO, em 2002, na classificação "F27D 1/16 - Carga; Descarga; Manipulação da carga". Cabe ressaltar que este último documento de patente foi o único que recebeu citação deste grupo de EED com duas patentes.

Por derradeiro, as três EED que contam com apenas um documento de patente publicado foram assim classificadas: (i) "B62D 21/02 - Subestruturas, i.e. armações de chassi nos quais o corpo do veículo deve ser montado, compreendendo os elementos de armação dispostos longitudinalmente ou transversalmente"; (ii) "G06F 3/0481 - Técnicas de interação baseadas em interfaces gráficas de usuário, baseada nas propriedades específicas do objeto de interação exibido ou no ambiente baseado em metáfora"; e (iii) "F42B 8/12 - Munições para prática ou treinamento; Projéteis ou mísseis".

Todas estas tecnologias foram publicadas no escritório americano de marcas e patentes (USPTO), sendo que a última foi a única que recebeu citações em outros documentos de patentes, com oito incidências.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo motivou-se pelo desejo de estudar uma temática que se mostra bastante recente em sua normatização por parte do Governo Federal, do Ministério da Defesa e das ICT do setor de Defesa Nacional, envolvendo as denominadas Empresas Estratégicas de Defesa (EED).

A recente aprovação das políticas veiculadas pela Lei 12.598/2012, regulamentada pelo Decreto 7.970/2013, impõe uma reflexão mais aprofundada do assunto no sentido de investigar a concretude das medidas de estímulo à inovação desenvolvida por empresas do País. Desta forma, o acompanhamento do grau de inovação das EED é fundamental para justificar ou não o tratamento diferenciado que estas organizações passaram a gozar no relacionamento com o Poder Público.

Inicialmente, considerou-se que o uso de patentes poderia ser um bom parâmetro a ser aplicado ao presente estudo, muito embora outros trabalhos tenham relatado a possibilidade de ocorrer limitações com este tipo de indicador.

De fato, constatou-se a fragilidade de realizar a pesquisa com apenas um indicador de Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I), o que também sugeriu a necessidade de realizar trabalhos adicionais sobre o tema que utilizem outros indicadores.

Através dos resultados obtidos dos depósitos de patentes efetuados pelas EED, observou-se que a maioria das empresas (em torno de 82%) não obteve nenhuma publicação no período considerado (de 1996 a 2016), o que reforça a necessidade de serem realizados estudos complementares no sentido de verificar por que isto ocorre.

Tais estudos podem analisar outras formas de implementação de inovações pelas empresas, como a aquisição de tecnologia e de *know how* e, ainda, outras formas de proteger suas tecnologias, como o segredo industrial.

Além disso, também pode ser viável a combinação com outros indicadores, tais como: exportação e importação de alta tecnologia; incidência de projetos conjuntos de pesquisa e desenvolvimento (P&D) entre EED e ICT de Defesa; análise do número de empresas que possuem grupos de pesquisa registrados no CNPq; e, ainda, os dados da Pesquisa de Inovação (PINTEC), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com o apoio da Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP) e do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI).

Por fim, espera-se, ainda, que os resultados obtidos possam contribuir como embasamento e estímulo para futuros estudos setoriais em Defesa Nacional. O amadurecimento da consciência política da sociedade brasileira impõe maior participação da comunidade acadêmica em tais pesquisas.

Nas palavras de apresentação da edição conjunta da Política e da Estratégia Nacional de Defesa de 2013, um dos principais objetivos da Defesa Nacional é o de "conscientizar a sociedade brasileira sobre

a importância dos temas do setor para o País", sendo que o pressuposto comum é o de que "a Defesa não deve ser assunto restrito aos militares ou ao governo. Diferentemente, deve ser uma preocupação de toda a sociedade".

De antemão, visualiza-se que os resultados a serem obtidos em outros artigos científicos possuem potencial para fomentar a discussão sobre o tema de pesquisa e, ainda, contribuir para o trabalho realizado pelo Governo Federal por meio da Comissão Mista da Indústria de Defesa (CMID).

REFERÊNCIAS

ALENCAR, M. S. M., PORTER, A. L., ANTUNES, A. M. S. Nanopatenting patterns in relation to product life cycle. Technological Forecasting & Social Change. Vol. 74, nº 9. novembro/2007. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S004016250700087X> Acesso em: 02 outubro 2016.

AZEVEDO, C. E. F. **Gestão de defesa:** o sistema de inovação no segmento de não-guerra. Tese de Doutorado. Orientador: Prof. Dr. Hermano Roberto Thiry-Cherques. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Defesa: 09 de outubro de 2013.

BARBOSA, D. B. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf> Acesso em: 02 outubro 2016.

BRASIL. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial. Diagnóstico: Base Industrial de Defesa (BID) Brasileira. Org: FERREIRA, Marcos José Barbieri; SARTI, Fernando. Campinas: ABDI, NEIT-IE-UNICAMP, 2011. 54p. Disponível em: <http://livroaberto.ibict.br/bitstream/1/550/1/base_industrial_de_defesa_brasileira.pdf>. Acesso em: 02 outubro 2016.

_____. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Mapeamento da Base Industrial de Defesa. Org: Vários autores. Brasília: ABDI, Ipea, 2016. 740p. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160706_livro_mapeamento_defesa.pdf>. Acesso em: 02 outubro 2016.

_____. Congresso Nacional. Decreto nº 7.970, de 28 de março de 2013. Regulamenta dispositivos da Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012, que estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e sistemas de defesa, e dá outras providências. Brasília: 2013a.

_____. Congresso Nacional. Decreto nº 8.122, de 16 de outubro de 2013. Regulamenta o Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa - Retid, instituído pela Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012. Brasília: 2013b.

_____. Congresso Nacional. Decreto Legislativo nº 373, de 25 de setembro de 2013. Aprova a Política Nacional de Defesa, a Estratégia Nacional de Defesa e o Livro Branco de Defesa Nacional, encaminhados ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 83, de 2012 (Mensagem nº 323, de 17 de julho de 2012, na origem). Brasília: 2013c.

_____. Congresso Nacional. L**ei Complementar** nº **97, de 9 de junho de 1999.** Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Brasília. 1999.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: 1996.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.** Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília: 2004a.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº** 12.598, de 21 de março de 2012. Estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa; dispõe sobre regras de incentivo à área estratégica de defesa; altera a Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010; e dá outras providências. Brasília: 2012a.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2012 – 2015 - Balanço das Atividades Estruturantes 2011. Brasília: 2012b.

_____. Ministério da Defesa. Portaria Normativa nº 1.317/MD, de 4 de novembro de 2004. Aprova a Política de Ciência, Tecnologia e Inovação (C, T & I) para a Defesa Nacional. Brasília: 2004b.

_____. Ministério da Defesa. Portaria Normativa nº 1.888-MD, de 23 de dezembro de 2010 - Aprova a Política de Propriedade Industrial do Ministério da Defesa. Brasília: 2010.

_____. Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. Portaria DCTA nº 80/DGI, de 4 de abril de 2013. Aprova a Instrução que trata da Propriedade Intelectual e Inovação, aplicada às Instituições Científicas e Tecnológicas do COMAER. Brasília: 2013d.

_____. Ministério da Defesa. Comando da Marinha. Estado-Maior da Armada. Portaria nº 79/EMA, de 27 de abril de 2011. Estabelece as Diretrizes de Propriedade Intelectual da MB. Brasília: 2011.

_____. Ministério da Defesa. Comando do Exército. Portaria do Comandante do Exército nº 1.137, de 23 de setembro de 2014 - Aprova a Diretriz de Propriedade Intelectual do Exército Brasileiro. Brasília: 2014.

CARVALHO, R. dos S. **Base industrial de defesa**: elemento essencial de afirmação do Poder Nacional. Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia do Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra. Trabalho de Conclusão de Curso. Orientador: Fernando Mose da Silva Abreu. Rio de Janeiro: ESG, 2013.

CORREA FILHO, S. L. S. *et al*. Panorama sobre a indústria de defesa e segurança no Brasil. **BNDES Setorial, Rio de Janeiro**, n. 38, p. 373-408, Rio de Janeiro. 2013. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/2684>. Acesso em 02 outubro 2016.

CORRÊA, L. D. P. BONDARCZUK, B. A. Formulação de políticas setoriais em defesa nacional e segurança: a gest**ão** de propriedade intelectual e inova**ção** nas for**ç**as armadas. **Coleção Meira Mattos: Revistas das Ciências Militares.** v. 9, n. 36, p. 835-848, set./dez. 2015. Disponível em: http://servweb.eceme.ensino.eb.br/meiramattos/index.php/RMM/article/viewFile/525/615. Acesso em: 02 outubro 2016.

DAGNINO, R. P. et al. Análise sobre a viabilidade de revitalização da indústria de defesa. **Brazilian Business Review,** 2007. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=123016560002>. Acesso em 02 outubro 2016.

DAGNINO, R. P. Em que a economia de defesa pode ajudar nas decisões sobre a revitalização da indústria de defesa brasileira?. **Revista de Economia Heterodoxa** nº 9, ano VII. 2008. Disponível em: <http://revistaoikos.org/seer/index.php/oikos/article/view/85/55>. Acesso em 02 outubro 2016.

_____. A política de defesa brasileira: nem racionalismo, nem incrementalismo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Vol. 24, nº 70. junho/2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092009000200004>. Acesso em 02 outubro 2016.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LESKE, A. D. C. **Inovação e políticas na indústria de defesa brasileira.** Tese de Doutorado. Orientador: Prof. Dr. José Eduardo Cassiolato. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Defesa: abril de 2013.

LITAIFF JÚNIOR, J. A.; FRANCO, W. O.; NASCIMENTO, P. R. S. Criação e implantação do Núcleo de Inovação Tecnológica da Marinha (NIT-MB). **Revista Pesquisa Naval**, Brasília, nº 22, p. 75-82, 2009.

LONGO W. P. e; MOREIRA W. de S. Tecnologia e inovação no setor de defesa: uma perspectiva sistêmica. **Revista da Escola de Guerra Naval**, Rio de Janeiro, v.19, n. 2, p. 277 - 304, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.egn.mar.mil.br/ojs/index.php/revistadaegn/article/view/46/43>. Acesso em: 02 outubro 2016.

LUZ, M. C. V. da. **Políticas e programas para o setor aeroespacial no Brasil**: uma análise comparada com o Canadá. Tese de Doutorado. Orientador: Prof. Dr. João Amato Neto. Departamento de Engenharia de Produção da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. São Paulo. Defesa: maio de 2010.

MARTINS, R. O. Os núcleos de inovação tecnológica como estratégia das políticas de inovação do MCT (2004-2010). **Latin American Journal of Business Mangement**, v. 3, nº 2, 2012. Disponível em: <http://www.lajbm.net/index.php/journal/article/view/95>. Acesso em: 02 outubro 2016.

OCDE (Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento). **Manual de Oslo**: Proposta de Diretrizes para Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação Tecnológica. OCDE: 1997. Disponível em FINEP: <http://download.finep.gov.br/imprensa/manual_de_oslo.pdf>. Acesso em 02 outubro 2016.

QUINTAL, R. S., **Políticas Organizacionais de Ciência, Tecnologia e Inovação e gestão de ativos intangíveis**: uma análise comparativa em Instituições Cientificas e Tecnológicas. Dissertação (Mestrado). Orientador: Profª. Drª. Branca Regina Cantisano dos Santos e Silva Riscado Terra. Faculdade de Administração e Finanças da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Defesa: 04 de março de 2013.

SATO, R. C. **Mensuração do risco em investimentos em defesa aeroespacial**: uma abordagem do valor em risco. Disponível em: <http://www.researchgate.net/profile/Renato_Sato/publication/273448236_Mensurao_do_Risco_em_Investimentos_em_Defesa_Aeroespacial_uma_Abordagem_do_Valor_em_Risco/links/5501bd940cf24cee39f8d994.pdf>. Acesso em 02 outubro 2016.

SUTHERSANEN, U. **Utility Models and Innovation in Developing Countries**. London: United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 2006.

TIGRE, P. B. **Gestão da Inovação**: a economia da tecnologia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

REFLEXÕES SOBRE A PROTEÇÃO AUTORAL CONCEDIDA ÀS BASES DE DADOS: O *BIG DATA* E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM PERSPECTIVA.

Autor: Luca Schirru

Instituição: Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito, Artes e Políticas Culturais (NEDAC); Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI).

Resumo: O presente trabalho, utilizando os conceitos e taxonomias apresentados por Wachowicz (2014) no que se refere às Bases de Dados, buscará propor uma reflexão acerca de tais elementos formais sob a perspectiva do surgimento de tecnologias de *Big Data* e os sistemas de Inteligência Artificial. Para tanto, serão analisados sob tal perspectiva (i) os elementos que compõem e que, juntos, permitem o uso e funcionamento de uma Base de Dados; (ii) o papel dos agentes envolvidos na utilização de uma Base de Dados e a direção do fluxo de informações e dados envolvidos e (iii) as características das informações envolvidas nas Bases de Dados. Por fim, será questionada a atualidade e adequabilidade da legislação autoral atual para lidar com essas novas tecnologias. A conclusão apontará para o fato de que o advento e a utilização de tecnologias de Inteligência Artificial e *Big Data* constituem não apenas oportunidades de negócio, mas sim desafios legais para os operadores de Direito no que tange à aplicação da Legislação atual e reflexões sobre futuras legislações para regular – se regular for a melhor opção – situações que não foram previstas no momento da elaboração da Legislação em vigor. Isto porque, tecnologias como a Inteligência Artificial, cada vez mais complexas e imprevisíveis, questionam os próprios conceitos que representam a estrutura do Direito Autoral.

Palavras-chave: Direito Autoral, Base de Dados, Inteligência Artificial.

1. INTRODUÇÃO

Estudar o tratamento legal concedido às Bases de Dados sob o Direito Autoral pode, em um primeiro momento, parecer algo já realizado de maneira extensiva pela melhor doutrina, tendo as suas principais problemáticas orbitado em torno da adequabilidade da legislação autoral como regime cabível, a proteção das Bases de Dados Não-Originais e a distinção entre Bases de Dados e Coletâneas de Obras, por exemplo.

Ocorre que, conforme afirma Wachowicz (2007, p.239-240):

> as bases de dados na Sociedade Informacional são muito mais do que uma mera compilação de dados para o ambiente digital. As bases de dados conjugadas com os programas de computadores constituem a própria estrutura do ciberespaço, a arquitetura das bases de dados e têm também a funcionalidade de disponibilizar o seu conteúdo.

Não obstante a velocidade das transformações tecnológicas na Sociedade Informacional, tal afirmativa se faz presente ainda nove anos após a obra do supracitado autor e ganha mais força a partir da disseminação de tecnologias de processamento e análise de dados, como o *Big Data*, bem como sistemas dotados de Inteligência Artificial.

Tal como assevera Staut Júnior (2006), com o advento de tecnologias cada vez mais modernas, acompanha o discurso do fim dos direitos autorais[1], onde, sob a premissa de que os direitos dos autores estão ameaçados com o surgimento de novas tecnologias[2], o mecanismo

1 Em Junior (2006, p. 208): ""O discurso das novas tecnologias e do fim dos direitos autorais repetido em muitos foros de discussão sobre direitos autorais e sobre outras formas de manifestação, produção e proteção da atividade intelectual afirma, basicamente, que com o surgimento das novas tecnologias a proteção jurídica e a tutela econômica de tudo o que se produz intelectualmente estão ameaçadas". (Nota do original suprimida).

2 Em Junior (2006, p.212): "Esse discurso, que é fruto do discurso tradicional dos direitos autorais, trabalha em duplo sentido. Por um lado, afirma que as novas tecnologias (que trazem outras possibilidades de manifestação, fruição e circulação das manifestações intelectuais) devem ser controladas para que não se "viole direitos autorais"; por outro lado, essas mesmas inovações tecnológicas podem ser integradas à lógica do mercado, especialmente se esses novos bens econômicos forem passíveis de inserção nas molduras jurídicas. Ou seja, as mesmas tecnologias que ora representam uma ameaça para o autoral modelo de regulação, por representarem outras possibilidades de apropriação pelo mercado da realidade, devem ser integradas ao sistema de proteção dos bens imateriais."

tradicional de proteção é cada vez mais reforçado[3] sob a perspectiva de proteger não o autor, mas o titular de direitos.

Reforçar o mecanismo de proteção autoral existente não parece ser a melhor resposta para lidar com o advento de novas tecnologias. O que é necessário no presente momento é uma reflexão acerca da pertinência do arcabouçou legal vigente no que se refere ao novo panorama tecnológico.

O presente trabalho, portanto, utilizando os conceitos e taxonomias apresentados por Wachowicz (2014) no que se refere às Bases de Dados, buscará propor uma reflexão acerca de tais elementos formais sob a perspectiva do surgimento de novas tecnologias informacionais, notadamente o *Big Data* e os sistemas de Inteligência Artificial.

Para tanto, serão analisados sob o surgimento dessas novas tecnologias (i) os elementos que compõem e que, juntos, permitem o uso e funcionamento de uma Base de Dados; (ii) o papel dos agentes envolvidos na utilização de uma Base de Dados e a direção do fluxo de informações e dados envolvidos e (iii) as características das informações envolvidas nas Bases de Dados.

Por fim, será analisado o arcabouço legal atual para a proteção das Bases de Dados sob o Direito Autoral, sobre o qual serão propostas reflexões acerca da sua atualidade e adequabilidade para lidar com as novas tecnologias de maneira a garantir uma proteção adequada a esses bens informacionais sem prejudicar o acesso e o interesse público[4].

3 Em Junior (2006, p. 212-213): "Toda a legitimação desse discurso que reforça ainda mais o atual sistema de regulação da titularidade das manifestações intelectuais compartilha das mesmas verdades do discurso tradicional dos direito autorais, pois, no momento em que o sistema é ameaçado são os saberes tradicionais de legitimação que, novamente, são utilizados. O autor, abandonado ou submetido aos imperativos de ordem econômica passa a ser, mais uma vez, "valorizado": as novas tecnologias não podem ameaçar ou prejudicar o autor (discurso do objetivo dos direitos autorais). O estímulo às atividades artísticas, científicas e literárias deve ser "retomado": as inovações da era digital não podem servir para desestimular a produção cultural de uma sociedade (discurso da função dos direitos autorais). A criatividade do autor, praticamente aniquilada pelas indústrias culturais, retorna para impedir a violação dos direitos autorais: a criatividade não pode ser violada pelas novas tecnologias digitais (discurso da fundamentação dos direitos autorais)."

4 Em Wachowicz (2014, p.30): "Assim, considerando a importância das bases de dados na arquitetura do ciberespaço, faz-se necessário repensar os instrumentos e mecanismos jurídicos adequados à sua tutela de modo a assegurar o desenvolvimento da Revolução Tecnológica de

2. A CONCEPÇÃO TRADICIONAL ACERCA DAS BASES DE DADOS E O REGIME AUTORAL EM VIGOR

2.1. A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DAS BASES DE DADOS

Antes mesmo de discutir os impactos gerados pelas novas tecnologias na concepção tradicional de Base de Dados, cumpre apresentar tal concepção tradicional e os elementos que compõem o conceito de Bases de Dados, principalmente sob a ótica existente no momento da elaboração da Lei de Direitos Autorais em vigor.

Manoel Joaquim Pereira dos Santos (2005, p. 321-322) destaca a divergência de conceitos existentes sobre o que compõe a noção de Bases de Dados, destacando que

> Embora, para a ciência da computação, as bases de dados representem um conjunto de arquivos destinados à utilização por sistemas de processamento de dados, as bases de dados têm sido conceituadas, de uma forma mais ampla, como a compilação de dados, obras e outros materiais organizados de uma maneira sistemática e ordenada, em função de determinados critérios e para finalidades específicas, em condições de serem acessados individualmente por meio eletrônico ou não.

Para compreender o que integra a concepção do que vem a ser Bases de Dados[5], vale ressaltar aqui o estudo de Wachowicz (2014, p.17), que destaca que, para entender a proteção legal concedida às bases de dados, é necessário compreender os seguintes elementos: (i) o conteúdo em si da base de dados, (ii) a forma ou sistema de organizar os conteúdos e de acesso ou utilização; (iii) o programa de computador utilizado para a criação da base de dados e (iv) o programa de computador necessário para a consulta e a utilização da base de dados[6].

forma includente, sendo imprescindível protegê-lo como bem intelectual e garantir a qualquer pessoa a liberdade de acesso à informação."

5 Santos (2005) destaca que os termos "base de dados" e "bancos de dados" são geralmente utilizados como sinônimos.

6 Nesse sentido, complementa Santos (2005, p. 326): "As bases de dados eletrônicas requerem um programa de computador adequado para gerenciar a organização, tratamento e controle do conteúdo bem como o acesso e disponibilização dos dados. Na verdade, o programa de

Destaca Wachowicz (2014, p. 18-23) que essa multiplicidade de elementos que impactam na proteção legal das bases de dados acarreta também em uma diversidade de sujeitos de direito envolvidos nessa relação: o autor, o titular e o usuário, cujas peculiaridades e efeitos oriundos das novas tecnologias serão abordadas abaixo.

As bases de dados ainda podem ser divididas em três tipos no que se refere ao seu conteúdo, podendo estas serem compostas de (i) informações primárias (dados históricos, numéricos etc); (ii) informações secundárias (catálogos, rol de informações, listas etc) e; (iii) textos originais (coletâneas musicais, imagens, vídeos) (WACHOWICZ, 2014, p. 15).

No que se refere à caracterização das informações que irão compor uma determinada base de dados, Wachowicz (2014, p.21-22) destaca que as informações podem ser livres, protegidas ou restritas. As informações livres são dados utilizáveis por todos, textos oficiais de livre utilização, as protegidas são aquelas passíveis de proteção pelo direito autoral e as restritas quando o acesso às informações estiver condicionado a uma autorização prévia por parte do titular da base (WACHOWICZ, 2014, p. 21-22).

Já no que tange aos agentes envolvidos no fluxo de dados e informações, há não muito tempo atrás essa relação era composta de, basicamente, dois polos com posições bem definidas: usuários consomem informações produzidas por titulares produtores de informação (WACHOWICZ, 2014, p.21).

2.2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS BASES DE DADOS SOB O DIREITO AUTORAL EM VIGOR

Hodiernamente, as Bases de Dados podem ser protegidas tanto legalmente (Direitos Autorais, Direitos de Contratos e até mesmo Segredos de Negócio) quanto de maneira tecnológica (Criptografia, mecanismos tecnológicos de DRM etc) (BARBOSA, 2013).

computador é necessário, não só para o funcionamento, como também para o desenvolvimento deste tipo de obra."

No Brasil, a regulamentação acerca da proteção das bases de dados é realizada pela Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998). Sob a referida lei, as bases de dados são consideradas como obras intelectuais desde que a seleção, organização ou disposição de seu conteúdo seja capaz de constituir uma criação intelectual[7].

Será protegida então a forma de expressão da estrutura da base de dados, sobre a qual o seu titular de direitos patrimoniais poder autorizar o proibir, por exemplo, a sua reprodução, tradução, reordenação, adaptação, dentre outros usos previstos na Lei[8]. Dessa maneira, e se valendo da classificação[9] trazida por Barbosa (2010), protege-se sob o Direito Autoral Brasileiro as bases de dados originais, não existindo proteção adicional ao

7 Art. 7º, XIII da Lei nº 9.610/1998: "Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...)XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual."

8 Art. 87 da Lei nº 9.610/1998: "Art. 87. O titular do direito patrimonial sobre uma base de dados terá o direito exclusivo, a respeito da forma de expressão da estrutura da referida base, de autorizar ou proibir: I - sua reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo; II - sua tradução, adaptação, reordenação ou qualquer outra modificação; III - a distribuição do original ou cópias da base de dados ou a sua comunicação ao público; IV - a reprodução, distribuição ou comunicação ao público dos resultados das operações mencionadas no inciso II deste artigo."

9 Ao tratar da originalidade dos programas de computador, Barbosa (2010, p.1908) traz uma distinção entre as bases de dados originais e as bases de dados não-originais. Segundo Barbosa (2010, p.1908), as bases de dados originais fazem jus à proteção autoral apenas no que se refere à sua estrutura e organização, não sendo protegidos os dados ali contidos, o que se diferencia das bases de dados não-originais, que possuem um campo de proteção mais abrangente, englobando, inclusive, o acervo de dados que compõem o conteúdo da base de dados. Ou seja, enquanto se observa uma proteção à estrutura e à forma de expressão de uma base de dados naquelas denominadas "originais", verifica-se uma proteção ao conteúdo da base de dados naquelas "não-originais" (BARBOSA, 2010, p.1908).

conteúdo das Bases de Dados[10], tal como ocorre na Europa[11].

Importante ressaltar que, não obstante o fato de que as Bases de Dados requerem um programa de computador para o desenvolvimento, administração ou utilização, está se tratando aqui de duas proteções distintas: uma proteção ao programa de computador garantida pela Lei nº 9.609/1998 e uma proteção à Base de Dados sob a Lei nº 9.610/1998. Nesse sentido, mais uma vez ressalta-se o trabalho de Santos (2005, p. 326-327):

> A proteção da base de dados deve, em princípio, ser independente da proteção conferida aos programas de computador; visto constituírem estes obras intelectuais autônomas. (...) O princípio da separação entre a obra intelectual autônoma e o programa de computador que permite sua utilização aplica-se também a outros tipos de obras em que os programas constituem ferramenta essencial para organizar o armazenamento da informação ou permitir o acesso ao conteúdo. É o caso, por exemplo, das enciclopédias, dicionários e coletâneas em geral.

Ainda, a lei deixa claro que a proteção conferida pelo Direito Autoral às Bases de Dados não engloba o conteúdo daquela base de dados, sem prejuízo da proteção autoral que seja cabível àquele conteúdo[12]. Inclusive, segundo a Legislação Autoral Brasileira, para que uma obra passível de proteção autoral seja inserida em uma Base de Dados, é necessária prévia e expressa autorização do autor/titular daquela obra[13].

10 Sobre essa proteção, ressalta Wachowicz (2007, p. 242): "Com efeito, dentro do sistema de direito sui generis do produto da base de dados na Sociedade da Informação, o próprio conteúdo da compilação de dados será protegido, quer tenha esta originalidade necessária para ser objeto de direito autoral ou não. Isto a ponto de que, se numa determinada base de dados houver o direito de autor ou conexos, estes serão cumulativos aos direitos sui generis do produtor. Assim, de qualquer maneira a base de dados será objeto de restrições. A partir do entendimento de que o conteúdo da base de dados é necessariamente informação, o próprio conteúdo da compilação de dados existentes num site entra em conflito com o direito à informação."

11 Diretiva 9/96/CE: "CHAPTER III. SUI GENERIS RIGHT. Article 7. Object of protection. 1. Member States shall provide for a right for the maker of a database which shows that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents to prevent extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database."

12 Art. 7º, §2º: da Lei nº 9.610/1998: § 2º "A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.".

13 Art. 29, IX da Lei nº 9.610/1998: "Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização

Tal como preceitua a Lei de Direitos Autorais, o autor de uma Base de Dados sempre será uma pessoa física[14], enquanto o seu titular poderá tanto ser uma Pessoa Física como uma Pessoa Jurídica. Já o titular pode ser o próprio autor da Base de Dados – ou organizador, no caso de obra coletiva -, sendo o titular originário (WACHOWICZ, 2014, p.20) ou titular derivado na hipótese de aquisição mediante contrato ou sucessão. Wachowicz (2014, p. 16) destaca, ainda, que uma base de dados desenvolvida por um programa de computador faria jus à proteção autoral nos termos do Art. 7º, XIII.

Insta notar que a proteção concedida às Bases de Dados pela Legislação Autoral Brasileira está arrimada com o texto de TRIPS (BRASIL, 1994), notadamente em seu Art. 10.2, que prevê o seguinte:

> 2. As compilações de dados ou de outro material, legíveis por máquina ou em outra forma, que em função da seleção ou da disposição de seu conteúdo constituam criações intelectuais, deverão ser protegidas como tal. Essa proteção, que não se estenderá aos dados ou ao material em si, se dará sem prejuízo de qualquer direito autoral subsistente nesses dados material.

Ainda no que se refere ao tratamento internacional concedido às Bases de Dados, cumpre aqui ressaltar os artigos 2(5) e 2 (6) da Convenção de Berna, internalizada através do Decreto nº 75.699 de 1975, que preveem o seguinte:

> 5) As complicações de obras literárias ou artísticas, tais como enciclopédias e antologias, que, pela escolha ou disposição das matérias, constituem criações intelectuais, são como tais protegidas, sem prejuízo dos direitos dos autores sobre cada uma das obras que fazem parte dessas compilações. 6) As obras acima designadas gozam de proteção em todos os países unionistas. A proteção exerce-se em beneficio dos autores e de seus legítimos representantes.(BRASIL, 1975)

---

da obra, por quaisquer modalidades, tais como: IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero".

14 Art. 11 da Lei nº 9.610/1998: "Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei."

2.2.1. Críticas à proteção Autoral das Bases de Dados

Antes mesmo do surgimento das tecnologias mencionadas no presente estudo, a tutela do Direito Autoral às Bases de Dados é alvo de críticas por parte da doutrina, haja vista a incompatibilidade do regime autoral[15] para a proteção das bases de dados.

A crítica por José de Oliveira Ascensão (1997) segue o raciocínio de que: a criatividade que leve a desenvolver um critério de seleção e organização de material que irá compor uma base de dados não é passível de proteção, nem a mera aglomeração de obras. Some-se a isso, ao sugerir uma reflexão a respeito dos elementos que podem compor o desenvolvimento de uma Base de Dados (critérios utilizados e conjunto de obras), Ascensão (1997) destaca que o critério em si não faz jus a qualquer proteção autoral, por mais inovador que seja e, posteriormente em sua obra, conclui que "mesmo quando o material da base de dados são obras literárias ou artísticas e quando o seu critério é criativo, a base de dados pode não ser tutelada pelo Direito de Autor." (ASCENSÃO, 1997, p. 675).

Ascensão (1997, p.676-677) critica, ainda, o direito *sui generis* existente para a proteção de Bases de Dados nas Comunidade Europeia, destacando que tal direito compreenderia uma dualidade de direitos: um direito de acesso e um direito de utilização, sendo este último de maior gravidade, haja vista que possibilitaria a proteção contra utilização de

15 Sobre a questão, Santos (2005, p. 334): "A obra protegível, que no sentido originário era a expressão da personalidade do autor; tornou-se funcional, interativa e despersonalizada. É uma criação em continua evolução, apenas parcialmente acabada, cuja vocação é atender a uma necessidade do usuário. O que se busca proteger é, à toda evidência, um produto empresarial que decorre de investimentos substanciais. Daí que o sujeito do direito não é mais o criador; no sentido primitivo da figura, mas o produtor, e por isso o direito é conferido à empresa. Sendo assim, sobressai o interesse da exploração econômica, do monopólio, da proteção do investimento. A assimilação dessas criações às obras intelectuais clássicas e a sua sujeição ao regime protetivo tradicional não se fazem sem lesar ambos os lados: o regime autoral fica adulterado e o legítimo interessado não logra obter os resultados desejados. Daí o recurso a mecanismos legais alternativos. Com relação ao programa de computador; busca-se a proteção patentária para suprir a insuficiência da proteção autoral. Pela mesma razão, busca-se uma proteção sui generis para o conteúdo das bases de dados. O resultado é a sensação de artificialismo, de um lado, e de excesso de proteção, de outro."

um mero dado da base de dados, o que, como bem aponta o autor, foi suprimido na Diretriz da Comunidade Europeia sobre o tema.

Entretanto, cumpre ser ressaltado que autores de prestígio na área, como Ascensão (1997) e Santos (2005) questionam a aplicabilidade do regime autoral para a proteção das bases de dados e sugerem que tais tecnologias pudessem vir a ser protegidas por uma tutela específica, capaz de compreender as especificidades relacionadas às Bases de Dados e de maneira a garantir uma proteção mais adequada àqueles titulares. Por outro lado, destacam que a aplicação de um regime *sui generis* para a proteção exclusiva do conteúdo das bases de dados poderia ser arriscado, colocando em risco até mesmo o equilíbrio entre interesses público e privado nessas relações jurídicas.

3. O ADVENTO DAS TECNOLOGIAS DE BIG DATA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AS TRANSFORMAÇÕES NA CONCEPÇÃO TRADICIONAL DE BASE DE DADOS

3.1. A EVOLUÇÃO DAS BASES DE DADOS

Wachowicz (2014, p. 14) destaca a evolução tecnológica das bases de dados, ao apontar que

> Na sua origem, as bases de dados dos computadores estavam restritas apenas ao registro e tratamento numérico; posteriormente incluiu o registro alfa-numérico, para, finalmente, nos dias atuais, abranger as imagens e os sons (multimídia).

Valendo-se do trecho acima, entendemos que, no que se refere ao tipo de conteúdo de uma Base de Dados, não foram introduzidas grandes transformações com o surgimento do *Big Data*, por exemplo. O que surge é uma grande variedade de dados e fontes de dados, englobando: dados pessoais, dados de pagamento, preferências de consumo e navegação, palavras-chave, dentre outros, todos podendo ser expressos de registros alfa-numéricos, por exemplo.

Dessa maneira, a expansão das tecnologias de *Big Data* não alterou em si o tipo de dados que compõem uma Base de Dados, mas sim a variedade das fontes e do que tais dados representam. Ainda, talvez a maior transformação que vem sendo verificada é no que se refere ao volume de dados processados e analisados, o que está diretamente relacionado também com as diversas fontes geradoras de dados: cadastros em *websites*, dados e conteúdos gerados em redes sociais, repositórios científicos, etc.

Portanto, mesmo que ainda representados de maneira alfa-numérica ou através de multimídia, os novos desafios e oportunidades relacionados às Bases de Dados no novo panorama tecnológico estão diretamente relacionados à multiplicidade de fontes de dados e ao imenso volume de conteúdo gerado na *Web* 2.0.

3.2. O BIG DATA E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

3.2.1. O Big Data

Entender o que é o *Big Data* e a Inteligência Artificial é algo complexo. Um dos fatores que reforça essa complexidade é a possibilidade – e até mesmo necessidade - de se conceituar e estudar tais tecnologias de maneira multidisciplinar: ambas tecnologias podem ser estudadas sob a perspectiva da Ciência da Computação, da Medicina e do Direito, por exemplo, tendo, para cada campo de pesquisa, uma metodologia e objetos de estudo particulares às problemáticas relacionadas. Entretanto, no momento de estudar a Inteligência Artificial sob a perspectiva da Medicina, não pode ser olvidada a relação do uso dessa tecnologia com as Instituições de Direito em uma determinada sociedade.

O que se nota já nesse primeiro momento é que a própria conceituação do que vem a ser o Big Data não recebe tratamento pacificado por estudiosos do tema (CARLONI, 2013; GONÇALVES, 2014; BRETERNITZ, SILVA, 2013; KEMP, 2014), ou seja, sequer a tecnologia em questão possui um conceito definido dentre os estudiosos dessa tecnologia não só na área jurídica, como também econômica e da informática.

A inexistência de um consenso sobre o conceito do que vem a ser *Big Data* é abordada por Gonçalves (2014) de maneira esclarecedora: "O pluralismo de significados relacionados ao mesmo significante obscurece o entendimento sobre o que é big data e quais são as suas interações com o direito, seus princípios e modo de funcionamento, e a segurança da informação.".

Apesar de não existir um aparente consenso para a conceituação do *Big Data*, optou-se por trazer o conceito atribuído por Albagli, Appel e Maciel (2013, p.4), por expor de maneira didática o que compreende a tecnologia do *Big Data*:

> Big Data compreende a geração, tratamento e análise de grandes volumes de dados que excedem as capacidades convencionais de processamento, e vem sendo explorado também por empresas, governos e outros segmentos interessados em extrair informações a partir de grandes quantidades de dados não estruturados.

3.2.2. Inteligência Artificial

Tal como mencionado acima, a questão da Inteligência Artificial e a sua relação com o Direito Autoral é de grande complexidade e permite a elaboração de uma tese dedicada exclusivamente para o debate desse tema. Para o presente trabalho é necessário, entretanto, que a problemática seja introduzida para permitir uma melhor reflexão sobre o impacto dessas tecnologias na criação e utilização de Bases de Dados.

Para melhor apresentar no que consistem as tecnologias de Inteligência Artificial, cumpre aqui trazer alguns comentários realizados em obra anterior (SCHIRRU, 2016, p.2):

> O termo "Inteligência Artificial" foi usado pela primeira vez em 1956, em uma conferência em Dartmouth e, apesar da relutância de alguns pesquisadores em aceitar que as máquinas sejam capazes de exercer um pensamento criativo (DAVIES, 2011), com o surgimento de novas tecnologias utilizando-se de algoritmos e sistemas dotados de Inteligência Artificial, o intelecto já não pode mais ser considerado como um atributo exclusivo do ser humano (ČERKAA, GRIGIENĖA E SIRBIKYTĖB, 2015, p. 376).Os sistemas de inteligência artificial são sistemas capazes de *aprender*, mediante o acúmulo de expe-

> riências desenvolvidas a partir de tentativas e erros, bem como de experiências de outros agentes, treinar a si mesmos, o que permite a esses agentes e sistemas a tomada de decisões diferentes e imprevisíveis para uma mesma situação (ČERKAA, GRIGIENĖA E SIRBIKYTĖB, 2015) .Davies (2011, p.604) traz uma importante distinção entre os computadores de gerações anteriores e os computadores atuais no que se refere a sua capacidade de aprendizado: enquanto nos computadores antigos era necessário que todas as informações fossem incluídas pelo programador levando em conta todas as conclusões e resultados possíveis, hoje em dia, um computador exerce uma atividade tal como o cérebro humano[16], ou seja, recebe uma multiplicidade de informações das mais diversas fontes sensoriais, bem como de outros computadores e agentes de inteligência artificial, para, a partir dessas informações, chegar às suas próprias conclusões.

Assim como apontado na obra acima transcrita (SCHIRRU, 2016), a problemática acerca da utilização de sistemas de Inteligência Artificial para o Direito Autoral compreende a própria concepção de conceitos e elementos essenciais para o Direito Autoral: notadamente os conceitos de Autoria, Titularidade e Obra.

No que se refere às Bases de Dados, cumpre indagar a respeito da titularidade de uma Base de Dados organizada e desenvolvida por um sistema de Inteligência Artificial. De quem seria a autoria e a titularidade dessa Base de Dados? Ainda, partindo da premissa de que a obra deverá ser dotada de originalidade para receber proteção autoral, seria original a organização e sistematização de uma Base de Dados realizada por um sistema de Inteligência Artificial? Quem ocuparia os postos de Autor e Titular daquela Base de Dados?

16 Nota do Original: "Importante notar que ao desenvolver um sistema de inteligência artificial, os seus programadores não desenvolvem um algoritmo específico para a resolução de um problema, mas sim uma descrição que permite ao sistema de inteligência artificial reconhecer a solução, sendo a busca uma parte fundamental dos sistemas de inteligência artificial (ČERKAA; GRIGIENĖA; SIRBIKYTĖB, 2015 p. 379). Dentre outros aspectos que diferenciam a nova geração das antigas gerações de computadores, um deles é a imprevisibilidade das atitudes e conclusões que serão tomadas pelo computador ou agente de inteligência artificial, pois o programador não está ciente de todas as informações e as suas respectivas fontes das quais o computador está obtendo informações (ČERKAA; GRIGIENĖA; SIRBIKYTĖB, 2015 p. 379)."

Mesmo que se repise a visão antropocêntrica[17] de que apenas o ser humano seria apto para produzir obras e materiais dignos de receber proteção autoral, resultando em um entendimento onde um sistema de Inteligência Artificial não seria capaz de ser considerado Autor de uma Obra ou até mesmo Titular desta, como ficaria a Obra em si? Estaria essa Base de Dados livre de qualquer proteção autoral?

Tais questões são complexas e, apesar de sua crescente relevância com a introdução de novas tecnologias diariamente, ainda não foram objeto de muitas discussões na doutrina e jurisprudência brasileira.

3.3. TRANSFORMAÇÕES NA CONCEPÇÃO TRADICIONAL DE BASES DE DADOS

Alguns dos questionamentos e problemáticas envolvendo Big Data e Inteligência Artificial foram introduzidos acima à título de evidenciar como a complexidade inerente a tais tecnologias não envolve apenas a questão da Base de Dados em si, mas sim os próprios conceitos estruturais sobre os quais o Direito Autoral se apoia.

Entretanto, o objeto do presente estudo são as Bases de Dados e, prezando pelo rigor objetivo do presente trabalho, este se dedicará agora ao estudo de como tais tecnologias influenciam os conceitos e elementos relacionados às Bases de Dados no atual panorama tecnológico e social.

3.3.1. Fluxo de Dados e Informações

Conforme já foi mencionado anteriormente, há não muito tempo atrás, a relação entre conteúdo e usuários era basicamente de consumo de conteúdo pelo usuário. Hoje em dia, com o advento da *Web 2.0.* e, principalmente, das Redes Sociais, o usuário passou a ocupar não só o polo de consumidor de conteúdo, mas também de gerador de conteúdo.

17 Para uma discussão aprofundada acerca de questões antropológicas e de Direito na área da Robótica, vide Castro Júnior (2013).

O conteúdo gerado pelo Usuário muitas das vezes é gerado, disponibilizado e, inclusive, licenciado, sem necessariamente este ter o pleno reconhecimento. Isto porque o simples acesso e uso de determinadas redes sociais mediante a aceitação de Termos e Uso e Políticas de Dados – que raramente são lidos em sua totalidade, concede permissão à um determinado agente que colete informações e dados referentes aos conteúdos produzidos e/ou referentes ao usuário, tais como: conteúdos postados e conteúdos em que se foi marcado, mensagens enviadas e recebidas, localizações de fotos e *check-ins*, datas de arquivos, conteúdos acessados, páginas curtidas e amigos mais acessados, grupos preferidos para compartilhar informações, informações sobre pagamentos (números de cartões, informações de conta, dados de faturamento) sempre que realizados dentro de Rede Social, informações sobre o dispositivo onde o aplicativo está instalado (Sistema Operacional, *hardware*, intensidade de sinal, localização geográfica do dispositivo, número de celular, IP, operadora de celular, idioma, navegador utilizado etc), informações de parceiros e outras empresas do grupo de uma determinada empresa, informações de uso de *websites* que se utilizam dos Serviços da rede Social, dentre outras[18].

Tal conteúdo gerado pelo usuário é de grande valia para o titular de uma plataforma ou rede social, haja vista que tais informações podem ser coletadas e utilizadas para as mais diversas finalidades, tais como: melhorar os serviços prestados pela rede social, através de conteúdos personalizados de acordo com o interesse do usuário, oferecer facilidades para encontrar ofertas locais perto da localização do usuário, permitir um marketing direcionado e incrementar a segurança da rede[19].

Além disso, tais informações e dados podem ser compartilhados com outras empresas do grupo (no caso do *Facebook*, algumas das empresas que fazem parte do seu grupo são: *Instagram LLC*, *WhatsApp Inc*., *Oculus*, etc) ou com empresas parceiras (empresas de publicidade, por exemplo), mas no caso do *Facebook*, as informações compartilhadas

18 Política de Dados do Facebook: https://www.facebook.com/about/privacy/#
19 Política de Dados do Facebook: https://www.facebook.com/about/privacy/#

com empresas de publicidade são informações não-identificáveis, ou seja, não contém os dados pessoais[20].

Esse processamento, tratamento e utilização do enorme volume de dados produzidos e disponíveis na rede é realizado através de tecnologias de *Big Data* que, muitas das vezes, se valem de sistemas de Inteligência Artificial para o reconhecimento de padrões e demais atividades que hoje já são inviáveis de serem processadas por um ser humano em tempo necessário[21].

3.3.2. Tipos de Informações Envolvidas

As informações e conteúdos que são coletados, armazenados, processados e utilizados nessas enormes bases de dados seguem a classificação mencionada por Wachowicz (2014) e partem desde informações gerais e públicas, informações protegidas (seja por leis de proteção de dados pessoais, informações sigilosas[22] ou Propriedade Intelectual) e informações restritas.

Tal como visto no item supra e utilizando, mais uma vez, o *Facebook* pode ser utilizada como exemplo de que as informações e

20 Política de Dados do Facebook: https://www.facebook.com/about/privacy/#

21 No que tange à relação entre o Big Data e a Inteligência Artificial, destaca-se aqui o estudo de Breternitz e Silva (2013, p.108-109), que introduz o tema e destaca a importância da inteligência artificial para o Big Data da seguinte maneira: "Na Inteligência Artificial, por sua vez, destacam-se os estudos em processamento de linguagem natural (natural-language processing), reconhecimento de padrões (pattern recognition) e aprendizado de máquina (machine learning) que podem ajudar a extrair dos grandes volumes de dados (estruturados ou não-estruturados) conhecimento para auxiliar a tomada de decisões (LOHR, 2012)." Complementam os autores (BRETERNITZ, SILVA, 2013, p.112): "Em adição ao próprio avanço tecnológico que o streaming computing proporciona, diferentes técnicas de Inteligência Artificial são empregadas para tratar dados em diferentes estruturas e descobrir através desses, padrões em menor tempo e com maior precisão. Para dar suporte a tudo isso, novos paradigmas de banco de dados vem surgindo para trabalhar com alto volume de dados e em tempo real."

22 Por exemplo, o acesso a informações sigilosas referentes à Projetos de P&D, contido na Lei nº 12.527 de 2011, como consta em seu art. 7º, §1º: "Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: (...).§ 1º O acesso à informação previsto no **caput** não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. "

dados coletados e utilizadas mediante tecnologias de *Big Data* podem ser, inclusive, passíveis de proteção pelo direito da Propriedade Intelectual. Ao aceitar os termos de uso e as políticas de dados, o usuário daquela tecnologia concorda em licenciar, com direito à sublicenciamento e livre de quaisquer *royalties*, o uso do conteúdo passível de proteção pelo Direito da Propriedade Intelectual à sociedade empresária titular daquela Rede Social[23]. Ainda, todas as informações e dados disponibilizados utilizando a opção de privacidade "Público" podem ser utilizados e acessadas inclusive por pessoas fora do *Facebook*[24].

Outra questão que se observa é a definição acerca do valor de cada tipo de informação para o titular de uma base de dados. Em outras palavras, dependendo do modelo de negócio ou do fim ao qual se almeja alcançar, determinados tipos de informações e dados serão mais valiosos. Basta pensar no caso de uma empresa de *marketing*/publicidade: para esse modelo de negócio, as informações de busca, navegação e determinados dados de mídias sociais de um consumidor são de extrema valia, pois permitirão elaborar um perfil de consumo daquele individuo, o que, em última instancia, garantirá maiores chances de sucesso naquela publicidade direcionada.

Em tecnologias como o *Netflix*, boa parte do seu sucesso é a organização e seleção de títulos que compõem o catálogo dessa tecnologia que, combinado com a sua forma de funcionamento e os conteúdos gratuitos e exclusivos, faz da tecnologia um sucesso. Nessa tecnologia em particular fica evidente a importância das informações restritas (o acesso

23 Item 2. 1. Dos Termos de Uso do FAcebook: "Para conteúdos protegidos por leis de direitos de propriedade intelectual, como fotos e vídeos (conteúdo IP), você nos concede especificamente a seguinte permissão, sujeita às suas configurações de privacidade e de aplicativos: você nos concede uma licença global não exclusiva, transferível, sublicenciável, livre de royalties para usar qualquer conteúdo IP publicado por você ou associado ao Facebook (Licença IP). Essa Licença IP termina quando você exclui seu conteúdo IP ou sua conta, exceto quando seu conteúdo é compartilhado com outras pessoas e este não é excluído por elas." Disponível em: https://www.facebook.com/legal/terms. Acesso em 19 ago 2016.

24 Item 2.4. dos Termos de Uso do Facebook: "2.4. Quando você publica conteúdos ou informações usando a opção Público, você está permitindo que todos, incluindo pessoas fora do Facebook, acessem e usem essas informações e as associem a você (isto é, ao seu nome e foto do perfil)." Disponível em: https://www.facebook.com/legal/terms. Acesso em 19 ago 2016.

restrito ao conteúdo daquela Base de Dados faz com que indivíduos paguem uma mensalidade para receber esse serviço), das informações protegidas (o *Netflix* possui conteúdo exclusivo, de produção própria, o que também tem demonstrado uma maior aceitação até mesmo do que o conteúdo licenciado[25]), bem como da utilização de tecnologias de reconhecimento de preferências para sugerir novas séries ou filmes baseados no que já foi assistido pelo usuário.

Dessa maneira, não necessariamente será um dado ou informação, no sentido *lato*, protegido por um Direito de Propriedade Intelectual que será o bem mais valioso de uma determinada sociedade. Tudo dependerá do modelo de negócio proposto, mas que, invariavelmente da tecnologia utilizada, e dentro do escopo do presente estudo, consistirá em uma Base de Dados passível de proteção pelo Direito Autoral.

3.3.3. Elementos que compõem a concepção de Base de Dados

3.3.3.1 O conteúdo em si da Base de Dados

Embora existam posições a respeito do conteúdo das Bases de Dados, no sentido de que serão protegidas compilações de obras passíveis de proteção autoral, o conteúdo da Base de Dados não levanta maiores questionamentos no que se refere à proteção do Direito Autoral. Tal como prevê o artigo 10.2. de TRIPS, serão protegidas não apenas as Bases de Dados que tenham como conteúdo obras passíveis de proteção pelo Direito Autoral, mas também outros dados e materiais.

É bem verdade que as Bases de Dados podem remontar à períodos muito longínquos, sendo a Biblioteca de Alexandria um exemplo de compilações de obras (BARBOSA, 2013). Entretanto, foi com o advento de tecnologias de processamento de altos volumes de dados que as Bases de Dados voltaram a ocupar um lugar de destaque na Sociedade da Informação.

O conteúdo em si das Bases de Dados, conforme visto acima, pode compreender uma extensa gama de dados, informações e obras que vão

25 Ver mais em Business Insider, 2016.

desde dados pessoais, preferências de compras, músicas e filmes, dados estatísticos, dentre muitos outros. As possibilidades são tão variadas quanto as finalidades propostas para o uso de uma ou combinadas Bases de Dados.

Portanto, seria impreciso determinar qual é o conteúdo predominante das Bases de Dados atuais, haja vista o alargamento desse conceito e a infinidade de aplicações e usos das Bases de Dados para diferentes modelos de negócio.

O que deve ser levado em conta é que esse conteúdo pode envolver informações livres, mas também pode contar informações protegidas, seja por legislações de dados pessoais, de sigilo de dados, de propriedade intelectual, dentre outras.

3.3.3.2. A forma ou sistema de organizar os conteúdos e de acesso ou utilização

A forma de organização de uma Base de Dados pode se constituir como um importante ativo para uma determinada sociedade empresária. O *Netflix* é um exemplo de organização de conteúdo que atrai o consumidor: os filmes e séries são divididos em diversas categorias e disponibilizados de maneira a permitir um acesso mais direcionado de acordo com a preferência do usuário.

Ainda, pode se valer aqui da indústria fonográfica para exemplificar uma progressão do consumo de entretenimento: da aquisição de CDs e LPs, passando para o *download* de arquivos e agora popularizando as tecnologias de *streaming*, como o *Spotify*. Em outras palavras, o que se viu foi a passagem de uma noção de "aquisição", de "propriedade", para uma nova cultura de "acesso": Acesso a bases de dados de filmes e séries como o *Netflix*, acesso a bases de dados de músicas, como o *Spotify*, acesso a uma variedade de Bases de Dados de dados de artigos científicos, sejam abertos ou fechados.

Portanto, a questão do Acesso a Base de Dados passa a ocupar, hoje em dia, um lugar de destaque dentro do consumo de bens de entretenimento, deestudo, trabalho, etc.

3.3.3.3 Os programas de computador utilizados para a criação e utilização da Base de Dados

Também já foi exposto acima que a capacidade de processamento dos computadores atuais tem levado ao recorrente uso de tecnologias de Inteligência Artificial para processar e analisar a imensidão de dados disponibilizados nas mais diversas bases, através de tecnologias de reconhecimento de padrões, *deep learning*, etc.

Talvez uma das maiores transformações relativas aos elementos que utilizam e criam Bases de Dados seja os programas de computador envolvidos nesses processos, o que levaria a uma necessidade de uma reflexão a respeito da adequabilidade da legislação autoral nacional.

Conforme já foi mencionado no presente estudo, a proteção dos programas de computador pelo regime autoral e a proteção das Bases de Dados são proteções distintas. Entretanto, a partir do momento que a natureza de Obras geradas por um programa de computador e a própria possibilidade de um programa de computador ser autor/titular de uma Obra passam a ser questionamentos dignos de análises mais cuidadosas, tais questões relacionadas aos programas de computador passa a representar uma maior importância no debate sobre a proteção autoral das Bases de Dados.

É bem verdade que uma Base de Dados eletrônica é geralmente desenvolvida por um programa de computador e isso não retira a sua proteção pelo Direito Autoral, de acordo com o art. 7º, XIII[26].

Entretanto, a questão da personalidade jurídica dos robôs[27] e as discussões acerca dos conceitos de Obra, Autoria e Titularidade diante das tecnologias de Inteligência Artificial, influenciarão não só na proteção legal das Bases de Dados, mas também sobre a própria concepção acerca da relação entre programas de computador e Bases de Dados.

26 Wachowicz (2014, p. 16) destaca que uma base de dados desenvolvida por um programa de computador faria jus à proteção autoral nos termos do Art. 7º, XIII.

27 Sobre o tema, vide Castro Júnior (2013).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo introduzir algumas problemáticas advindas do surgimento e expansão de tecnologias de *Big Data* e Inteligência Artificial para o estudo da proteção autoral concedida às Bases de Dados.

Através da apresentação e utilização de taxonomias e conceitos apresentados por Wachowicz (2014), buscou-se contextualizar a concepção tradicional das Bases de Dados ao novo panorama tecnológico resultado não só do advento das tecnologias citadas, mas também de uma maior participação do usuário e alta produção e circulação de conteúdo na *Web*.

No momento de apresentação da proteção legal conferida às Bases de Dados através do Direito Autoral, já foram verificados fatores que levariam a uma inadequação desse regime legal à proteção dessas criações de natureza predominantemente funcional, tendo sido levantada a hipótese de se pensar em um regime jurídico especifico para as Bases de Dados. Importante ressaltar que o tal regime deveria ser capaz de não só se adequar às especificidades do objeto protegido, mas também que não impedisse o acesso a informações e dados que, por sua própria natureza ou determinação legal, pudessem ser livremente acessados.

No que se refere às tecnologias de *Big Data* e Inteligência Artificial propriamente ditas, foi destacada a complexidade inerente a cada uma dessas tecnologias em sua própria relação com elementos estruturais do Direito Autoral, ressaltando que não é apenas a sua aplicação nas Bases de Dados que evidencia uma necessidade de se repensar conceitos e a própria legislação autoral vigente, mas sim o próprio surgimento de tais tecnologias, que devem, também, ser estudadas a partir de uma ótica integradora no que se refere ao contexto social e institucional vigente.

No que se refere ao fluxo de dados e informações, foi verificado que a relação entre conteúdo e usuário passou de uma relação onde o usuário apenas consumia conteúdo e este passou a ser, talvez o principal, produtor de conteúdo. Conteúdo este que pode ser até mesmo protegido por Propriedade Intelectual e que é licenciado para os mais variados usos.

Além disso, no que se refere aos dados e informações produzidos na *Web* e passíveis de utilização por tecnologias *Big Data*, foram destacadas as mais diversas fontes e finalidades para tais informações, constituindo estas um importante ativo para os mais variados modelos de negócios existentes. Ainda, nesse primeiro estudo, não foi possível precisar qual tipo de informação teria mais valor para o empresário, haja vista a multiplicidade de usos e finalidades que podem ser dados a essas informações. Entretanto, o que se mantem é que, inevitavelmente, tais informações serão arquivadas, organizadas e estruturadas em um ativo de Propriedade Intelectual: a Base de Dados.

Por fim, foi verificado que o advento e a utilização – quase que dependente, dado o imenso volume de dados a ser processado e analisado – de tecnologias de Inteligência Artificial e *Big Data*, constituem não apenas oportunidades de negócio, mas sim desafios legais para os operadores de Direito no que tange à aplicação da Legislação atual e reflexões sobre futuras legislações para regular – se regular for a melhor opção – situações que não foram previstas no momento da elaboração da Legislação em vigor.

Isto porque, tecnologias como a Inteligência Artificial, cada vez mais complexas e imprevisíveis, questionam os próprios conceitos que representam a estrutura do Direito Autoral, como os elementos que compõem a Autoria, a Titularidade e o próprio entendimento do que vem a ser uma Obra passível de proteção pelo Direito Autoral.

REFERÊNCIAS

ALBAGLI, Sarita; APPEL, Andre Luiz; MACIEL, Maria Lucia. E-Science e Ciência Aberta: Questões em Debate. XIV Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação (ENANCIB 2013).

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro : Renovar. 2.a ed.1997

BARBOSA, Denis B. **Direito de Autor: Questões Fundamentais de Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 1002p.

BARBOSA, Denis B. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo III. Rio de Janeiro, RJ. Editora Lumen Juris, 2010. p. 349.

BRASIL. **Decreto nº 1.355 de 30 de Dezembro de 1994**. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf.

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.

BRASIL. **Lei Nº 9.610 , de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.

BRETERNITZ, Vivaldo José; SILVA, Leandro Augusto. Big Data: Um novo Conceito gerando oportunidades e desafios. **Revista RETC** – Edição 13ª. Outubro de 2013. P.106.

BUSINESS INSIDER. **Netflix rating show original content works.** April 9, 2016. Disponível em: http://www.businessinsider.com/netflix-rating-show-original-content-works-2016-4. Acesso em 22 ago 2016.

CARLONI, Giovanna Louise Bodin de Saint-Ange Comnène. **Privacidade e Inovação na Era do Big Data**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FGV Direito Rio como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Rio de Janeiro. Junho de 2013.

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. **Direito e Pós-Humanidade. Quando os Robôs serão sujeitos de Direito**. Curitiba. Editora Juruá. 2013.

ČERKAA, Paulius; GRIGIENĖA, Jurgita; SIRBIKYTĖB, Gintarė. Liability for damages caused by artificial intelligence. **Computer Law & Security Review**. Vol 31. No.3. Junho de 2015. Pp. 376-389.

DAVIES, Colin R. An evolutionary step in intellectual property rights – Artificial Intelligence and Intellectual Property. **Computer Law & Security Review**. Vol 27. 2011. Pp. 601-619.

DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão. **Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo. Quartier Latin: 2ª edição. 2005.

FACEBOOK. **Termos de Uso**. Última revisão em 2015. Disponível em: https://www.facebook.com/legal/terms. Acesso em 19 ago de 2016.

FACEBOOK. **Política de Dados**. Última revisão em 2015. Disponível em: https://www.facebook.com/about/privacy/#. Acesso em 19 ago de 2016.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. Big Data, Propriedade Intelectual e a segurança de informação: o cidadão comum na nuvem de dados. **Migalhas de Peso**. 22 de maio de 2014. Acesso em 2 mar 2016.

JÚNIOR, Sérgio Said Staut. **Direitos Autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas**. Editora Moinho do Verbo. 2006. 240p.

KEMP, Richard. Legal Aspects of managing Big Data. **Computer Law & Security Review**. 30. 2014. Pp. 482-491.

LIMA, João Ademar de Andrade. A Base de Dados como Objeto de Proteção de Direito Autoral. **Revista Spei**. Curitiba, v. 5, n. 1, p. 47-51, Jan/Jun, 2004.

MENDES, C.I.C; BUAINAIN, A.M. Bases de Dados: Propriedade Intelectual e implicações à Pesquisa Agrícola. **Simpósio Nacional de Instrumentação Agropecuária**. São Carlos. 18 a 20 de Novembro de 2014. 4p.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **A proteção autoral de programas de computador**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2008. 454 p. (Coleção: Propriedade Intelectual, Org. Denis Borges Barbosa).

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Considerações Iniciais sobre a Proteção Jurídica das Bases de Dados. In.: DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão. **Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo. Quartier Latin: 2ª edição. 2005.

SCHIRRU, L. A Inteligência Artificial e o Direito Autoral: primeiras reflexões e problematizações. **Boletim do GEDAI**, Edição de Agosto, 2016.

UNIÃO EUROPÉIA. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:EN:HTML. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. 1996. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:EN:HTML . Acesso em 19 ago 2016.

WACHOWICZ, Marcos. **A Proteção Jurídica Das Bases De Dados Em Face Da Revolução Da Tecnologia Da Informação**. 2014. Disponível em: http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo-base-dados-marcos-wachowicz.pdf. Acesso em: 20 abr 2016.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. 1ª edição, 4ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora. 2007. 288p.

A PROPRIEDADE INTELECTUAL E OS CONFLITOS NA PROTEÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR: novos desafios para a sociedade da informação

Autor: Marco Tulio Braga de Moraes
Instituição: Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR)

Resumo: Este trabalho aborda o direito de propriedade intelectual relativo à criação de programas de computador (softwares), programas cuja aplicação principal está direcionada à Internet. A análise enfoca a produção intelectual na economia das redes informáticas, de abrangência global e multicultural. O objetivo em mira é, pela análise da legislação nacional pertinente, identificar, na acepção normativa, conflitos que possam influenciar os aspectos fáticos atinentes à proteção intelectual. O arcabouço jurídico brasileiro referente à proteção intelectual de softwares é corroborado pelos tratados internacionais, segundo os quais o direito de autor é o que garante a proteção da criação de software. Por fim, o breve relato do caso das patentes de software teve como enfoque maior ilustrar importantes desafios, inerentes a esse novo desenrolar da história da humanidade.

Palavras-chave: propriedade intelectual; software; inovação tecnológica.

1. INTRODUÇÃO

A constatação irrevogável de que a sociedade em que estamos inseridos tem na informação um de seus alicerces, requer uma nova abordagem jurídica no tocante à propriedade intelectual relativa aos inúmeros artefatos digitais que a todo o instante adentram o mercado intermidiático. Desse modo, a ênfase se concentra na dimensão jurídica da propriedade intelectual no âmbito da legislação nacional e internacional, sobretudo, na expectativa de compreender o sistema jurídico protetivo em vigor no Brasil.

Com isso em mente, pretendemos relacionar as garantias constitucionais e infraconstitucionais relativas à propriedade intelectual na dimensão econômica da indústria do software[1]. Tomando isso como ponto de partida, é essencial identificar os preceitos legais, a norma ou fato jurídico que se interponha no caminho das inexoráveis e necessárias inovações. De igual modo, visa-se também identificar, nesta indústria, usos e abusos do poder econômico, a hegemonia mercadológica, com a eliminação da concorrência, e o consequente aumento arbitrário de lucros, capazes de criar monopólios e desestimular a livre concorrência.

Os pressupostos jurídicos brasileiros vigentes corroboram o entendimento de que o direito do autor estabelece relação direta com a economia da Internet, com influência na criação das tecnologias da informação e comunicação. Sem dúvida, a dicotomia existente entre, de um lado, o direito de autor e, do outro, os interesses individuais e, ainda, os interesses coletivos, suscita discussões quanto aos limites da proteção e os benefícios à sociedade.

Por fim, cumpre considerar que a tutela de direitos, em relação à produção de softwares, deve incentivar a inovação, oferecendo a devida recompensa aos criadores, sem restringir o potencial de inovação da indústria nem criar monopólios de direitos.

1 Neste trabalho optou-se por utilizar prioritariamente a palavra *software*, palavra reconhecida no âmbito internacional, em lugar da expressão *programa de computador* utilizada na legislação brasileira.

2. A VIRTUALIZAÇÃO DA SOCIEDADE

A virtualização é um dos aspectos contemporâneos mais relevantes quando se consideram as mudanças atuais na sociedade, originárias de um novo paradigma, decorrente das revoluções científicas e inovações tecnológicas. O virtual se relaciona com a criação de algo novo, a transformação de um padrão pré-estabelecido, e influencia diretamente o caráter ontológico do convívio social, desestruturando-o, sobretudo, em sua percepção de espaço-tempo.

A título de exemplo, considere-se o contexto de uma tradicional organização institucionalizada, com suas dependências, seus colaboradores, os respectivos gabinetes com os respectivos móveis, todo o organograma e fluxo de atividades, horários e rotina, tudo muito bem constituído consoante padrões consolidados da atividade humana.

Entretanto, no momento em que essa instituição se torna virtual, todo esse mecanismo operacional se altera, seus fluxos de atividades são dispostos sistemicamente, com outra lógica na interação entre seus colaboradores, transformam-se os problemas, que afetam diretamente a percepção espaço-tempo. Em suma, dissolve-se a segurança consolidada nos padrões então vigentes, muda a percepção das estruturas previamente compreendidas, bem como a dinâmica estrutural da locação geográfica e temporal, juntamente com a lógica das operações que se desestabilizam. As novas rotinas não mais se coadunam aos padrões consolidados na anterior cultura organizacional, o tempo e o espaço perdem sua permanência, numa nova dinâmica cambiante e imensurável.

Em contraponto às ideias de Castells (2008) e Kuhn (2009), identifica-se, atualmente, uma quebra de paradigma cultural, que só as revoluções são passíveis de suscitar. Segundo assevera Kuhn, uma revolução só se evidencia quando algum fato é capaz de transformar a cultura, a ponto de o novo paradigma solapar os pressupostos então em voga, e o novo paradigma se apossa do cotidiano social.

> [...] consideramos revoluções científicas aqueles episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais

> antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior. (KUHN, 2009, p. 125)

Por conseguinte, qual o novo paradigma, capaz de relativizar a importância do antigo modelo social? Castells assevera que tal revolução se compara à Revolução Industrial dos séculos XVIII e XIX. Revolução que, naquele período da história da humanidade, se consolidou com o advento da máquina a vapor e, depois, com o uso da energia elétrica. Em suma, o referido paradigma, capaz de se comparar a tal período histórico e superar o antigo modelo, é a transformação tecnológica digital, na qual, segundo Castells (2008, p.68), "o cerne da transformação que estamos vivendo na revolução atual refere-se às tecnologias da informação, processamento e comunicação".

> O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informações, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação de informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso. (CASTELLS, 2008, p. 69)

Deste modo, com a potencialidade de comunicação e transmissão de informações por redes informáticas, os bens intangíveis, conhecidos como propriedade imaterial, são influenciados diretamente pelo novo paradigma da cultura digital.

> A virtualização não tem absolutamente nada a ver com aquilo que a televisão mostra sobre ela. Não se trata de modo algum de um mundo falso ou imaginário. Ao contrário, a virtualização é a dinâmica mesma do mundo comum, é aquilo através do qual compartilhamos uma realidade. (LÉVY, 1996, p. 148)

A virtualização e as influências das tecnologias da informação e comunicação não estão, obviamente, concentradas em uma única região do globo, mas disseminam-se por todo o planeta, em várias regiões, tornando possível potencializar as comunicações e a transmissão de informações, por meio de dispositivos móveis, mais acessíveis às pessoas, com vasta difusão geográfica. Entretanto, vale destacar que há uma rápida e evidente distinção entre aqueles que dominam os processos cognitivos

necessários à atuação neste contexto, dos dispositivos móveis e das redes digitais, e aqueles que não tiveram o devido conhecimento para interagirem no universo dos dispositivos digitais e softwares interativos.

Assim, deve-se pensar o direito de propriedade intelectual sob o novo modelo de transmissão de bens e serviços em redes eletrônicas, do compartilhamento de símbolos culturais e informações com valor econômico, cuja abrangência é global e instantânea.

2.1. A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E A INTERNET NO BRASIL

A globalização da Internet promoveu a disseminação de informações e a automação de serviços por algoritmos. Estes fatores tornaram-se insumos poderosos ao desenvolvimento e controle de instituições, governos e cidadãos, estes, agentes ativos na economia da Internet. A regulamentação da propriedade intelectual em meio digital, especificamente quanto aos direitos de autores busca o equilíbrio entre os interesses coletivos e o interesse individual. Em outras palavras, de um lado está a sociedade, que almeja os benefícios da criação humana; de outro, o criador que busca a necessária recompensa que pressupõe o seu trabalho.

Por conseguinte, é de extrema importância para a ciência do direito contemporâneo trazer à tona questões controversas como: quais os limites da proteção legal, segundo o direito brasileiro, capazes de garantir a inovação na indústria do software? Quem são os maiores beneficiários da proteção legal nesta indústria? A legislação autoral garante a criação de quais insumos vitais à inovação de softwares para a Internet? No sistema legal brasileiro, quais acepções normativas permitem a ideal perpetuação da economia criativa na Internet? Há restrições normativas para este ideal?

Cumpre destacar que, ante essas questões, é imprescindível delimitar alguns parâmetros investigativos, priorizando a análise da propriedade intelectual e os novos modelos de negócio na economia criativa no âmbito da Internet.

Entende-se que as indagações previamente estabelecidas decorrem do entendimento de que o direito inerente à proteção das expressões criadoras de softwares se fundamenta no direito autoral. Não obstante, entra em discussão, inclusive no âmbito internacional, a proposição de que o software poderia ser protegido conforme a legislação de patentes de invenção, uma vez que o resultado alcançado por alguns programas de computador seria, em tese, uma solução técnica por natureza.

Nesse contexto, a proteção dos desenvolvedores de programas de computador estaria configurada pelo direito do autor, ou, segundo entendimento minoritário, por meio da patente de invenção. Este embate teórico ressalta a ideia de que, nos conflitos de interesses, tais abordagens jurídicas deverão garantir os investimentos dos produtores e, ao mesmo tempo, permitir o acesso de outros desenvolvedores a um portfólio de inovações capazes de gerar novos produtos e serviços em software, garantindo a livre concorrência. É importante frisar que, na indústria da computação, existem empresas cujo modelo de negócios é baseado em softwares proprietários e outras com fundamentos no modelo de software livre (*open source software*[2]). As licenças *open source* permitem aos usuários o uso gratuito do programa de computador, a modificação e o compartilhamento do código. Segundo a Open Source Initiative, os termos de distribuição devem respeitar os seguintes critérios: a) livre distribuição; b) acesso livre ao código fonte; c) a licença de uso deve permitir modificações e derivações do programa sob os mesmos termos da licença original; d) as novas distribuições deverão conter os números de versões diferentes do software original. Com relação à licença: a) não poderá discriminar pessoas, grupos ou áreas de trabalho; b) deverá ser extensiva a todos os grupos de usuários; c) não poderá ser específica a um produto específico; d) não poderá restringir outros programas de computador; e e) deverá ser composta de tecnologias neutras, ou seja, não poderá ser construída em qualquer tecnologia que não leve em conta a diversidade de desenvolvedores.

2 A definição completa do termo *open source* encontra-se no website da *Open Source Initiative*. Disponível em: <https://opensource.org/osd>. Acesso em: 26 de set. 2016.

Assim sendo, conforme o sistema protetivo vigente no Brasil, por meio da lei de direito autoral, a questão que se apresenta é se caberia a possibilidade protetiva por meio de patentes aos programas de computador. Esse sistema utilizado na América do Norte, especialmente nos Estados Unidos, demonstrou-se inovador porém altamente monopolista. Nem é preciso dizer, nesse país estão grandes produtores de programas de computador, e as maiores empresas do setor lideram a economia mundial da tecnologia da informação e comunicação. Com estes apontamentos, vêm à tona as indagações sobre os verdadeiros motivos desta diferenciação do sistema de proteção. Eis um ponto inevitável à investigação desta investigação. No âmbito nacional, esta indagação corrobora a proposta do documento "Procedimentos para o exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programas de computador", contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de São Paulo (CCSL/USP) em conjunto com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (CTS/FGV).

Hoje a Internet conecta centenas de dispositivos eletrônicos, de sensores a supercomputadores, baseada no conceito de *Web 2.0*, com sua amplitude de acepções culturais e semânticas compartilhadas entre milhões de usuários em todo o mundo. A crescente evolução tecnológica das últimas décadas, especialmente nas áreas da tecnologia da informação e comunicação, do início dos anos oitenta ao final do século XX, tornou polissêmicas muitas das concepções voltadas às relações jurídicas na sociedade atual. Sejam estas relações interpessoais, entre corporações, ou intergovernamentais, elas sofreram constantes inovações nunca imaginadas, acarretando em profundas mudanças nos relacionamentos sociais entre as comunidades.

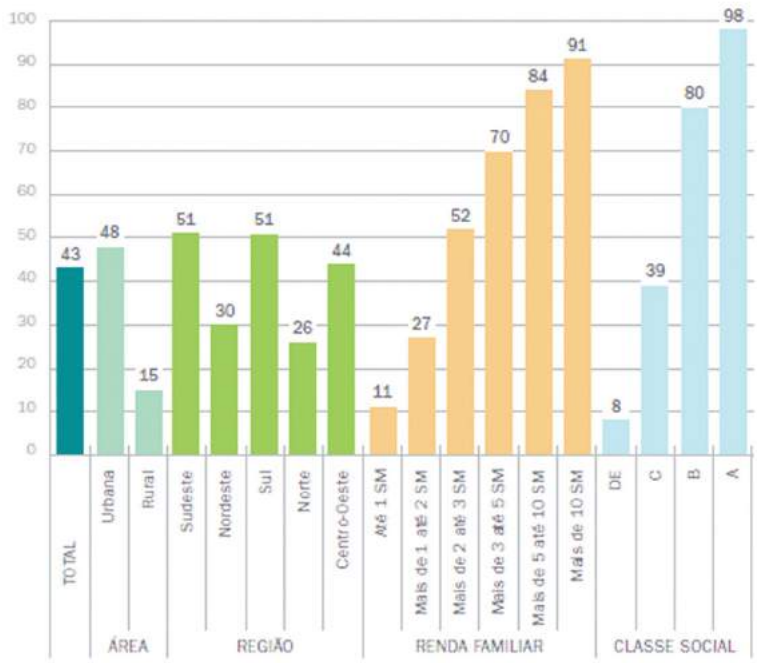
Segundo recente pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), sobre o Uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) no Brasil:

> "[...] o cenário de acesso e uso das TIC no Brasil é caracterizado pela complexidade e pelo contraste de indicadores: a despeito da

manutenção do crescimento na proporção de domicílios conectados à Internet e de usuário de rede – que pela primeira vez ultrapassam a metade da população [...]" (CGI.br, 2014, p.161)

Assim, o gráfico a seguir retrata alguns indicadores da pesquisa:

Gráfico 1: Proporção de domicílios com acesso à Internet (2013). Percentual sobre o total de domicílios.



Fonte: Pesquisa TIC Domicílios e Empresas 2013. (CGI.br, 2014, p. 166).

Ademais, a pesquisa destaca quatro importantes resultados relacionados ao uso das TIC no Brasil:

(1) Computador e Internet no domicílio: a presença de computador nos domicílios segue tendência de crescimento verificada ao longo dos últimos anos.

(2) Desigualdades no acesso domiciliar à Internet: as desigualdades por classe social e área persistem no acesso domiciliar à Inter-

> net. Nas áreas urbanas, a proporção de domicílios com acesso à Internet é de 48%, enquanto nas áreas rurais é de 15%.
>
> (3) Uso de computador e Internet: a pesquisa indica uma ampliação na proporção de usuários de Internet. É a primeira vez que a proporção de usuários de Internet ultrapassa a metade da população.
>
> (4) Telefone celular: aumenta o uso da Internet pelo telefone celular. Em 2013, a pesquisa TIC Domicílios estima 52,5 milhões de usuários de Internet pelo telefone celular no Brasil, o que equivale a 31% da população. Esse percentual era de 15% há dois anos. (CGI.br, 2014, p.165)

Este é um importante indicador sobre as vantagens e credibilidade das comunicações via redes de computadores no país. Com estas perspectivas, começam a surgir diferentes formatos de interação entre a sociedade e as culturas espalhadas pelo mundo, despontando as interações eletrônicas e, com elas, novas definições globalizadas destas relações, como exemplos: correio eletrônico (*e-mail*), comércio eletrônico (*e-commerce*), ensino eletrônico (*e-learning*), governo eletrônico (*e-government*), entre outras. Essas alterações sociais fizeram surgir inúmeras redes interativas capazes de viabilizar e potencializar a produção de conhecimentos entre grupos com interesses semelhantes.

3. A PROPRIEDADE INTELECTUAL NA ERA DA INTERNET

3.1. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Como já dissemos, as influências das tecnologias da informação e comunicação se fazem presentes em todo o globo. Isso exige que o direito de propriedade intelectual leve em conta o novo modelo de transmissão de bens e serviços em redes eletrônicas, do compartilhamento de símbolos culturais e informações com valor econômico, cuja abrangência é global e instantânea.

A característica fundamental do direito sobre a propriedade é a possibilidade de o titular utilizá-la com exclusividade, opondo a terceiros

seus direitos de uso, dispor e fruição, relativos a bens materiais ou imateriais. O titular deste direito, pessoa física ou jurídica, terá poderes para conceder autorização de uso dos seus bens a outrem. Por esse entendimento, a propriedade intelectual se refere às criações do espírito, ou seja, do intelecto, por esta relação é que se entende a propriedade *intelectual*.

Ao longo das últimas décadas, o direito de propriedade intelectual ganhou extrema relevância, sobretudo em decorrência do desenvolvimento de pesquisas em ciência e tecnologia direcionadas à industrialização de bens e serviços. Na atualidade, a sofisticação incorporada aos bens industriais e intelectuais é percebida por meio das constantes inovações que países altamente industrializados, e empresas transnacionais, agregam aos seus produtos e serviços. Há a percepção de que as transformações nas estruturas sociais e econômicas são tão substanciais, que criam sociedades com maior ou menor grau de competência nas interações comerciais globalizadas.

Os direitos adquiridos com estes ativos intangíveis garantem o desenvolvimento econômico e potencializam a inovação tecnológica em países com efetivo domínio na geração de propriedades sobre suas criações intelectuais. O investimento em atividades inventivas de caráter científico-tecnológico, agregadas às estruturas jurídicas eficazes, acarretam, aos países com alto grau de inovação tecnológica, significativas vantagens competitivas no comércio internacional.

O direito contemporâneo, entendido como ordenamento normativo, em sua concepção de direitos públicos, compõe um conjunto de princípios e normas que estabelecem um sistema lógico cujos objetivos atendem a interesses sociais coletivos. Por meio dos preceitos e normas constitucionais fundamentais, de caráter hierárquico superior dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e diante da constante evolução científica e tecnológica, estas normas têm como desafio atender as necessidades sociais decorrentes dessas transformações. Assim, as competências públicas garantem a promulgação de leis que consolidam direitos, impedem injustiças e inseguranças nas relações jurídicas e, acima de tudo, permitem o equilíbrio necessário à existência das dimensões políticas em respeito à democracia.

A Constituição Federal de 1988 dá um importante passo na construção das liberdades na sociedade brasileira, por meio dos direitos fundamentais em seu artigo 5º, onde o direito à liberdade de expressão e ao acesso à informação, o direito autoral e o direito de propriedade industrial, consolidam prerrogativas essenciais a qualquer sociedade entre cujos fundamentos esteja a evolução educacional e cívica de seus integrantes.

Não há como negar que a Internet mudou o mundo, especialmente em relação aos negócios, que têm na participação virtual um de seus alicerces. O uso da Internet potencializa os negócios e o consequente aumento de lucros, aumentando as vantagens competitivas, mas traz também o potencial de expor as empresas e pessoas físicas a uma série de riscos e obrigações legais. Desse modo, as estratégias de negócios devem prever tais riscos e obrigações, levando em conta as distintas leis sobre a Propriedade Intelectual nas nações em um mercado global, e os novos assuntos técnicos intrínsecos ao direito cibernético, como *linking*, *framing* e as *meta-tags*.

Com o mundo se tornando cada vez mais a Aldeia Global vaticinada por McLuhan, principalmente com o advento da Internet, que num átimo globaliza informações e eventos, a preservação e o respeito sobre os direitos de propriedade dos outros devem fazer parte da formação jurídica deste novo contexto. O direito na Internet diz respeito a um grupo de assuntos relacionados ao uso de tecnologias de comunicação e informação. Estes assuntos incluem essencialmente a propriedade intelectual em suas vertentes relacionadas aos direitos de autor e uso de softwares em meio digital. Por consequência, neste novo contexto, os programas de computador se incorporaram aos mais diversos produtos, de carros a *smart phones*, de triciclos motorizados a naves espaciais. Cresce aceleradamente o convívio com uma diversidade enorme de equipamentos conectados à Internet, como monitores de saúde personalizados, eletrodomésticos com inteligência artificial, residências com geradores de energia renovável, e assim por diante.

3.1.1. Aspectos da produção intelectual na economia das redes informáticas

A consolidação de empreendimentos econômicos via Internet se efetiva com: a) globalização da infraestrutura das redes informáticas; b) comércio internacional de dispositivos tecnológicos, especialmente com os computadores pessoais e os telefones celulares; e c) o aperfeiçoamento dos serviços de computação, com a criação de programas de computador capazes de integrar as redes de informações aos dispositivos tecnológicos operáveis e disponíveis no mercado global.

Desse modo, esses três fatores contribuíram para a simbiose entre artefatos tecnológicos e o cotidiano de boa parte da população mundial, seja na efetiva atuação neste contexto do acesso a informações[3] de abrangência global ou na expectativa de fazê-lo. Neste último caso, ressalta-se o fato de que boa parte da população mundial não tem acesso a livre informação, sobretudo por três razões: (1) falta de conhecimento técnico para operar dispositivos e acessar informações pela Internet; (2) falta de recursos financeiros para a aquisição de equipamentos tecnológicos e (3) falta de infraestrutura tecnológica no país ou região, às vezes em decorrência de algum tipo de intervenção no tocante às liberdades ou acesso às informações.

3.1.2. A propriedade intelectual em relação à criação de softwares

A proteção das criações intelectuais envolvendo a produção de programas de computador é regida, no direito brasileiro, pela lógica do direito autoral. Tal dimensão jurídica estabelece uma relação indissociável entre a criação artística e escrita de códigos para computadores, ou instruções lógicas, para a execução de tarefas por máquinas capazes de

3 A palavra *informação* utilizada neste trabalho ratifica o entendimento dos estudos realizados pelo pesquisador Valdemar W. Setzer do Departamento de Ciência da Computação da Universidade de São Paulo (USP). As diferenças e comparações entre as acepções: dado, informação, conhecimento e competência estão disponíveis no artigo "Dado, informação, conhecimento e competência". Disponível em: <http://www.ime.usp.br/~vwsetzer/dado-info.html>. Acesso em: 2 de set. 2016.

prover e processar dados. O entendimento jurídico sobre os softwares, neste caso, acepção mundialmente reconhecida, decorre do estabelecimento de acordos e tratados internacionais consubstanciando regras capazes de acompanhar o vertiginoso desenvolvimento científico-tecnológico das últimas décadas. A consolidação deste consentimento internacional, que deu origem às legislações sobre a propriedade intelectual de sistemas jurídicos como o brasileiro, corrobora as regras da Convenção de Berna, o acordo TRIPS, o acordo OMPI sobre direito de autor e as recomendações da UNESCO quanto à Universalização da Internet. O cerne do sistema jurídico majoritário, de acordo com o artigo segundo da Convenção de Berna, confirma a ideia de que o direito autoral protege apenas um aspecto do software, qual seja, a expressão da ideia e não a ideia em si.

> *[...] computer programs, whether in source or object code, be protected by copyright as literary Works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. However, copyright only protects one aspect of software, namely the expression of an idea and not the idea itself.* (EDWARDS, 2010).[4]

O direito brasileiro estende semelhante entendimento à dimensão internacional, com o objetivo de ampliar as discussões sobre a propriedade intelectual e estabelecer com outros países acordos comerciais, de cooperação técnica ou de transferência de tecnologias. É de suma importância proteger as criações na indústria do software, principalmente pelos vultosos investimentos econômicos e de outra monta nessa indústria.

3.1.3. A legislação brasileira relativa à proteção do software

Em análise ampla do sistema jurídico da propriedade intelectual, no tocante à proteção de programas de computador, cumpre considerar o Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) como precursor normativo, visto que

4 "Programas de computador, quer em código fonte ou objeto, são protegidos pelo direito autoral enquanto obras literárias, na acepção do artigo 2º da Convenção de Berna. No entanto, o direito autoral protege apenas um aspecto do software, ou seja, a expressão de uma ideia e não a ideia em si" (EDWARDS, tradução nossa).

não existiam programas de computador quando da adoção da Convenção de Berna[5] como pressuposto legal sobre direitos autorais e, razão pela qual, obviamente, esse texto menção alguma a softwares, mesmo quando essa convenção foi ratificada, em 1975.

Desse modo, para a formação das bases legais dessa proteção jurídica, o artigo 10 do Acordo TRIPS estabelece: "Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971)". No Brasil, a proteção de softwares se estabelece por lei específica, a Lei 9.609 de 1998, comumente chamada de Lei do Software, que conceitua:

> Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados. (BRASIL. Lei nº 9.609, 1988)

As atribuições para a aplicação desta lei e registro de softwares cabem ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), conforme o Decreto 2.556 de 20 de abril de 1998.[6] A referida lei, em seu artigo terceiro, garante a faculdade dos autores de registrar suas criações junto ao "órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia" (Brasil. Lei nº 9.609, 1998, art. 3º).

Ressalte-se que o registro de um software é uma *faculdade* e não uma obrigatoriedade para efetividade da tutela do direito relacionado, diferentemente de outros institutos do sistema de propriedade intelectual vigente no Brasil. Se tal delegação não fosse determinada ao INPI, não

5 O texto contendo o inteiro teor da Convenção de Berna pode ser acessado no website da *World Intellectual Property Organization*. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>.

6 As informações sobre as referidas atribuições estão no website do Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/conheca_o_inpi>.

seria possível o registro dos softwares, uma vez as competências do instituto dizem respeito à propriedade industrial e não aos direitos de autor, como no caso da garantia aos criadores de softwares, garantia essa que se estende pelo prazo de cinquenta anos a partir de 1º de janeiro do ano subsequente a sua publicação, ou, quando não formalizada, determinada pela criação do objeto a ser protegido.

> Art. 2º [...]. § 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação. § 3º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro. (BRASIL. Lei nº 9.609, 1988)

Ainda quanto à tutela dos direitos, o autor poderá reivindicar a paternidade da criação e opor-se a alterações não-autorizadas, fato que poderá garantir-lhe direitos de ordem moral, restritivamente às deformações, mutilações ou modificações que venham a prejudicá-lo em sua dimensão moral, quanto a honra ou a reputação.

A lei garante aos autores o direito de concessão, por meio de contratos de licença de uso, comercialização e transferência de tecnologia. O direito do autor em relação a sua criação não se exaure pela "venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa", conforme o parágrafo quinto do artigo 2° da lei de proteção aos programas de computador (i.e., softwares) (BRASIL. Lei n° 9.609). Além de opor-se ao uso não autorizado de sua criação, a lei garante aos autores instrumentos jurídicos para a exploração econômica, como o contrato de licença, os atos e contratos de licença de direitos de comercialização e os contratos de transferência de tecnologia que, nesta hipótese, para que possam ter efeito garantido em face de terceiros, deverão ser registrados no Instituto Nacional da Propriedade Intelectual, segundo as formalidades exigidas por lei.

> Art. 11 [...]. Parágrafo único. Para o registro de que trata este artigo, é obrigatória a entrega, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais

> internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia. (BRASIL. Lei nº 9.609, 1988)

3.1.4. Os limites da propriedade para o criador de software

Como hipótese de trabalho, entende-se que as indagações previamente estabelecidas decorrem do entendimento de que o direito inerente à proteção das expressões criadoras de softwares se fundamenta no direito autoral. Não obstante, entra em discussão, inclusive no âmbito internacional, a proposição de que o software poderia ser protegido conforme a legislação de patentes de invenção, uma vez que o resultado alcançado por alguns programas de computador seria, em tese, uma solução técnica por natureza.

Neste contexto, a proteção dos desenvolvedores de programas de computador estaria configurada pelo direito do autor, ou, segundo entendimento minoritário, por meio da patente de invenção. Este embate teórico ressalta a ideia de que, nos conflitos de interesses, tais abordagens jurídicas deverão garantir os investimentos dos produtores e, ao mesmo tempo, permitir o acesso de outros desenvolvedores a um portfólio de inovações capazes de gerar novos produtos e serviços em software, garantindo a livre concorrência. É importante frisar que na indústria da computação existem empresas cujo modelo de negócios é baseado em softwares proprietários e outras em softwares livres (*open source software*).

Quadro 1: Quadro comparativo para a proteção de software

Aspectos/Tipos de Proteção	**REGISTRO DE DIREITO DE AUTOR**	**PATENTE**
Legislação Internacional pertinente:	Convenção de Berna e TRIPS	Convenção da União de Paris e TRIPS
Legislação Nacional pertinente:	Lei de Direitos Autorais e Lei de Software	Lei da Propriedade Industrial

Direito concedido:	Impedir a reprodução, distribuição, comercialização da obra, sem o seu consentimento	Impedir terceiros de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar a invenção, sem o seu consentimento.
Prazo de validade do direito:	50 anos a partir de 1º de janeiro do ano consecutivo à sua publicação ou criação	20 anos a partir do depósito do pedido de patente
Objeto da proteção:	Proteção para a expressão literal, seu código fonte ou objeto, e não para a aplicação da ideia	Proteção para a aplicação prática da ideia e não para a ideia em si
Registro:	Facultativo	Obrigatório
Direito:	Emerge da comprovação da autoria	Emerge do depósito do pedido e de sua concessão
Validade:	Internacional	Territorial

Fonte: WIPO - Curso Geral de Propriedade Intelectual (2016)

Assim, diante do sistema protetivo vigente no Brasil, por meio da lei de direito autoral, a questão que se apresenta é se caberia a possibilidade protetiva por meio de patentes aos programas de computador. Este sistema utilizado na América do Norte, especialmente nos Estados Unidos, embora inovador, é altamente monopolista. Nesse país estão grandes produtores de software, e as maiores empresas do setor lideram a economia mundial da tecnologia da informação e comunicação. Com estes apontamentos, evidenciam-se as indagações sobre os verdadeiros motivos desta diferenciação do sistema de proteção. Eis um ponto inevitável à investigação desta pesquisa. No âmbito nacional, corrobora esta indagação a proposta do documento "Procedimentos para o exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programas de computador", contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de São Paulo (CCSL/USP) em conjunto com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (CTS/FGV).

Em decorrência da instituição do tema e suas hipóteses de análise, entende-se que as variáveis possíveis definem os parâmetros da pesquisa.

Assim, as variáveis estabelecidas no início da investigação buscam a solução dos questionamentos previamente estabelecidos. A partir deste ponto de partida, foram classificados dois grupos, variáveis 1 e 2, conforme ilustra o Quadro 2:

Quadro 2: Hipóteses e suas variáveis

HIPÓTESES	VARIÁVEL 1	VARIÁVEL 2
Proteção legal do software:	Patente de invenção	Direito autoral
Insumos para a inovação:	Proteção dos códigos	Abertura dos códigos
Beneficiários:	Autor (Desenvolvedor)	Sociedade (Comunidade de desenvolvedores)
Estímulo à inovação:	Criação de núcleos de excelência	Compartilhamento do conhecimento
Desenvolvimento da economia criativa:	Concentração nas empresas	Concentração na sociedade
Sistema legal:	Restrição à concorrência	Incentivo à concorrência

Fonte: Autoria própria (2016)

4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

4.1. INPI E O CASO DAS PATENTES EM PROGRAMAS DE COMPUTADOR

O arcabouço jurídico brasileiro referente à proteção intelectual de softwares é corroborado pelos tratados internacionais, segundo os quais o direito de autor é o que garante a proteção da criação de software. O software é equiparado à linguagem literária, onde há a proteção do código-fonte ou programa propriamente dito, escrito em linguagem de programação de alto nível em que a abstração é relativamente elevada,

mais próxima da linguagem humana. Com este entendimento, a proteção é dirigida à expressão da solução computacional, onde as relações de comando são destinadas a uma solução técnica previamente estabelecida e capaz de interagir com sistemas eletrônicos computacionais na obtenção de um resultado previamente projetado.

Em consulta pública submetida pelo INPI quanto aos "procedimentos para o exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programa de computador", o Centro de Competência em Software Livre da Universidade de São Paulo (CCSL/USP), em conjunto com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (CTS-FGV), analisou os aspectos jurídicos da proposta. A análise preliminar do documento, conforme entendimento jurídico dos colaboradores, demonstra que o software é estabelecido em quatro dimensões possíveis.

> É possível vislumbrar no programa de computador quatro dimensões: (i) um computador em abstrato (máquina de Turing) é uma construção matemática, de modo que cada programação constitui uma solução para um problema matemático, residindo, no programa, uma ideia ou conhecimento informático (*programa como ideia*); (ii) o programa de computador em sua expressão literal (diretamente na linguagem de programação ou indiretamente na linguagem de máquina) veicula o conhecimento informático de determinada forma artística (*programa como obra*);
>
> (iii) o programa de computador impresso ou armazenado em determinado suporte constitui determinado produto que pode ser "consumido" pelo usuário em seu computador (*programa como produto*); (iv) sua operação na máquina traz um resultado útil ao usuário, podendo trazer efeitos ou aplicações técnicas no mundo físico ou virtual (*programa como funcionalidade*). (CCSL-USP, p. 2)

O problema proposto à consulta pública buscava sanar dúvidas sobre quais tipos de programas de computador seriam patenteáveis. Em última análise, a proposta se referia a uma questão bem mais abrangente e complexa: softwares são patenteáveis de acordo com o direito brasileiro? Dois são os posicionamentos sobre o enquadramento jurídico desta dimensão. O primeiro, onde o software estaria sob a sujeição da prote-

ção autoral, esta, a solução consagrada internacionalmente na maioria dos sistemas jurídicos. Por outro lado, seria privilegiado o aspecto funcional e utilitário, o que assemelharia o software ao âmbito da proteção por patentes.

> Mais recentemente, em alguns países, foi levantada a discussão sobre a possibilidade de se admitir, excepcionalmente, a patente de software como "invenção" em casos nos quais o efeito técnico ou a aplicação industrial seria difícil de distinguir da execução do próprio programa. (CCSL-USP, p. 4)

A conclusão do comitê de experts da OMPI e da UNESCO, em prévia análise sobre o tema, concluiu que os programas seriam protegidos de acordo com sua expressão literal.

Deste modo, percebeu-se claramente que poderia haver diversas expressões literais de programa para distintas aplicações, o que demostra que a relação utilitarista dos programas de computador não se encaixaria nos requisitos essenciais à classificação das patentes.

Assim, a inviabilidade aparente das patentes em softwares está no fato de que um programa (i.e., software) é a integração simultânea de conhecimentos de diversos outros programas que o antecederam, motivo pelo qual apropriação de um programa de computador por meio de patente iria necessariamente significar a apropriação de criações intelectuais alheias. A proposta do INPI não se prontifica a resolver a questão, pois está em oposição a legislação brasileira, uma vez que, por força do artigo 10, inciso V da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), não seria possível classificar os programas de computador como invenção. Não obstante,

> Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: V - programas de computador em si; (BRASIL, Lei 9.279/96)

> Assim, na medida em que o INPI admite programas "em regra" patenteáveis (ainda que sob a veste de aparentemente inocente documento de auxílio técnico), por resolução infra-legal, em primeiro lugar, joga-se o ônus para aquele que contesta a patente e, em segundo, executa-se essa inversão à margem do debate democrático exigido pela relevância do tema. (CCSL-USP, p. 6)

Portanto, tal ato acarretaria em graves empecilhos ao desenvolvimento da produção e propagação de conhecimentos na indústria de *softwares*, esta, baseada em alta tecnologia e inovação. Sobretudo, a medida atingiria a autonomia do país no setor, pois criaria situações de monopólio no mercado de *softwares*, com a centralização de poder sobre a informação em algumas corporações.

Com o prévio entendimento do tema em foco, é fundamental destacar em quais aspectos as patentes de software entrariam em conflito com o ordenamento jurídico brasileiro. A abordagem inicial refere-se a dois perfis: o primeiro, no âmbito das diretrizes constitucionais; o segundo, da política nacional de informática.

A Constituição de 1988 estrutura os fundamentos da ordem econômica nacional na livre iniciativa (CF, 1988, art. 170, *caput*), na constituição de mercados cujos princípios visam à livre concorrência, à proteção de médias e pequenas empresas, à defesa do consumidor e à busca do emprego. A mesma Constituição prevê, em seus artigos 218 e 219, a atuação positiva do Estado em relação ao desenvolvimento da ciência e tecnologia no país, e considera o mercado interno patrimônio nacional.

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (BRASIL, CF 88, art. 170, *caput*)
>
> Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. (BRASIL, CF 88, art. 218, *caput*)
>
> Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.
>
> Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. (BRASIL, CF 88, art. 219, caput)

Na dimensão infraconstitucional, a Lei 7.232/84 estabelece a Política Nacional de Informática e, entre os assuntos tratados neste texto legal, está a natureza estratégica para o país quanto à orientação política das atividades de informática.

> Art. 2º A Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios:
>
> II - participação do Estado nos setores produtivos de forma supletiva, quando ditada pelo interesse nacional, e nos casos em que a iniciativa privada nacional não tiver condições de atuar ou por eles não se interessar; (BRASIL, Lei 7.232/84, art. 2º, inciso II)

Nesse dispositivo legal há a preocupação de impedir possíveis situações de monopólio e concentração de conhecimentos em grupos restritos, o que causaria desequilíbrios crônicos entre empresas do setor, configurando desequilíbrios e restrições de oportunidades. Entende-se que o legislador teve a consciência de prever a importância estratégica deste tema, "onde o poder e a liberdade na sociedade de informação dependem do controle das novas tecnologias". (CCSL/USP, p. 9)

> A análise internacional do caso apresenta situações antagônicas, porém esclarecedoras, onde os Estados Unidos da América, com sua experiência em patentes de software, detêm a hegemonia de grande produtor mundial no campo da informática. Por sua vez, a Europa em geral e a Índia se mostram em oposição ao movimento de patentes de software. As ações europeias reforçam a ideia de proteção dos programas de computados por meio do Direito de Autor. Corroborando o entendimento europeu, a Índia, outro importante país produtor na indústria de software, reforça a proteção pelo direito autoral no sentido de garantir o interesse público e o fomento à inovação tecnológica. Ademais, a análise indiana do tema apresentou importantes considerações: Por fim, o processo indiano colocou duas perguntas chaves em pauta: porque deveríamos permitir o patenteamento de software? Quem se beneficiaria desse tipo de patentes? A conclusão apontada pelo Center for Internet and Society, centro de pesquisa indiano preocupado com o pluralismo digital, é que o patenteamento de software auxilia três categorias de entidades: 1) grandes empresas de software que já detêm um portfólio significativo de patentes de

> software; 2) empresas que não desenvolvem software, mas que apenas comercializam patentes ou ajuízam ações em razão de suas patentes ("*patente trolls*") e 3) advogados da área de patentes. Ou seja, exclui-se da lista as razões de ser do sistema de patentes, fundamentada no interesse público e fomento à inovação. (CCSL/USP, p. 25)

Diante do exposto, entende-se que o desenvolvimento econômico, científico e tecnológico nacional depende das garantias ao interesse público, com a coação de propostas monopolísticas com tendências à concentração desregrada. Assim, a proposta de implementação de patentes para software no Brasil se mostra contrária ao importante movimento mundial de compartilhamento de informações, sobretudo na indústria de softwares, cuja força motriz é a inovação constante.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo analisar características da nova sociedade que se instaura, a sociedade do conhecimento e informação. Diante destes princípios norteadores, a presente análise destacou os indícios de um novo modo de interação social e convívio, baseado no que se entende por virtualização das relações humanas e da substituição de aspectos consolidados da cultura material, a exemplo do crescimento para propriedade sobre os bens imateriais.

Logo, a revolução científica do final do último século ensejou novas formas de perceber o mundo, onde os relacionamentos são consonantes ao acesso às informações, em um mundo conectado por redes de comunicação. Por certo, a Internet, como veículo midiático por excelência, foi que permitiu o desenvolvimento deste contexto social, e a assimilação da chamada Era do Acesso às informações geradoras de conhecimentos.

O Brasil, em virtude disso, estrutura seu ordenamento jurídico no intuito de apresentar a melhor integração destas mudanças sociais contemporâneas. Com a consolidação do texto constitucional de 1988, baseado em princípios fundamentais e na dignidade da pessoa humana,

o País consegue desenvolver proposições legislativas que se coadunam a estas mudanças, sob a perspectiva da virtualização.

Como exemplo, cite-se a promulgação de duas importantes leis: a primeira, em benefício do acesso às informações de caráter público, onde o acesso é a regra e o sigilo a exceção; e, a segunda, a lei que regula e estabelece o Marco Civil da Internet no Brasil, que consolida importantes direitos universais nas ações referentes ao uso da Internet, como os direitos à privacidade e à liberdade de expressão. Nesse contexto, evidencia-se a relevância de analisar a propriedade intelectual no âmbito da Internet, especialmente no que se refere às garantias de direitos e à segurança jurídica em um mundo que materializa, de modo cada vez mais vertiginoso, a visão de Aldeia Global do papa da comunicação, Marshall McLuhan.

Assim sendo, o enfoque da atuação de instituições internacionais como a WIPO e UNESCO confirma a importância de garantir instrumentos jurídicos capazes de atender as demandas da regulação proprietária neste novo mundo, cujas bases se formam através do compartilhamento do conhecimento pelas redes de informações.

Por fim, o breve relato do caso das patentes de software teve como objetivo maior ilustrar importantes desafios, inerentes a esse novo desenrolar da história da humanidade. Sobretudo, com os destaques das grandes controvérsias, dos múltiplos interesses em jogo, a exemplo dos países de maior desempenho na produção e comercialização de softwares. As palavras finais deste trabalho ressaltam a importância dos ideais de cooperação internacional e respeito às liberdades culturais, promotoras das grandes criações humanas, tão necessárias à plenitude do conhecimento e da educação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 de out. 2016.

BRASIL. **Lei 7232**, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7232.htm>. Acesso em: 02 de out. 2016.

BRASIL. **Lei 9279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 02 de out. 2016.

BRASIL. **Lei 9609**, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede.** A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CCSL – Centro de Competência em Software Livre / USP – Universidade de São Paulo. Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de São Paulo CCSL/USP em conjunto com Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - CTS-FGV acerca do documento: **"Procedimentos para o exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programa de computador"** submetido à Consulta Pública pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior- INPI/MDIC. Disponível em: <http://softwarelivre.org/articles/0043/2184/INPI_Contribuicao_CCSL-USP_CTSFGV.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2015.

CGI.br. Comitê Gestor da Internet no Brasil. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação no Brasil:** TIC domicílios e empresas 2013. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014.

EDWARDS, Lilian. **Law and the Internet.** Oxford: Hart Publishing, 2010.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Perspectiva, 2009.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: Ed. 34, 1996.

WIPO – World Intellectual Property Organization. **Curso geral de propriedade intelectual.** Disponível em: <http://www.wipo.int/>. Acesso em: 25 de abr. 2016.

A REGULAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NOS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO.

Autores: Michele Alessandra Hastreiter[1]; Marcos Wachowicz[2]
Instituição: Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e na Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP-PR); Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade dos acordos bilaterais de proteção de investimentos estrangeiros na proteção dos interesses dos detentores de direitos de propriedade intelectual. Para tanto, inicialmente, aborda-se uma breve retrospectiva histórica da proteção internacional tanto da propriedade intelectual quanto dos investimentos estrangeiros, identificando sinergias na evolução destas duas sub-áreas do Direito Internacional Econômico. Na sequência, analisa-se como a propriedade intelectual é incluída nos acordos de investimentos e estuda-se alguns exemplos de mecanismos típicos destes acordos aplicados à propriedade intelectual. Conclui-se que existe a possibilidade de previsões de investimentos serem usadas na proteção dos detentores de PI e alerta-se aos potenciais efeitos nocivos da aplicação impensada da sistemática de proteção dos investimentos à propriedade intelectual, mormente no que diz respeito à áreas relevantes ao bem estar coletivo mas também fortemente dependentes da evolução do conhecimento humano, como a saúde pública, por exemplo.

Palavras-chave: Acordos bilaterais de investimentos estrangeiros. Propriedade Intelectual. Direito Internacional. TRIPS-plus.

1 Professora de Direito Internacional Público e Privado no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e na Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP-PR). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Especialista em Direito Internacional pela PUC-PR. Advogada e Administradora Internacional de Negócios, graduada em Direto pela PUC-PR e em Administração Internacional de Negócios pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)

2 Professor de Direito da Propriedade Intelectual da UFPR. Doutor em Direito pela UFPR. Mestre pela Universidade Clássica de Direito de Lisboa / Portugal. Coordenador do Grupo de Pesquisa de Direito Autoral e Industrial GEDAI-UFPR vinculado ao PPGD/UFPR.

1. INTRODUÇÃO

A regulação internacional da propriedade intelectual e a regulação internacional dos investimentos estrangeiros representam duas áreas centrais à regulamentação da economia capitalista global – com muitas sinergias entre si. É digno de nota, inicialmente, que em ambos os casos há um interesse de proteção de direitos de propriedade de estrangeiros – e, na maior parte dos casos – de um tipo de "estrangeiro" bastante especial: as grandes corporações transnacionais. Por este motivo, os dois ramos do Direito Internacional Econômico tem sua origem no mesmo momento histórico (embora com antecedentes mais remotos, é a partir do Século XIX, com a ascensão do capitalismo industrial e das primeiras atividades transnacionais das empresas, que surgem os primeiros instrumentos regulatórios tanto para a proteção de investimentos estrangeiros quanto para a proteção da propriedade intelectual) e se fortaleceram e difundiram especialmente quando o *mainstream* econômico aderiu aos postulados liberais, no período pós Guerra Fria.

Não há dúvidas, ainda, que o desenvolvimento do conhecimento humano que resulta nos inventos e criações protegidos pelas ferramentas de propriedade intelectual, requer investimentos maciços de uma série de recursos (tempo, recursos humanos e dinheiro aplicado em pesquisa e desenvolvimento). Por outro lado, a maior parte das empresas atualmente tem em sua marca, invenções ou criações seus ativos mais valiosos. Por isto mesmo, embora a proteção internacional dos investimentos estrangeiros tenha sido inicialmente concebida como um meio para proteger investidores estrangeiros da expropriação física da propriedade material, a maior parte dos acordos atuais trazem, dentro do conceito de investimento protegido, os direitos de propriedade intelectual.

A proteção concedida aos investidores estrangeiros por meio dos acordos bilaterais, porém, avança significativamente na concessão de direitos aos proprietários estrangeiros de ativos nos países signatários. Em verdade, trata-se de um raro instrumento do Direito Internacional com mecanismos coercitivos formais e acessíveis diretamente a atores privados.

Neste sentido, a proteção que os acordos bilaterais de investimentos estrangeiros concedem à propriedade intelectual insere-se dentro de um rol de medidas protetivas chamado de "TRIPS-*plus*" – ou seja, que vai além das garantias mínimas oferecidas pelo acordo TRIPS, firmado no âmbito do sistema multilateral de comércio.

Não obstante, a proteção da propriedade intelectual nos acordos de investimentos estrangeiros é tema pouco estudado, especialmente no Brasil. Uma das possíveis razões para isto é o fato de que o Brasil foi uma tradicional exceção no âmbito da regulação internacional de investimentos, tendo se mantido alheio a esta forma de regulamentação multilateral por muitos anos. É necessário, porém, superar esta lacuna doutrinária, especialmente porque ao longo de 2015, o Brasil voltou a negociar e assinar instrumentos que tutelam investimentos estrangeiros – os quais englobam, também expressamente, a propriedade intelectual no rol de investimentos protegidos.

O objetivo deste artigo é, portanto, esmiuçar como as ferramentas internacionais de proteção dos investimentos estrangeiros podem servir para proteger direitos de propriedade intelectual dos investidores. Para tanto, o trabalho se iniciará com uma breve incursão sobre os tradicionais mecanismos internacionais de proteção da propriedade intelectual, passando por uma análise das ferramentas de proteção do investimento para, ao final, discorrer sobre como os instrumentos regulatórios de investimento podem ser usados para proteger os ativos imateriais, como marcas, patentes e direitos do autor.

2. A REGULAÇÃO INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.

Os direitos de propriedade intelectual (PI) são instituições jurídicas de natureza muito peculiar. Segundo PICCIOTTO (2011, p. 269) tratam-se de concessões do Estado de direitos de exclusividade sobre criações e invenções da mente humana, concedendo um direito de exploração sob a forma de monopólio destes ativos de natureza intangível. O criador, então,

passa a ter direito exclusivo de explorar sua criação intelectual, nos campos industrial, científico, artístico ou literário (MEDEIROS, 2012, p. 25).

A justificativa econômica clássica para a proteção da PI, através do estabelecimento de direitos de exclusividade (monopólios) é a de que tal proteção funcionaria como um incentivo econômico à inovação (PICCIOTTO, 2011, p. 269). Esta perspectiva comporta ressalvas, uma vez que a criatividade humana pode ter inúmeros gatilhos. Não obstante, a proteção da PI tem se tornado cada vez mais rigorosa em razão das pressões de grandes corporações interessadas na exclusividade das criações intelectuais que patrocinam.

O surgimento da tutela internacional da PI é contemporâneo ao surgimento do liberalismo econômico – que, segundo POLANYI (2012, p 168) emergiu nos anos 1820, e representava a "fé na salvação do homem por um mercado autorregulável". A corrente de pensamento fundava-se em três dogmas clássicos: o trabalho deveria ter seu preço regulado pelo mercado, o dinheiro deveria sujeitar-se ao mecanismo automático de correlação ao ouro (o "padrão ouro") e os bens deveriam ser livres para fluir de país a país, sem empecilhos ou privilégios.

Como os direitos de PI são criações artificiais – já que a propriedade intelectual é um bem imaterial – é a lei nacional que determina os tipos de PI a serem protegidos, seu processo de registro, a duração da proteção jurídica e os procedimentos para garantir sua efetivação (PERKAMS, HOSKING, 2009, p. 3). Os limites territoriais da proteção da PI somados à livre circulação de mercadorias criaram riscos aos detentores da propriedade intelectual, que passaram a desejar ter suas criações protegidas dos chamados *freeriders*[3] também internacionalmente e em todas as localidades em que pudessem ter interesses econômicos.

Assim, não tardou para que surgissem os primeiros instrumentos visando à tutela internacional da PI, ainda no Século XIX: a Convenção

3 Os caronistas, que sem ter contribuído para o sucesso de uma determinada criação, dela se aproveitam para pegar carona e lucrar em cima da criatividade alheia (RIBEIRO, ALVES, 2013, p. 20).

da União de Paris de Propriedade Intelectual (em 1883) e a Convenção da União de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas (em 1886). Engana-se, porém, quem entende que tais tratados refletiam um consenso internacional acerca da matéria: ao contrário, havia dissenso inclusive entre os países desenvolvidos e os Estados Unidos, por exemplo, só aderiram a Convenção de Berna em 1987, ao passo que os alemães inicialmente se opuseram a vários dispositivos constantes na Convenção de Paris (PICCIOTTO, 2011, p. 271).

Após a Segunda Guerra Mundial, grandes mudanças afetaram a geopolítica mundial e repercutiram diretamente na regulação internacional da economia. Em verdade, durante a guerra, até 1943, os grandes impérios coloniais estavam do lado que parecia que sairia perdedor, evidenciando que "os brancos e seus Estados podiam ser derrotados" (HOBSBAWN, 1995, p. 214). Assim, com o final da guerra, um intenso processo de descolonização e de desmantelamento dos antigos impérios começou a acontecer.

A ascensão dos novos países independentes fez com que os países com menor nível de desenvolvimento crescessem em número nas Convenções de Paris e Berna, o que lhes possibilitou pleitear uma reformulação dos modelos vigentes de proteção da PI (PICCIOTTO, 2011, p. 272). Este movimento fez parte de um processo mais amplo, levado a cabo na Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), onde os países do Terceiro Mundo – que eram assim definidos por não pertencerem ao seleto grupo de países capitalistas desenvolvidos do Primeiro Mundo e nem ao grupo de países desenvolvidos comunistas do Segundo Mundo (HOBSBAWN, 1995, p. 350) - encontraram o foro adequado para levantarem suas preocupações comuns, já que na AGNU os países desfrutam de igual poder de voto e as economias subdesenvolvidas e em desenvolvimento eram maioria.

Este movimento ficou conhecido como Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI) e visava uma reformulação nas normas de Direito Internacional Econômico que levassem em consideração os estágios diferenciados de desenvolvimento das diferentes economias e a necessidade de se buscar a independência econômica como um importante aspecto

para sua independência política das antigas colônias (MUCHLINSKI, 1999, p. 5). O movimento levou a elaboração de um Código de Conduta de Transferência de Tecnologia – o qual, porém, não foi adotado. Na mesma época, o Protocolo de Estocolmo à Convenção de Berna (1967) introduziu algumas modificações à Convenção para atender as necessidades dos países em desenvolvimento, mas sofreu fortes oposições de editoras de livros nos países desenvolvidos – que não o ratificaram (PICCIOTTO, 2011, p. 272).

Ao final da década de 1970, o pensamento da NOEI começou a se enfraquecer. A crise do petróleo da década de 1970 provocou mudanças radicais na economia internacional (PADRÓS, 2003, p. 234) - as quais repercutiriam principalmente em meados dos anos 1980 e início da década de 1990. O entendimento de que as políticas de Bem-Estar Social não estavam mais funcionando deu força aos críticos da intervenção estatal, que, até então, eram minoria (HOBSBAWN, 1995, p.399). Friedrich Hayek, que já em 1944 havia escrito *"O caminho para a servidão"* foi agraciado com o Prêmio Nobel de Economia em 1974, e Milton Friedman, um dos grandes nomes do pensamento neoliberal, recebeu o prêmio em 1976. A eleição de Ronald Reagan (que assumiu a presidência dos Estados Unidos em 1981), Margaret Thatcher (eleita Primeira Ministra do Reino Unido em 1979) e Helmut Kohl (eleito chanceler da Alemanha em 1982) foi essencial para que o ambiente político sustentasse a retomada na crença dos mercados como o melhor alocador de recursos possível (FIANI, 2011, p. 16).

Com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) deu-se início de fato, a uma nova ordem econômica – mas que ao contrário do que pretendiam os países de menor nível de desenvolvimento – era ainda mais vigorosa no tocante ao liberalismo (DAL RI JUNIOR, 2003, p. 144). A década de 1990, nos dizeres de PERRONE-MOISÉS (1998, p. 11), foi o pano de fundo para uma "pacificação dialética entre países ricos e pobres, decorrente da convergência ideológica que o Ocidente vem incentivando em torno do liberalismo". É neste contexto que surge o acordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property*), uma

verdadeira revolução na história da proteção da propriedade intelectual (PICCIOTTO, 2011, p. 273).

O acordo TRIPS incorporou boa parte das previsões das Convenções de Berna e Paris e acrescentou novas obrigações, as quais passaram a constituir um padrão mínimo de em matéria de proteção da PI, a ser cumprido pelos países signatários, além de enquadrar a proteção da PI dentro dos mecanismos de solução de controvérsias da OMC (PERKAMS, HOSKING, 2009, p. 4). Diferentemente dos tratados anterior em matéria de PI, o Acordo TRIPS não admite reservas, uma vez que segue o princípio do *single undertaking* (WACHOWICZ, 2013, p. 130).

Inserido dentro da sistemática da OMC, o Acordo TRIPS também adere aos princípios estruturais do GATT 1947, quais sejam: o princípio do tratamento nacional e da nação mais favorecida. De acordo com WACHOWICZ (2013, p. 131) isto quer dizer que, no âmbito do TRIPS, cada membro concederá aos nacionais dos demais membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à propriedade intelectual. Ao mesmo tempo, toda vantagem, privilégio ou imunidade que um Estado Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país também será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais dos demais Estados-membros.

Ao invés de criar uma uniformidade, porém, o TRIPS resultou em um sistema cada vez mais complexo de proteção da PI internacionalmente (PICCIOTTO, 2011, p. 274). As contestações pelos países em desenvolvimento continuaram, especialmente no que concerne à preocupações com áreas como a da saúde pública. Em razão destas preocupações, conseguiram pressionar os países da OMC de modo a produzirem, conjuntamente, em 2001, a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a saúde pública, onde estabeleceram que em razão da gravidade dos problemas de saúde pública enfrentados especialmente pelos países subdesenvolvidos e países em desenvolvimento, o acordo TRIPS não deveria ser interpretado de modo a impedir os países membros da OMC de adotarem medidas visando a proteção da saúde de sua população (RUSE-KHAN, 2011, p. 487).

No entanto, os países desenvolvidos continuaram desejosos de uma maior proteção à propriedade intelectual e passaram a negociar arranjos fora do sistema OMC que ficaram conhecidos como "TRIPS-*plus*" – ou seja, que vão além do acordo TRIPS na concessão de regras que protegem internacionalmente a propriedade intelectual – através da inclusão de temas relativos à PI em acordos de comércio e, em especial para esta pesquisa, acordos de investimento.

3. A REGULAÇÃO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS.

Assim como no que diz respeito **à** proteção da propriedade intelectual, a proteção dos direitos de propriedade de investidores estrangeiros remete-nos ao surgimento da economia capitalista e da defesa do livre comércio, no Século XIX. Um dos primeiros instrumentos de proteção dos investimentos estrangeiros foram os chamados Tratados de Amizade, Comércio e Navegação, frequente em países europeus e parte marcante da política externa norte-americana até o final da Segunda Guerra Mundial[4]. Mesmo entre países não signatários destes acordos, na época, proteger os direitos de propriedade dos investidores estrangeiros era considerado um costume internacional, fundado na ética cristã (COSTA, 2007, p. 63).

4 A título de exemplo, note-se o Tratado de Amizade, Navegação e Comércio assinado entre Brasil e Estados Unidos. Trata-se de um dos poucos Tratados do gênero assinados e ratificados pelo Brasil e que continua em vigor. O texto do Artigo XII torna clara a obrigatoriedade da proteção da propriedade do estrangeiro: "ARTIGO XII - Ambas as Partes Contractantes promettem, e se obrigão formalmente a prestar sua protecção especial ás pessoas, e propriedades de seus respectivos Subditos, e Cidadãos de todas as Classes, que possão achar-se nos territorios sujeitos á jurisdicção de qualquer dellas, seja transitoria, ou fixamente, deixando-lhes francos, e abertos os Tribunaes de Justiça para os seus recursos judiciaes, nos termos usuaes, e de costume praticados pelos cidadãos naturaes, ou Subditos do Paiz, em que se achem, para cujo fim elles poderão empregar em defesa de seus direitos aquelles advogados, Procuradores, Tabelliães, Agentes, e Correspondentes, que julgarem convenientes em todas as suas questões judiciaes". (BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **1828.** Tratado de Amizade, Navegação e Comércio entre o Senhor D. Pedro I, Imperador do Brasil, e os Estados-Unidos da América, assignado no Rio de Janeiro em 12 de Dezembro de 1828, e ratificado por parte do Brasil na referida data, e pela dos Estados-Unidos em 17 de Março de 1829. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 1828. Disponível em: http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1828/b_9. Acesso em: 6 out. 2014).

A forma pela qual esta proteção de Direito Internacional Consuetudinário se processava, contudo, também era alvo de controvérsias: enquanto uma corrente defendia que os estrangeiros deveriam receber tratamento idêntico ao dos nacionais, uma visão alternativa sustentava que haveria padrões externos – superiores, inclusive, ao tratamento concedido ao nacional – para o trato da propriedade alienígena. Segundo SORNARAJAH (2010, p. 60), a segunda visão era motivada por preocupações de que o padrão de tratamento concedido ao proprietário nacional em um Estado receptor pudesse ser muito baixo e, portanto, inaceitável.

Assim, os países europeus e norte-americanos, preocupados com seus investimentos além das fronteiras nacionais, defendiam a existência de um padrão mínimo internacional, obrigatório a todos os estados no trato dos investimentos estrangeiros. Os países latino-americanos, por sua vez, apresentaram visões alternativas, consubstanciadas em duas doutrinas formuladas no início do Século XX – a Doutrina Calvo[5] e a Doutrina Drago[6].

Ao longo da história, a corrente europeia teve prevalência – até mesmo porque quando os investimentos estrangeiros começaram a se tornar uma realidade mais frequente, muitos dos países receptores de investimentos ainda eram colônias e a visão oficial que expressavam sobre o tema era alinhada aos interesses dos colonizadores (GUZMAN, 1998, P. 646). O que se nota, porém, é que o padrão considerado de direito costumeiro estava longe de ser um consenso na comunidade

5 Formulada pelo chanceler argentino Carlos Calvo, em 1868, a Doutrina Calvo consistia em um mecanismo contrário à proteção diplomática, considerando as cortes nacionais como única jurisdição possível para julgar as demandas de estrangeiros no país. Sob esta perspectiva, os investidores e investimentos deveriam seguir apenas o Direito do país receptor, mesmo que ele proteja a propriedade de modo incompleto em função de duas proposições principais: a) a doutrina da soberania dos estados proibia um estado de interferir nos assuntos internos do outro – seja diplomaticamente, seja pelo uso da força; b) estrangeiros deveriam receber não mais do que o mesmo tratamento concedido aos nacionais e deveriam se limitar a verem suas questões discutidas no sistema judicial local. (HERSHEY, 1907)

6 A Doutrina Drago originou-se em uma nota de protesto emanada pelo Ministro das Relações Exteriores da Argentina, Luís Maria Drago, em 1902, acerca de um bombardeio ocorrido em Caracas realizado por alemães e ingleses em razão da violação de interesses de investidores privados ocorrida durante a Guerra Civil Venezuelana. A nota de Luís Maria Drago não negava o dever do Estado de liquidar suas dívidas, mas condenava sua cobrança coercitiva. (HERSHEY, 1907)

internacional. Esta inexistência de consenso é, até hoje, a razão pela qual as diversas tentativas de criação de arranjos multilaterais para regular os investimentos estrangeiros falharam.

É digno de nota que no período pós-colonial, na década de 1960 e 1970, a nacionalização dos ativos nas mãos de estrangeiros em países em desenvolvimento tornou-se uma política frequente, sobretudo na África e na América Latina. O caso chileno foi exemplar nesta etapa: o socialista Salvador Allende nacionalizou várias empresas norte-americanas e aplicou novos critérios que afastaram as possibilidades de ressarcimento e de pagamento de indenizações[7].

Também na ONU, no âmbito da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), os países conseguiram aprovar Resoluções da Assembleia Geral que lhes concedia uma maior autonomia no trato da propriedade estrangeira[8]. Assim como no caso da PI, também no tocante aos investimentos chegou a ser elaborado um rascunho de Código de Conduta para Empresas Transnacionais, criando obrigações para as empresas que investissem internacionalmente, o qual também terminou não sendo adotado[9]. Esse fortalecimento no posicionamento dos países em desenvolvimento e a mudança ideológica que representava soou aos investidores estrangeiros como um sinal de alerta. A Alemanha, que perdera grande parte de seus investimentos externos ao final da Segunda

7 Tal fato levaria os Estados Unidos, com o apoio de transnacionais, a apoiar o golpe militar de Augusto Pinochet, o qual garantiu o retorno dos ativos econômicos aos seus antigos proprietários estrangeiros.

8 Um exemplo interessante é a de "Declaração da Soberania Permanente dos Recursos Naturais", disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/resolucao-1803-xvii-de-assembleia-geral-de-14-de-dezembro-de-1962-com-o-titulo-de-qsoberania-permanente-sobre-os-recursos-naturaisq.html.

9 O projeto divulgado evidenciou que o instrumento visava estabelecer uma série de obrigações às empresas transnacionais, tais como o respeito à soberania nacional, o cumprimento das leis e regulamentos, o respeito ao meio ambiente e as metas econômicas locais, a não corrupção, entre outros . Consistia, em suma, em um documento para salvaguardar aos Estados receptores de investimento a capacidade de regulação e controle das empresas que nele se instalavam . Porém, as discussões acerca do tema tomaram muito tempo e pouco a pouco, uma nova onda de liberalização econômica provocou uma redução nos esforços empreendidos para a construção de regras nos moldes pensados pelo Direito do Desenvolvimento, fazendo com que o Código nunca fosse aprovado. (COSTA, 2007, p. 87)

Guerra Mundial, foi o primeiro país, então, a desenvolver um programa de negociação de acordos bilaterais de proteção de investimentos e, em 1959, o primeiro deles foi assinado com o Paquistão[10].

Embora cooperassem entre si para conseguir arranjos internacionais que lhes fossem mais favoráveis, os países em desenvolvimento cederam a tentação de assinar acordos bilaterais de proteção de investimentos, com o objetivo de criar vantagens comparativas que lhes tornassem mais atrativos aos investimentos[11]. A este movimento, seguiu-se uma corrida regulatória visando **à** atração do capital internacional e os acordos bilaterais de investimento começaram a se disseminar.

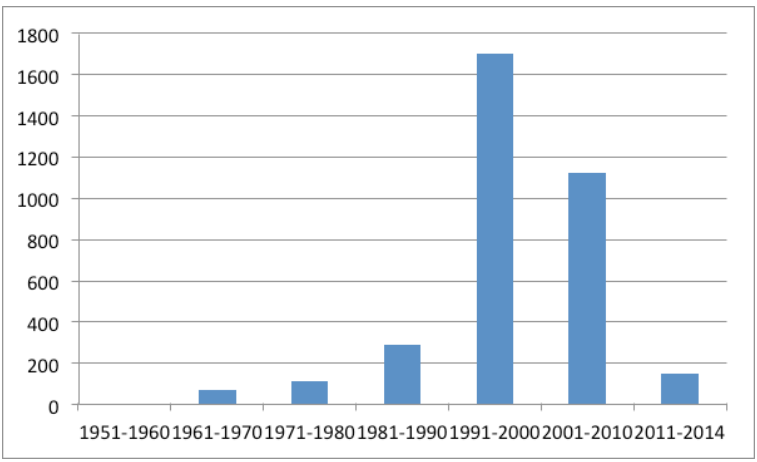
É de se destacar, porém, que até 1990 eram apenas 446 os acordos bilaterais existentes no mundo (SCANDIUCCI FILHO, 2007, p. 279). Ao final de 2013, este número saltou para 3.236 acordos sobre a temática em vigor, sendo 2.902 acordos bilaterais de proteção e outros 334 acordos de outras naturezas, dentre os quais os acordos regionais ou de livre comércio que também abordam a matéria (UNCTAD, 2014, p. 112). Isto mostra que foi na década de 1990 – no contexto de pacificação

10 THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY AND PAKISTAN, **Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Prootion and Protection of Investments.** Disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387. Acesso em: 29 out. 2014.

11 GUZMAN (1998) explica a conduta dos países em desenvolvimento com a ajuda do "Dilema do Prisioneiro", ferramenta desenvolvida dentro do estudo de Teoria dos Jogos para tratar de situações em que os indivíduos procuram seus próprios interesses, sem o auxílio de uma autoridade central para forçar uma cooperação - tal qual o cenário internacional. Para Guzman, quando atuavam coletivamente nos foros internacionais – especialmente na Assembleia Geral da ONU – os países em desenvolvimento cooperavam entre si e, assim, conseguiram reduzir o nível de exigências de proteção do investidor feito pelo Direito Internacional costumeiro, tendo uma liberdade maior para gerenciar os investimentos recebidos e podendo, assim, extrair deles um maior benefício. Não obstante, os países – ao mesmo tempo – competiam entre si por investimento, de tal forma que possuíam incentivos para "trair" os demais, assinando acordos bilaterais de investimento que representariam uma vantagem comparativa na atração do capital internacional. Ocorre, porém, que a deserção de um país impulsionou os demais a seguirem no mesmo caminho – e uma vez que os acordos tornaram-se altamente disseminados (como são hoje, com cerca de 3.000 acordos celebrados), a vantagem comparativa desapareceu – e os países encontram-se numa situação pior do que estariam se tivessem continuado cooperando. Esta competição por investimento levaria a uma concessão cada vez maior de proteção aos investidores até que o benefício obtido pelos Estados do investimento se aproximaria do zero. Este mesmo tema é também trabalhado por HASTREITER e WINTER (2015), para quem a racionalidade econômica pode explicar as razões para a assinatura de acordos de investimento, bem como para sua atual tendência de reformulação.

ideológica em torno dos postulados liberais ocasionado pela derrocada do sistema soviético e a queda do muro de Berlim - que estes acordos encontraram o cenário ideal para sua disseminação.

Gráfico 1 - Número de acordos assinados por década



Fonte: Elaboração própria[12].

Apesar da intensa disseminação dos acordos bilaterais, as tentativas de regulamentação multilateral da matéria não avançaram da mesma forma. no âmbito da OCDE, em 1995, iniciou-se o processo de negociação para o MAI (*Multilateral Agreement on Investment).* O objetivo do acordo era avançar na liberalização dos investimentos estrangeiros, criando um mecanismo global compreensível e harmônico de regras para a proteção dos investidores, além de mecanismos de solução de controvérsias entre investidor e Estado (MILES, 2013, p. 127). Suas regras eram em larga medida inspiradas no NAFTA e em acordos bilaterais. As negociações caminharam até 1998, quando então o processo foi encerrado (COSTA, 2010, p. 248).

Na ausência de um pacto multilateral, os acordos bilaterais de investimento são, hoje, a principal fonte do Direito Internacional dos

12 Elaboração própria conforme dados da: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **International Investment Agreements**. Disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/AdvancedSearchBITResults. Acesso em: 21 nov. 2014.

Investimentos Estrangeiros. Sua disseminação ampla faz com que SCHILL (2009, passim) considere que, a despeito da inexistência de instrumentos multilaterais, a propagação e homogeneidade das regras bilaterais faz do regime jurídico para tratar dos investimentos um regime multilateral. **Há, ainda, quem afirme** que a ampla disseminação dos acordos de investimento com conteúdo semelhante faz com que suas regras expressem um novo Direito Internacional Costumeiro, o qual obrigaria, na condição de costume internacional, até mesmo países não-signatários[13].

Os direitos estabelecidos pelos acordos bilaterais de investimentos estrangeiros são teoricamente recíprocos, já que "os direitos dos investidores do país A no país B são os mesmos do país B em A" (FONSECA, 2008, p. 60). Porém, esta reciprocidade teórica é raramente corroborada na prática, já que em muitos casos o fluxo de capital se dá apenas de forma unilateral e o acordo acaba se caracterizando por um Estado investidor e um Estado receptor - em muitos casos, um país desenvolvido e um país em desenvolvimento.

Embora tenham sido criados como resposta ao fundado receio dos investidores quanto aos movimentos de socialização e nacionalização que colocavam em cheque seus direitos à propriedade, os acordos fazem hoje muito mais do que proteger investidores contra os perigos de uma expropriação. Em verdade, atualmente, a expropriação direta – confisco da propriedade física e material - tornou-se prática anacrônica. Com o fim da Guerra Fria, e a prevalência do pensamento capitalista liberal, a propriedade não enfrenta mais as mesmas ameaças expropriatórias de outrora (ALVAREZ, 2011, p. 149).

Muito mais frequentes na prática, porém, é a ocorrência de medidas que os APPRIs equipararam à expropriação, no que se convencionou

13 Neste sentido, destaca-se o "padrão justo e equitativo" que será detalhado na seção 4.1.2, o qual foi apontado por árbitros da arbitragem do NAFTA no caso *Pope & Talbot v. Canada,* no qual os árbitros consideram que o Direito Internacional costumeiro evoluiria através da prática dos Estados e que os mais de 1.800 acordos bilaterais firmados à época com a cláusula do tratamento justo e equitativo seriam suficientes para que este padrão fosse incorporado ao Direito internacional Consuetudinário. Neste sentido, ver em: ALVAREZ, José E. **The Public International Law Regime Governing International Investment Law**. The Hague: The Hague Academy of International Law, 2011. p. 191.

chamar de "expropriação indireta". A expropriação indireta deixa intacta a titularidade do investimento, mas priva o investidor de usá-lo de modo significativo (DOLZER e SCHREURER, 2008, p. 6). Neste caso, haveria também um dever de indenizar o investidor indiretamente expropriado.

Para além das garantias contra a expropriação, os acordos bilaterais de investimento garantem também padrões de tratamento aos investidores estrangeiros, assegurados pelo Direito Internacional. Os principais padrões de tratamento presentes nos acordos são o tratamento nacional[14], o tratamento da nação mais favorecida[15] e o tratamento justo e equitativo[16].

É de se destacar que o tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida também estão presentes nos acordos do Sistema Multilateral de Comércio, como o GATT e o TRIPS. Porém, como

14 O tratamento nacional pode ser definido, no entendimento de FONSECA (2008, p. 97) como "o princípio por meio do qual o país receptor concede ao investidor/investimento estrangeiro tratamento não menos favorável do que o tratamento concedido ao investidor/investimento nacional". Note-se, neste caso, que o tratamento concedido ao investidor estrangeiro não precisa ser idêntico ao nacional – mas não pode ser inferior (COSTA, 2010. p. 142). Isto significa que a proteção dos investidores estrangeiros não está confinada aos limites da proteção do investidor nacional, sendo perfeitamente possível conceder aos investidores estrangeiros um padrão de tratamento superior, o que de fato geralmente ocorre. O que a cláusula proíbe é a concessão de um tratamento privilegiado aos investidores nacionais em detrimento dos estrangeiros.

15 O tratamento da nação mais favorecida, no entendimento de FONSECA (2008, p. 103), determina que o país receptor deve conceder ao investidor ou investimento estrangeiro um tratamento não menos favorável do que o concedido a um investidor estrangeiro de outra origem. Nota-se que a Cláusula do Tratamento da Nação mais Favorecida não estabelece, por si só, um padrão de tratamento. Ao contrário, trata-se de uma disposição de caráter relativo, que depende da comparação do tratamento concedido ao estado signatário com o tratamento concedido a terceiros estados (COSTA, 2010. p. 140), devendo ser aplicado o tratamento mais benéfico. A principal função da cláusula é a de evitar a discriminação entre investidores provenientes de diferentes países. Ao lado do Tratamento Nacional, a regra serviria para garantir a igualdade de competição entre investidores que é tão cara ao livre-mercado.

16 Segundo ALVAREZ (2011, p. 177), o tratamento justo e equitativo é o coração do regime de proteção dos investidores estrangeiros. A cláusula é a mais invocada em disputas arbitrais – e também a que mais frequentemente tem sido considerada violada pelos países nestas disputas. Na realidade, segundo DOLZER (2005, p. 87), praticamente inexistem processos arbitrais que não invocam o padrão justo e equitativo na defesa do interesse dos investidores. Não obstante, a interpretação da cláusula é uma das mais polêmicas questões a respeito da aplicação dos APPRIs.

bem afirmou SORNARAJAH (2010, p. 317), há um dilema por trás da extensão impensada de regras do Comércio Internacional para o investimento estrangeiro, já que as duas áreas não se misturam tão facilmente. Identificar situações semelhantes entre duas empresas (uma nacional e uma estrangeira ou empresas estrangeiras provenientes de países diferentes) mostra-se muito mais difícil do que fazê-lo comparando dois produtos (KURTZ, 2009, p. 755). Além disto, ao contrário das regras do GATT que são bem detalhadas no tocante à aplicação dos padrões, as previsões dos Acordos de investimento são muito mais amplas e inexiste aqui qualquer direcionamento interpretativo.

Ademais, ao contrário do sistema multilateral de comércio – no qual o acesso aos mecanismos de solução de controvérsias é restrito aos Estados – os acordos internacionais de investimentos estrangeiros frequentemente preveem, além da tradicional disputa Estado-Estado, a possibilidade de investidores estrangeiros fazerem valer diretamente suas pretensões em tribunais arbitrais. As cláusulas que autorizam a arbitragem entre investidor e Estado são os principais instrumentos dos APPRIs para conceder proteção aos investidores (COSTA, 2010, p. 162).

Na medida em que preveem a possibilidade de investidores demandarem os Estados diretamente, tem se tornado frequente que políticas públicas nacionais sejam questionadas em tribunais arbitrais de investimentos estrangeiros. Em verdade, o número de disputas realizadas no ICSID, também cresceu nas últimas décadas: nos seus primeiros dez anos de funcionamento, apenas seis casos foram registrados; até 2014, 473 casos foram resolvidos pelo ICSID (ICSID, 2014, p. 7). Resta saber se e como este instrumento - e os demais estabelecidos nos APPRIS - podem ser utilizados para garantir a propriedade intelectual dos investidores.

4. OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS COMO MECANISMOS TRIPS-PLUS.

A inclusão dos direitos de propriedade intelectual nos APPRIs denota a importância estratégica para as diversas operações de

investimento de proteger estes ativos intangíveis (UNCTAD, 2007, p. 2). A proteção da propriedade intelectual por meio dos acordos de investimento, contudo, não é uma novidade, uma vez que antes mesmo do surgimento dos APPRIs já havia menções à propriedade intelectual no conceito de propriedade protegida pelos Acordos de Amizade, Comércio e Navegação norte-americanos (LIBERTI, 2010, p. 6). Como se viu nas seções anteriores, o surgimento das duas esferas de regulação internacional da economia (o Direito Internacional da Propriedade Intelectual e o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros) seguiram lógicas parecidas e avançaram contemporaneamente especialmente em razão da expansão da internacionalização da economia e das atividades das empresas transnacionais.

Em verdade, a inserção da propriedade intelectual nos conceitos de investimentos protegidos está diretamente atrelada aos interesses dos principais atores envolvidos nos fluxos globais de capital internacional: as empresas transnacionais. Isto porque, como bem ressaltou PICCIOTTO (2011, p. 269), os direitos de propriedade intelectual em sua maioria não estão sendo protegidos atualmente em beneficio de seus autores ou inventores (cuja criatividade teoricamente serviriam para compensar), mas sim para o benefício das grandes corporações.

Assim, desde o início do desenvolvimento dos APPRIs, a PI esteve em seu escopo central. Até mesmo no artigo 8° do APPRI assinado entre Alemanha e Paquistão (o primeiro do gênero, como se viu) havia menção expressa aos ativos imateriais como patentes e conhecimento tecnológico dentro do escopo do investimento protegido[17]. Segundo BOIE (2010, p. 6) a vasta maioria dos APPRIs incluem direitos de PI no conceito de investimentos – e até mesmo aqueles acordos que não os incluem diretamente podem cobrir direitos de PI na medida em que contém disposições como "qualquer tipo de ativos" dentro de suas definições de investimentos.

17 *"The term investment shall comprise capital brought into the territory of the other Party or investment in various forms in the shape of assets such as foreign Exchange, goods, property rights, patentes and technical knowledge".* (Disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387)

Em geral, nos APPRIs concluídos entre os anos 60 e 80, fazia-se uma distinção entre os conceitos de propriedade industrial e direitos autorais, assim como menções específicas a processos técnicos e procedimentos. Nos acordos bilaterais mais recentes, porém, a tendência é utilizar a terminologia ampla de "direitos de propriedade intelectual" com o objetivo de englobar a totalidade dos ativos imateriais[18] (UNCTAD, 2007, p. 3). No rascunho elaborado nas negociações do MAI, todas as formas de direitos de propriedade intelectual estavam expressamente englobadas (LIBERTI, 2010, p. 7).

Outra abordagem possível contemporaneamente é a que inclui, no escopo da proteção dos APPRIs, apenas os direitos reconhecidos por ambos os Estados-partes do acordo bilateral[19]. É possível, também, que o acordo limite a proteção dos direitos de PI na medida em que limitam a proteção de investimentos em geral a, por exemplo, obediência de observância das leis locais. Esta limitação seria significativa no caso das patentes, por exemplo, já que elas seguem o princípio da territorialidade. Assim, a proteção da patente dentro do escopo do acordo dependeria de uma bem sucedida aplicação para registro no país em questão (BOIE, 2010, p. 9). Reconhecendo esta restrição, porém, o acordo entre Estados Unidos e Jamaica inclui no escopo da proteção "invenções patenteáveis"[20], o que amplia significativamente a cobertura do acordo.

---

18 Como exemplo, cite-se o Acordo Bilateral entre Estados Unidos e Uruguai (2004), que diz: "*investment means every asset that na investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include: (…) f) intellectual property rights"* (Disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2380).

19 Um exemplo é o Acordo assinado entre Benin e Ghana em 2001, que diz: "*investment means every kind of asset and in particular, though not exclusevely, includes: (…) intelectual property rights, goodwill, technical processes and know how and all similar rights recognized by the national laws of both Contracting Parties".* (Disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/442).

20 *"Investment means every kind of investment in the territory o fone Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt and servisse and investment contracts, and includes without limitation: (…). Intellectual property, which includes, inter alia, rights relating to: literary and artistic works, including soud recordings, patentable inventions, industrial designs, semiconductor mask works, trade secrets and confidential business information and trademarks, service marks and trade names"* (Disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1726)

Neste sentido, nenhuma afirmação genérica quanto ao alcance da proteção de direitos de PI em acordos de investimento pode ser feita sem que se observe como o acordo enquadrou a propriedade intelectual dentro do seu escopo de proteção. Quanto mais restrita a definição de PI protegida, mais limitado o escopo e alcance do acordo. Quanto mais ampla a definição, mais abrangente é a proteção concedida pelos APPRIs aos direitos de PI envolvidos nas operações de investimento cobertas pelo acordo.

O impacto da previsão dos direitos de propriedade intelectual dentro do escopo de investimento protegido pelos APPRIS é que os detentores destes direitos passariam a contar com as mesmas garantias que os investidores estrangeiros detentores de propriedade física e material possuem no país receptor: a proibição da expropriação, os padrões de tratamento (tratamento da nação mais favorecida, tratamento nacional e tratamento justo e equitativo), e o mecanismo de arbitragem entre investidores e Estados são alguns dos exemplos significativos.

Segundo GALLEGO (2014, p. 10), a proteção dos direitos de propriedade intelectual nos acordos de investimento evidencia a hipocrisia do sistema capitalista – já que estes instrumentos, por um lado, aspiram uma livre circulação de capitais, defendem um livre comércio e uma livre circulação de bens (em relações desiguais de troca), mas por outro negam a livre circulação de conhecimentos e ideias. Diante da força da proteção concedida, o autor (GALLEGO, 2014, p. 10) afirma que esta engenharia institucional mundial garante a dependência do conhecimento dos países menos industrializados tecnologicamente.

De fato, alguns exemplos da aplicação dos dispositivos dos APPRIS na proteção da PI podem avançar ainda mais na concessão de direitos aos detentores de PI do que as regulamentações específicas sobre a matéria, o que representa riscos ao interesse público dos países signatários.

4.1. LICENÇAS COMPULSÓRIAS COMO EXPROPRIAÇÃO

As licenças compulsórias são o exemplo típico de ação governamental que interfere com os direitos privados dos detentores de

PI – e em especial, detentores de PI estrangeiros, razão pela qual a análise de sua compatibilidade com os APPRIS se torna premente. Tratam-se de autorizações concedidas por um governo a outro indivíduo ou organização que não o detentor da PI para que use o invento sem o consentimento do detentor da patente, geralmente mediante o pagamento de uma remuneração e atendendo a certas condições (BOIE, 2010, p. 23).

A licença compulsória é uma medida permitida pelo Acordo TRIPS – que estabelece que os países são livres para estabelecer as medidas de concessão de licenças compulsórias em suas legislações domésticas, atendidas certas exigências (como tentativas de obtenção de condições razoáveis de comercialização do produto por parte do detentor da patente e o pagamento de uma compensação adequada nos casos da emissão da licença)[21].

Salvo raras exceções[22], porém, os APPRIS, por focarem nos investimentos e não na propriedade intelectual, não tratam deste assunto diretamente. Assim, a concessão de licenças compulsórias poderia ser interpretada como uma violação das garantias de proteção dos investimentos estrangeiros, ainda que legítimas dentro do Acordo TRIPS (BOIE, 2010, P. 24). De fato, apesar do Brasil não ter ratificado nenhum dos acordos bilaterais de investimentos que assinou (nem na década de 1990 e tampouco os mais recentes, assinados em 2015) a empresa Merck Sharp & Dohme, fabricante do medicamento contra o HIV Efavirenz, ao divulgar nota de protesto a decisão brasileira de concessão do licenciamento compulsório do produto falou em "expropriação" da propriedade intelectual[23].

21 O artigo 31 do Acordo TRIPS estabelece condições para o uso da patente sem autorização do titular, estabelecendo que "esse uso só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esses esforços não tenham sido bem sucedidos num prazo razoável".

22 No Capítulo 11 do NAFTA, por exemplo, o Artigo 1110.7 excepciona expressamente as licenças compulsórias quando menciona expropriações. Da mesma forma, o artigo 6.5 do Modelo de Acordo Norte-americano de 2004 afirma que a expropriação não se aplica em casos de licenças compulsórias (BOIE, 2010, p. 28)

23 "This expropriation of intellectual property sends a chilling signal to research-based companies about the attractiveness of undertaking risky research on diseases that affect the developing world, potentially hurting patients who may require new and innovative life-saving therapies". (MercoPress. Brazil breaks AIDS drug patent with generic version from India. Disponível em: http://en.mercopress.com/2007/05/05/brazil-breaks-aids-drug-patent-with-generic-version-from-india. Acesso em 26 de setembro de 2016).

Note-se que, apesar do TRIPS conter, no seu artigo 31, condições e procedimentos para a emissão de licenças compulsórias, a Merck não questionou a compatibilidade da medida com o Acordo TRIPS, mas sim tratou da questão como uma expropriação – nomenclatura típica da proteção internacional dos investimentos[24].

Quando, em 1959, a Alemanha e o Paquistão assinaram o primeiro acordo bilateral de investimentos, o objetivo intrínseco do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros era justamente proteger os investidores do perigo de uma expropriação feita pelo Estado receptor – a qual seria a mais severa forma de interferência que um investidor estrangeiro pode sofrer do Estado receptor (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 1). Na época, os países exportadores de capital viam-se preocupados com os movimentos de socialização e nacionalização que colocavam em cheque seus direitos à propriedade, como se enfatizou na seção anterior. Assim, estabelecer regras que garantissem os direitos dos investidores nos casos de expropriação era uma preocupação central.

Deve-se destacar que a expropriação, por si só, não é proibida pelo Direito Internacional. Em verdade, o direito de expropriar é considerado uma decorrência da soberania estatal, sendo assegurado aos Estados seu direito de controlar a propriedade e os recursos econômicos em seu território (SORNAJARAH, 2010, p.543). Mesmo os APPRIs reconhecem e respeitam esta posição, não sendo vedado ao Estado signatário desapropriar os investidores estrangeiros (DOERLZER; SCHREUER, 2008, p. 1).

No entanto, as condições e consequências da expropriação sujeitam-se a limites de Direito Internacional. Para que uma expropriação seja considerada legal perante os acordos de investimento, devem estar configurados os seguintes requisitos: a) a medida deve servir a um propósito de interesse público; b) a medida não pode ser arbitrária ou discriminatória; c) o processo de desapropriação deve observar o devido processo legal;

24 Possivelmente, a razão pela qual a Merck não tomou nenhuma ação a respeito disto foi a ausência de acordos de investimentos ratificados pelo Brasil – mas trata-se de uma demonstração de como a proteção contra a expropriação poderia ser usada por detentores de direitos de PI (RUSE-KHAN, 2011, p. 497).

d) a expropriação deve ser acompanhada de uma compensação pronta, adequada e efetiva (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 3).

Além da expropriação direta – caracterizada pelo confisco da propriedade do investidor – os acordos bilaterais de investimentos equiparam à expropriação as medidas que apesar de deixarem intacta a titularidade do investimento, privam o investidor de usa-lo de modo significativo (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 6). No caso da licença compulsória, a patente não é propriamente retirada do seu detentor, mas o Estado - ou um ator privado agindo dentro das condições impostas pelo Estado – ganha o direito de usar a propriedade intelectual atendendo a certas condições. Assim, não há que se falar em expropriação direta, já que a propriedade intelectual continua com o detentor da PI. No entanto, a possibilidade de arguição de que a medida configura-se como expropriação indireta não pode ser descartada (BOIE, 2010, p. 25).

Ainda assim, mediante o pagamento de pronta, adequada e efetiva indenização, a licença compulsória poderia ser medida permitida pelos APPRIs. Porém, a adequada indenização, nos padrões contemporâneos de proteção dos investimentos estrangeiros, deveria corresponder ao valor de mercado do investimento expropriado (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 4). Este valor provavelmente é maior do que é considerado necessário pelo regime de PI no caso das licenças compulsórias, já que neste caso o que se exige é apenas uma taxa de royalties e não uma compensação pelas perdas efetivas (BOIE, 2010, p. 26). Tais diferenças de tratamento entre os regimes podem levar a uma disputa, na qual o investidor/detentor da PI exija uma indenização maior pela emissão da licença compulsória, com fulcro na proteção internacional dos investimentos estrangeiros.

4.2. RESTRIÇÕES AO USO DA MARCA COMO EXPROPRIAÇÃO

A marca pode ser compreendida como o conjunto de sinais visualmente perceptíveis, capaz de distinguir produtos ou serviços profissionais. A proteção da marca decorre da percepção de que o seu uso

é um instrumento de alavancagem de negócios, sendo necessário garantir a propriedade exclusiva de um sinal visivelmente perceptível relacionado a qualidades do produto e serviços (RIBEIRO; ALVES 2013, p.?). Dentre as funções da marca, destacam-se as seguintes: a) distinguir ao mercado consumidor aquele produto de outros; b) determinar a origem comercial de um produto; c) garantir a qualidade de um produto; d) facilitar a promoção de um produto (PERKAMS; HOSKING, 2009, p. 8).

Pode-se dizer, portanto, que em geral a proteção concedida a uma marca é uma proteção negativa, na medida em que ao garantir uso exclusivo daquele sinal distintivo ao titular do detentor do direito de marca, o objetivo é, em verdade, proibir sua utilização pelas outras pessoas (SUZUKI, 2015, p. 9). No entanto, fazendo uso da proteção à marca estabelecida em um acordo bilateral de investimento, a *Phillip Morris* tentou - em um recente e polêmico caso – atribuir direitos positivos de propriedade sobre suas marcas. A empresa de tabaco suíça acionou o governo australiano e o governo do Uruguai em razão de novas regulações adotadas pelos países em matéria de saúde pública que, dentre outras medidas, proibia a identificação das marcas em embalagens de cigarro, substituindo-as por avisos quanto aos efeitos nocivos do produto à saúde (TAYLOR, 2014). A medida, segundo a empresa, se caracterizaria como uma violação do tratamento justo e equitativo e poderia ser também considerada uma expropriação da propriedade intelectual, na medida em que impedia o uso da marca para estampar os produtos.

Apesar dos tribunais arbitrais terem dado ganho de causa aos Estados nestas demandas[25], os dois casos serviram para evidenciar que a sistemática de arbitragem entre investidores e Estados permite aos investidores estrangeiros questionar políticas públicas estatais internacionalmente. Ainda que vitoriosos na demanda, os países tiveram que despender significativos montantes de recurso para defenderem-se de alegações de infração aos acordos que colocaram em cheque questões regulatórias ordinárias e medidas importantes visando o bem-estar de sua população.

25 MANDER, Benedict. Uruguai defeats Philip Morris test case lawsuit. Disponível em: https://www.ft.com/content/1ae33bc8-454e-11e6-9b66-0712b3873ae1. Acesso em 27 de setembro de 2016.

4.3. A CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA COMO PROLIFERADORA DE PADRÕES MAIS VANTAJOSOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PI.

A cláusula da nação mais favorecida – como já se mencionou- está presente tanto no Acordo TRIPS quanto nos APPRIs. O fato de que ela é usada para disseminar padrões e benefícios concedidos a outros países a todos os membros de ambos os acordos suscita uma questão bastante intrigante: poderia a cláusula da nação mais favorecida ser usada fortalecer o regime global de proteção da PI?

Uma primeira possibilidade seria a dos APPRIs emprestarem previsões de acordos de PI (como o próprio Acordo TRIPS ou outros acordos de natureza TRIPS-plus). Segundo BOIE (2010, p. 11), porém, esta possibilidade parece implausível na medida em que a cláusula da nação mais favorecida em acordos de investimento geralmente utiliza a expressão "nas mesmas circunstâncias". Como os Tratados de PI não são editados nas mesmas circunstâncias do que os acordos bilaterais de investimento, esta poderia ser uma plausível defesa para um Estado que desejasse impedir a disseminação indesejada de um padrão concordado com um terceiro Estado em razão da presença da cláusula da nação mais favorecida nos acordos bilaterais. Não obstante, a cláusula do tratamento justo e equitativo pode ter este efeito, como se verá na sequência.

Porém, a Cláusula da Nação mais Favorecida pode ser usada ainda com outro propósito: eliminar exceções incluídas especialmente no acordo de investimento firmado com um Estado e não incluída em outros acordos da mesma natureza. Uma possibilidade dentro do contexto discutido de proteção à PI seria a de que um investidor, protegido por um APPRI onde estão incluídas as exceções do Acordo TRIPS para, por exemplo, a concessão de licenças compulsórias, pudesse questionar, em razão da cláusula da nação mais favorecida, a emissão das licenças compulsórias utilizando-se dos padrões previstos em outro APPRI, que não contivesse esta exceção (LIBERTI, 2010, p. 13).

De fato, podem haver razões especiais pelas quais um Estado decidiu incluir uma previsão mais ou menos benéfica em um determinado acordo sem estendê-la aos demais. Estas razões podem incluir, por exemplo, considerações específicas sobre as transações econômicas comumente englobadas pelo acordo, ou ainda o fato de que ao fazer uma concessão em um determinado artigo, o Estado conseguiu negociar termos melhores em outra cláusula. A Cláusula da Nação Mais Favorecida impede a barganha caso a caso, na medida em que permite que os investidores selecionem e recortem os acordos, adotando as disposições que mais lhe beneficiam em cada um, sendo regidos por um arcabouço que se torna ainda mais desequilibrado em favor do investidor e do detentor da propriedade intelectual.

Uma segunda questão que merece atenção é a possibilidade de todos os membros da OMC desfrutarem dos mecanismos de proteção dispostos em acordos de investimentos celebrados pelos seus membros, em razão da Cláusula da Nação Mais Favorecida também estar presente no Acordo TRIPS. A este respeito, SUZUKI (2010, p. 14) afirma que a doutrina tem defendido que todas as obrigações relativas à PI em acordos regionais de comércio devem ser estendidas para os demais membros da OMC, de modo que o mesmo poderia ser dito das previsões concedidas em acordos bilaterais de investimento.

Isto representaria um risco bastante grande ao interesse dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, uma vez que, na arena multilateral, os países negociam juntos e, assim, grupos de países em desenvolvimento têm mais poder de barganha do que estes mesmos países possuem separadamente, de modo que foi possível assegurar algumas exceções regulatórias – em especial na esfera da saúde pública. Não obstante, a existência da Cláusula da Nação mais Favorecida tanto nos acordos do sistema multilateral quanto nos acordos bilaterais permitiria, em tese, que um país subdesenvolvido ou em desenvolvimento, sucumbindo à tentação de oferecer uma vantagem comparativa para receber mais investimentos, concordasse em um sistema mais agressivo

na defesa da PI que culminaria por se disseminar como padrão global de tratamento[26], aniquilando o resultado da barganha multilateral.

Dentro deste contexto, não se poderia deixar de notar que uma vantagem conferida pelos APPRIs aos países signatários é o sistema de arbitragem investidor-Estado. Um detentor de propriedade intelectual proveniente de um país membro da OMC poderia, então, pleitear o direito a arbitragem investidor-Estado, por força da cláusula da nação mais favorecida presente no acordo TRIPS. Ainda que tal perspectiva comporte ressalvas – como o fato do próprio acordo TRIPS ressalvar os acordos de assistência judicial e de cooperação legal do escopo da cláusula da nação mais favorecida (SUZUKI, 2010, p. 14) – a possibilidade de ser eventualmente arguida por um detentor de direitos de PI não pode ser ignorada.

4.4. O TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO COMO GARANTIA ADICIONAL DOS COMPROMISSOS DO TRIPS

Segundo ALVAREZ (2011, p. 177), o tratamento justo e equitativo é o coração do regime de proteção dos investidores estrangeiros. A cláusula é a mais invocada em disputas arbitrais – e também a que mais frequentemente tem sido considerada violada pelos países nestas disputas. Não obstante, a interpretação da cláusula é uma das mais polêmicas questões a respeito da aplicação dos APPRIs atualmente (COSTA, 2010, p. 145).

Apesar do "tratamento justo e equitativo" também constar no Acordo TRIPS (quando se fala nos procedimentos para garantia dos direitos de propriedade), a vagueza intrínseca dos termos empregados é um empecilho para que se alcance um consenso na interpretação do padrão nos diferentes instrumentos normativos e, em especial, nos acordos de investimento. O que significa tratar o investimento e o investidor de forma justa e equitativa? Em verdade, nos dizeres de WALLACE (2012, p. 55), a imprecisão desta cláusula e as divergências em suas interpretações fazem do padrão justo e equitativo uma caixa preta de onde podem emergir indesejadas surpresas para os países signatários.

26 Este comportamento também pode ser explicado pelo Dilema do Prisioneiro, sobre o qual já nos referimos na Nota de Rodapé nº 11.

ALVAREZ (2011, p. 181-188) enumera algumas possíveis interpretações para o padrão:

> a) o tratamento justo e equitativo é um padrão de tratamento exigível por si só;
>
> b) o tratamento justo e equitativo equivale ao padrão mínimo internacional estabelecido pelo Direito Internacional consuetudinário;
>
> c) o tratamento justo e equitativo equivale ao padrão mínimo internacional de tratamento dos investimentos, o qual engloba não só o Direito Internacional consuetudinário, mas vai além, podendo englobar a violação de outras normas de Direito Internacional (o acordo TRIPS, por exemplo), a violação da lei doméstica do Estado receptor ou, até mesmo, a ruptura de um contrato entre investidor e Estado receptor;
>
> d) tratamento justo é uma coisa, tratamento equitativo é outra;
>
> e) o tratamento justo e equitativo pode ser entendido como o respeito às legítimas expectativas do investidor;
>
> f) o tratamento justo e equitativo concede liberdade para que os árbitros das disputas decidam a questão levando em consideração critérios de equidade.

Como se viu, o Acordo TRIPS tem sido reconhecido em matéria de propriedade intelectual como o padrão mínimo de proteção dos direitos de PI exigidos de todos os membros da OMC. Assim, se poderia sustentar que a aderência de um país membro da OMC aos dispositivos do Acordo TRIPS representa não apenas um padrão mínimo internacional, como também as expectativas legítimas do investidor no momento da realização do investimento (BOIE, 2010, p. 19).

Dentro deste contexto, os mecanismos do Acordo TRIPS seriam trazidos para dentro da sistemática dos acordos bilaterais de investimentos, e garantidos pelo sistema de arbitragem investidor-estado que é peculiar dos APPRIS. Isto permitiria, por exemplo, que detentores de PI utilizassem a sistemática dos APPRIS para responsabilizarem os países onde há pirataria sistemática. A pirataria nada mais é do que a infração de direitos de propriedade intelectual em larga escala dentro de um país – e é a maior preocupação dos detentores de PI em muitos países

onde a prática gera perdas econômicas significativas (BOIE, 2010, p. 33). Ocorre que, em princípio, a pirataria não decorre de um ato praticado pelo Estado, mas sim por outros atores privados, de modo que não pode ser considerada como uma ingerência governamental englobada pela da sistemática dos APPRIS. Não obstante, o Acordo TRIPS determina a obrigatoriedade de proteção eficiente dos direitos de PI nos países membros – e a observância desta garantia poderia ser enquadrada como tratamento justo e equitativo, podendo ser submetida ao sistema de controvérsias entre investidor e Estado.

4.5. A ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO COMO MEIO PARA SOLUCIONAR DISPUTAS DE PI.

Em todos os exemplos discorridos anteriormente, falou-se na possibilidade dos países signatários de acordos de investimento serem acionados por detentores de direitos de PI perante tribunais arbitrais de investimento. De fato, a possibilidade do Estado ser acionado diretamente por atores privados em disputas de investimento e todo o sistema erigido principalmente no ICSID (*International Centre of Settlement of Investment Disputes*), criado pela Convenção de Washington em 1965, faz do sistema de solução de controvérsias de investimentos estrangeiros o cerne do debate sobre esta sistemática regulatória.

Distinguir ou detalhar os procedimentos e etapas usadas para chegar à solução da controvérsia transcende o escopo deste trabalho. No entanto, importa destacar que os procedimentos da arbitragem de investimento se assemelham à arbitragem comercial internacional, sendo que os árbitros são nomeados pelas partes (no caso do ICSID, há uma lista de árbitros para serem escolhidos) – e, em uma série de países, seus laudos arbitrais são plenamente e diretamente executáveis, nos termos da Convenção de Nova Iorque[27] . Caso o país condenado possua bens em outros países

27 Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. (BRASIL. Planalto. **Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Acesso em: 24 nov. 2014).

signatários, estes também podem ser usados para dar executabilidade à decisão (COSTA, 2010, p. 218). Isto faz com que SCOTT e STEPHAN (2006, p. 11) defendam que o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros é um exemplo da existência de meios coercitivos formais no Direito Internacional, já que os mecanismos de solução de controvérsias entre investidores e estados garantem a possibilidade dos investidores buscarem – sozinhos - compensações monetárias perante um tribunal independente, com poderes para impor sanções diretas.

Naturalmente, tal perspectiva seria vantajosa também ao detentor dos direitos de PI, quando comparada ao mecanismo de solução de controvérsias da OMC, que é inacessível a atores privados e não possui tais mecanismos de coerção. A defesa de interesses dos detentores de PI na OMC ocorre de modo transverso, já que eles se veem obrigados a contar com o amparo de seu país de origem, tornando-se, assim, dependente da disposição política de seu Estado doméstico. No sistema de proteção dos investimentos, esta dependência não existe e o ator privado pode invocar diretamente o mecanismo e garantir sua execução.

MERCURIO (2013, p. 899) destaca que a possibilidade de um tribunal arbitral estabelecido no âmbito dos APPRIS interprete disposições do acordo TRIPS pode gerar efeitos perigosos uma vez que o tribunal arbitral pode não ter *expertise* no sistema da OMC, bem como seria possível que a mesma controvérsia tramitasse, ao mesmo tempo e a respeito das mesmas bases jurídicas, tanto perante uma corte arbitral de investimento (como o ICSID) quanto perante o órgão de solução de controvérsias da OMC (OSC). Seria possível, nestes casos, que os dois sistemas chegassem a conclusões diferentes – o que levantaria dúvidas sobre sua legitimidade e funcionamento adequados.

É de se destacar, dentro deste contexto, que a legitimidade do sistema arbitral investidor–Estado é alvo de grandes críticas. Um dos mais notórios críticos deste sistema é HARTEN (2007, p. 6), que afirma que o sistema internacional de proteção dos investimentos estrangeiros tem se utilizado do modelo da arbitragem comercial privada, ao invés de um órgão jurisdicional permanente, para decidir – em última instância – o

que os administradores públicos, legisladores e cortes nacionais podem fazer no exercício de seu poder regulatório. Assim, submete a autoridade soberana e o orçamento dos Estados ao controle de árbitros que seriam suspeitos de decidirem favoravelmente ao investidor com o objetivo de criar um incentivo à litigância internacional (uma vez que são remunerados caso a caso – e já que os acordos bilaterais oferecem apenas obrigações aos Estados, apenas os investidores procuram a arbitragem internacional).

Acerca deste desvio no comportamento dos árbitros COSTA (2007, p. 343) afirma que é difícil de ser verificado empiricamente, mas afirma que "embora não seja razoável supor que os árbitros de elevada qualidade e reputação internacionais atuem maliciosamente com o objetivo de favorecer investidores, tampouco se pode negar a existência de incentivos neste sentido". Da mesma forma, HARTEN (2007, p. 7) conclui que "ainda que este viés possa ser efetivamente afastado pela reputação individual dos árbitros de equilíbrio e razoabilidade, esta continua sendo uma base não confiável para sustentar um sistema que, de outro modo, poderia trazer uma importante contribuição à economia global contemporânea"[28].

Nota-se, portanto, que possibilitar que titular de um direito de PI reivindique diretamente os dispositivos do acordo TRIPS por meio da arbitragem internacional é um avanço muito significativo na proteção dos interesses dos criadores ou inventores e, mormente, das grandes corporações que geralmente detém tais direitos, sendo também um importante mecanismo de efetivação do TRIPS. É, por outro lado, um risco ao interesse público e a legitimidade e coerência do Direito Internacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo abordou a possibilidade dos dispositivos de acordos bilaterais de proteção e promoção recíproca de investimentos serem

28 "And while this perceived bias may be effectively dispelled by the reputation of individual arbitrators for fairness and balance, this is none the less an unreliable basis on which to found a system that could otherwise make an important contribution to the legal system of a global economy". HARTEN, Gus Van. op. cit. p. vi, tradução livre.

usados como instrumentos de proteção da propriedade intelectual internacionalmente. O modo como as disposições constantes nestes acordos são estruturadas, a vagueza intrínseca de certos termos (como o padrão justo e equitativo), a proliferação de padrões de tratamento entre os diferentes acordos ocasionada pela cláusula da nação mais favorecida e, principalmente, o mecanismo de solução de controvérsias erigido em prol dos investidores estrangeiros – que permite o acionamento dos Estados por atores privados – são exemplos das vigorosas ferramentas que os APPRIs podem fornecer aos detentores de PI na defesa dos seus interesses.

Diante de todo o exposto e dos exemplos de emprego de dispositivos dos APPRIs em controvérsias de PI, não restam dúvidas de que tais acordos devem ser considerados como mecanismos TRIPS-*plus*, uma vez que levam a proteção dos detentores de PI a patamares muito mais elevados do que os definidos no âmbito da OMC, por vezes inclusive mitigando exceções em prol do interesse público conquistadas com dificuldades pelos países em desenvolvimento no sistema multilateral.

Como não foram pensados especificamente para lidar com questões de propriedade intelectual, a maior parte dos APPRIs não se atenta a peculiaridades deste tipo especial de propriedade, de natureza imaterial. A propriedade intelectual trata de bens intangíveis - que não seguem a mesma lógica da escassez dos recursos físicos – e especialmente por isto precisa de uma normativa que atente as suas peculiaridades.

Ainda que seja incontentável que a propriedade intelectual é um investimento – e dos mais valiosos e importantes investimentos na sociedade informacional contemporânea – a extensão impensada de padrões de tratamento criados para abarcar investimentos tangíveis para assegurar direitos sobre bens de natureza intangível pode gerar efeitos nefastos tanto ao desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento – que ficarão eternamente dependente do conhecimento oriundo dos países desenvolvidos – quanto ao interesse público e bem estar dos seres humanos, em especial no que diz respeito à saúde pública.

Muito embora os exemplos de utilização das ferramentas dos APPRIs para proteção de direitos de PI ainda sejam escassos na jurisprudência arbitral, a possibilidade hipotética de sua utilização deve ser considerada, portanto, com muita cautela por países signatários dos acordos bilaterais de investimento.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, José E. **The Public International Law Regime Governing International Investment Law**. The Hague: The Hague Academy of International Law, 2011.

BOIE, Bertram. The Protection of Intellectual Property Rights through Bilateral Investment Treaties: Is there a TRIPS-plus Dimension? **Working Paper n° 2010/19 – Swiss National Centre of Competence in Research.** Nov. 2010. Disponível em: http://www.wti.org/media/filer_public/c5/47/c5475d4a-f97c-4a8b-a12a-4ae491c6abb3/the_protection_of_iprs_through_bits.pdf. Acesso em 29 set 2016.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **1828.** Tratado de Amizade, Navegação e Comércio entre o Senhor D. Pedro I, Imperador do Brasil, e os Estados-Unidos da América, assignado no Rio de Janeiro em 12 de Dezembro de 1828, e ratificado por parte do Brasil na referida data, e pela dos Estados-Unidos em 17 de Março de 1829. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 1828. Disponível em: http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1828/b_9. Acesso em: 6 out. 2014.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro.** Curitiba: Juruá, 2010.

_____. Modelos de Solução de Controvérsias Investidor-Estado: os mecanismos nacionais e internacionais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton. **Regulamentação Internacional dos Investimentos:** algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 325-354

DAL RI JUNIOR, Arno. **Direito Internacional Econômico em Expansão**: Desafios e dilemas no curso da história. Direito Internacional Econômico em Expansão – Desafios e Dilemas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: a key standard in investment treaties. **The International Lawyer**, v. 39, n. 1, p. 87-106, spring 2005. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/40707790. Acesso em: 22 nov. 2014.

_____; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law.** Oxford: Oxford University Press, 2008.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito:** instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FONSECA, Karla Closs. **Investimentos Estrangeiros:** Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais. Curitiba: Juruá, 2008.

GALLEGOS, René Ramirez. **La virtude de los comunes: de los paraísos fiscales al paraíso de los conocimientos abiertos.** Quito: Ediciones Abya-Yala, 2014.

GUZMAN, Andrew T. **How international law works:** a rational choice theory. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. **Virginia Journal of International Law,** v. 38, n. 639, p. 639-688, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176003. Acesso em: 4 nov. 2014.

HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Racionalidade Econômica e os acordos bilaterais de investimento. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 12, n. 2.2015. p. 283-302.

HARTEN, Gus Van. **Investment Treaty Arbitration and Public Law.** Oxford: Oxford University Press, 2007.

HERSHEY, Amos S. The Calvo and Drago Doctrines. **The American Journal of International Law,** v. 1, n. 1, p. 26-45, jan./apr. 1907. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2186283. Acesso em: 5 out. 2014

HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos:** o breve século XX (1914-1991). Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ICSID. **The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2014-2)**. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/ICSID/

O CONTENCIOSO ARBITRAL DA PHILIPP MORRIS CONTRA O URUGUAI E A AUSTRÁLIA: EXPROPRIAÇÃO DO DIREITO DE MARCA OU POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE LEGÍTIMA

Autora: Monique Munarini[1]; Michele Hastreiter[2]
Instituição: Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar duas importantes decisões do cenário internacional que causaram grande repercussão na luta contra o tabagismo versus o direito à propriedade intelectual. A metodologia utilizada será o estudo de ambos os casos, tendo em vista que possuem em comum o fato que foram demandas apresentadas pela Philip Morris contra a República Oriental do Uruguai perante a Câmara de arbitragem do banco mundial - ICSID *(International Centre for Settlement of Investment Disputes)* e contra a Austrália perante a *Permanent Court of Arbitration* – PCA usando as regras de 2010 da UNCITRAL *(United Nations Commission on International Trade Law)* alegando violação de propriedade intelectual após os Estados terem aprovado medidas protecionistas com o objetivo de reduzir o consumo do tabaco. A questão discutida nos casos a ser questionada é até que ponto os acordos internacionais de investimento limitam a soberania de um país a ponto de obstruir a estipulação de suas políticas públicas internas de saúde.

Palavras-chave: Acordos bilaterais de investimentos (BIT) – arbitragem – propriedade intelectual.

1 Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

2 Professora de Direito Internacional Público e Privado no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e na Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP-PR). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Especialista em Direito Internacional pela PUC-PR. Advogada e Administradora Internacional de Negócios, graduada em Direto pela PUC-PR e em Administração Internacional de Negócios pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)

1. INTRODUÇÃO

Com o avanço da sociedade e dos recursos científicos verificou-se os malefícios causados pelo consumo do tabaco bem como seus efeitos no corpo humano após o uso prolongado ao longo do tempo. O consumo de cigarro provoca danos sérios à saúde e possui repercussões sociais, econômicas e sanitárias. Com o início do novo século a saúde pública mundial entrou em destaque perante a sociedade internacional no âmbito de consumo do tabaco, principalmente após julho dos anos 2000 com as conclusões do Comitê de Peritos em Documentos da Indústria do Tabaco da Organização Mundial da Saúde - "Estratégias da indústria do tabaco para enfraquecer as atividades de controle do tabaco no âmbito da Organização Mundial de Saúde" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2000) o qual concluiu, com base em documentos utilizados em inúmeros processos judiciais nos Estados Unidos contra as empresas produtoras de cigarro, que estas buscam subverter as políticas públicas estatais antitabagistas.

Quando verificado que o custo do consumo[3] de tabaco não recaía apenas no indivíduo, mas também no governo com o aumento dos tratamentos de saúde decorrentes de tal uso foi elaborada a Convenção-Quadro para o controle do Tabaco (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2003) em 2003[4], onde os mais de 150 (atualmente são 179 países) Estados signatários obrigaram-se a iniciar paulatinamente pacotes de medidas objetivando o controle do tabaco[5] em seus territórios, sendo

3 Em contrapartida a Philip Morris encomendou estudo que concluiu que a morte precoce pelo uso de cigarro acarreta uma economia aos cofres públicos no setor previdenciário e de saúde geriátrica bem como uma maior arrecadação devido à alta taxa de impostos, conforme aponte a Folha de São Paulo (FOLHA DE S. PAULO, 2016)

4 O objetivo da presente Convenção e de seus protocolos é proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, proporcionando uma referência para as medidas de controle do tabaco, a serem implementadas pelas Partes nos níveis nacional, regional e internacional, a fim de reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco.

5 Artigo 1º Para fins da presente Convenção: (d) "controle do tabaco" é um conjunto de estratégias direcionadas à redução da oferta, da demanda e dos danos causados pelo tabaco, com o objetivo de melhorar a saúde da população, eliminando ou reduzindo o consumo e a

as mais expressivas delas o aumento de impostos sobre os produtos[6], proibições acerca da forma de comercialização e restrições de lugares para consumo. Um dos princípios desta Convenção é a cooperação internacional, principalmente no quesito transferência de tecnologias para a aplicação das medidas, levando em conta as peculiaridades locais de cada signatário.

Com a disseminação da política antitabagista, a Philip Morris, uma das principais empresas do ramo, sentindo-se lesada pelo cumprimento das medidas de saúde pública adotada pelos países buscou junto às Câmaras arbitrais internacionais indenização de países como Uruguai e Austrália com a justificativa de que estes teriam violado acordos bilaterais de investimento (BIT), mormente no que diz respeito a sua proteção da marca.

Este artigo então objetiva analisar, com base nos casos expostos acima, as repercussões dos tratados internacionais na soberania do país, ou seja, o confronto entre Direito Internacional e Direito Interno, bem como o reflexo disso na proteção da propriedade intelectual.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AO TABAGISMO

Segundo dados da OMS, o consumo de tabaco já se tornou uma epidemia que mata cerca de 5 milhões de indivíduos por ano com previsão de chegar a 8 milhões ao ano até 2030, sendo que 80% das mortes no futuro já atingirão os países em desenvolvimento, sendo a principal causa de morte evitável no mundo (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2016). Para a OMS, "todas as epidemias têm uma forma de contágio, um vetor que dissemina a doença e mortes. Na epidemia do tabagismo o vetor não é um vírus, bactéria ou outro micro-organismo, é uma indústria e suas estratégias de negócios" (INCA, 2016). Atualmente, estima-se que o consumo de tabaco custe para o sistema de saúde aproximadamente 0,5% do PIB dos países latino americanos (ONUBR, 2016).

exposição à fumaça de produtos de tabaco.

6 Artigo 6º: As Partes reconhecem que medidas relacionadas a preços e impostos são meios eficazes e importantes para que diversos segmentos da população, em particular os jovens, reduzam o consumo de tabaco

Em 2008 a OMS publicou o Relatório sobre a Epidemia Global do Tabaco onde estabeleceu 6 medidas para o combate ao consumo de cigarros e demais produtos que contenham a substância denominadas MPOWER (OMS, 2008): 1- Monitorar o uso do tabaco e medidas preventivas; 2- Proteger as pessoas da fumaça do cigarro; 3 – Oferecer ajuda para largar o tabaco; 4 – Alertar sobre o perigo de consumir tabaco; 5 – Fazer e cumprir as proibições sobre publicidade promoção e patrocínio; 6 – Aumentar os impostos dos produtos de tabaco.

Neste cenário, o Uruguai foi um dos países que mais se destacaram no cumprimento das medidas MPOWER onde desde 2006 o, na época, Presidente Tabaré Vázquez proibiu o fumo em ambientes públicos fechados[7] bem como obrigou as indústrias do tabaco a preencherem 80% de suas embalagens com advertências ilustradas[8]. Tais políticas públicas refletiram em um decréscimo no consumo de cigarro, de 35,5% em 2005 para 22,5% em 2014, conforme pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa e Estatística do Uruguai (BBC, 2016). Isso porque as doenças associadas ao consumo de tabaco foram as principais causas de mortalidade no país. Estima-se que um em cada quatro uruguaios era viciado em rapé, fazendo com que o Uruguai fosse o maior consumidor de tabaco da América Latina. Os números após a implementação das medidas foram tão favoráveis que, mesmo após a acusação da Philip Morris perante o ICSID, o ex-presidente Tabaré Vázquez afirmou que manteria as ações tomadas em caso de derrota (EL OBSERVADOR, 2015).

A Austrália aprovou no ano de 2011 um pacote de medidas de combate ao tabaco (*tobacco plain packing*[9]) a fim de reduzir o número de

7 Medida efetivada por meio do Decreto nº 168/005.

8 Medida efetivada por meio da Portaria nº 466/08 do Ministério da Saúde Pública do Uruguai.

9 *3 Objects of this Act (1) The objects of this Act are: (a) to improve public health by: (i) discouraging people from taking up smoking, or using tobacco products; and (ii) encouraging people to give up smoking, and to stop using tobacco products; and (iii) discouraging people who have given up smoking, or who have stopped using tobacco products, from relapsing; and (iv) reducing people's exposure to smoke from tobacco products; and (b) to give effect to certain obligations that Australia has as a party to the Convention on Tobacco Control. (2) It is the intention of the Parliament to contribute to achieving the objects in subsection (1) by regulating the retail packaging and appearance of tobacco products in order to: (a) reduce the appeal of tobacco products to consumers; and (b) increase the effectiveness of health warnings on the retail packaging of tobacco products;*

fumantes no país, sendo conhecida como a lei da embalagem simples, a qual estipula que os cigarros devem ser comercializados em embalagens verdes, sem os logotipos apenas com advertências sobre o uso do cigarro e o nome do produto em branco. Tal lei foi a primeira e o precedente necessário para que outros países adotassem normativas semelhantes para a comercialização do produto, a qual já se encontra vigente também em países como Irlanda, França e Reino Unido.

(Fonte: http://www.packagingnews.co.uk/news/markets/government-introduce-legislation-tobacco-plain-packaging-22-01-2015)

A lei da embalagem simples foi uma das maiores afrontas às empresas tabagistas tendo em vista que regulam a forma de exposição e o próprio direito autoral das marcas, já que ficaram proibidas de utilizar seus logotipos tão famosos. Tal medida foi tomada após o resultado de estudos divulgados pelo Cancer Council Victoria (CANCER COUNCIL, 20160) de mais de duas décadas de estudos sobre a embalagens padronizadas, como também pesquisas experimentais a respeito do impacto destas no consumo. A Austrália já havia tomado inúmeras medidas indicadas pela Força-tarefa de saúde preventiva do governo australiano para controle do uso da substância, sendo que a publicidade

and (c) reduce the ability of the retail packaging of tobacco products to mislead consumers about the harmful effects of smoking or using tobacco products.

nas embalagens de cigarro tinha sido a última a permanecer. A única medida indicada pela força-tarefa que seria eficaz contra a publicidade nas embalagens foi a embalagem única (AUSTRÁLIA, 2009, p. 181).

As medidas estabelecidas tinham por objeto não só reduzir o número de usuários de tabaco ou evitar que as pessoas retornassem a fumar, mas também proteger não-fumantes da exposição à fumaça do cigarro, bem como estabelecer medidas como a da embalagem simples para tornar o cigarro menos atraente à novos potenciais fumantes.

Em busca de verificar a eficácia da medida que entrou em vigor no dia 1º de dezembro de 2012, foi encomendado um estudo *Post-Implementation Review* (PIR) pelo governo australiano o qual foi concluído em fevereiro de 2016 sendo elaborado em parceria com o Ministério da Saúde da Austrália. Além de analisar se os resultados pretendidos estão sendo alcançados pela medida, tal estudo também teve como escopo observar se a medida imposta pela lei da embalagem simples era uma forma adequada de regulamentação interventiva no direito das empresas tabagistas. Para isso, foram reunidas inúmeras pesquisas feitas ao longo dos anos sobre a matéria. A pesquisa realizada pelo *New South Wales Tobacco Tracking Survey* feita entre abril de 2006 e maio de 2013 (06 meses após a entrada em vigor da lei da embalagem única) verificou a queda da autopromoção das embalagens de cigarro bem como os fumantes começaram a reparar mais nas advertências contidas nas caixas de cigarro (AUSTRÁLIA, 2016, p. 27).[11] Foram analisados os impactos da medida tanto para o governo, quanto para a indústria e população. A conclusão que a que se chegou foi que, a indústria realmente teve uma queda no faturamento, mas tal "prejuízo" não se compara ao benefício alcançado na saúde da população, visto o aumento nos números de pessoas que estavam tentando largar o vício ou a redução no número de jovens que consideravam que fumar era uma atividade descolada ou da moda (AUSTRÁLIA, 2016, p. 57)[12].

11 *"The study concluded that the early effects of the tobacco plain packaging measure among adult smokers are consistent with reduced promotional appeal of the packaging and increased effectiveness of health warnings"*

12 *" In light of all of the above, it is the conclusion of this PIR that the measure has begun to achieve its public health objectives of reducing smoking and exposure to tobacco smoke in Australia and it is expected to continue to do so into the future."*

3. TRATADOS BILATERAIS DE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS (BIT)

Os tratados bilaterais de proteção e promoção de investimentos tiveram seu início na Alemanha pós Segunda Guerra, com a assinatura do primeiro BIT entra Alemanha e Paquistão em 1959 (AZEVEDO, 2001, p. 03-05), uma vez que seus nacionais tiveram a expropriação de seus investimentos como consequência da derrota na guerra. Estes tratados são largamente utilizados por países desenvolvidos para proteção de suas empresas nacionais que partem para outros países em busca de novos mercados, matérias-primas ou mão de obra. Em contrapartida, são firmados por países em desenvolvimento como uma forma de garantia de proteção e incentivo para a vinda de empresas estrangeiras na busca de um crescimento econômico interno, apesar de a previsão de crescimento econômico não estar prevista na maioria dos tratados assinados (HASTREITER e WINTER, 2015, p. 284).

Eles são uma fonte de incentivo a globalização financeira, uma vez que garantem uma certa segurança às empresas transnacionais bem como lhe asseguram vantagens com o escopo de retorno em trabalho, tecnologia e financeiro. Por outro lado, parte da doutrina internacional sobre o assunto têm se manifestado no sentido de que os Estados se tornaram reféns das companhias transnacionais ao limitarem sua soberania para entrar em uma guerra de qual país concede mais benefícios para uma empresa se instalar nele (MATIAS, 2005, p. 154-155):

> As transnacionais surgem como um novo poder, minando a efetividade do poder estatal. E a globalização financeira tem por contrapartida o aumento na volatilidade do capital, que causa crescente instabilidade. O medo de afastar o capital obriga os governos a satisfazer as demandas daqueles que o detêm, em detrimento de outras considerações. Essa constatação leva parte da doutrina a crer que os Estados se teriam tornado reféns das grandes empresas e a defender que a globalização em curso é comandada por e realiza-se no interesse das corporações e conglomerados transnacionais.

As principais disposições presentes nesses tipos de tratados são a definição de investimentos estrangeiros, o tratamento isonômico entra os investimentos nacionais e investimentos estrangeiros, cláusula da nação favorecida, tratamento justo e equitativo, bem como os limites legais e critérios para a expropriação, ressalvada a estipulação de indenização caso constatada (HASTREITER e WINTER, 2015, p. 284). Por fim, é estabelecido um meio de solução de controvérsias, o qual geralmente é incitado a ser iniciado internamente e, não havendo solução, possibilita-se que se recorra à arbitragem, em consonância com a regra do esgotamento dos recursos internos antes de se buscar uma responsabilização internacional. A grande peculiaridade deste sistema de solução de controvérsias é que ele pode ser acessível a atores privados (investidores), o que o difere da maior parte das ferramentas do Direito Internacional, que são apenas de alcance dos atores estatais.

4. OS BITS COMO RECURSO DAS TRANSNACIONAIS PARA CONFRONTAR INTERNACIONALMENTE POLÍTICAS PÚBLICAS INTERNAS

Os tratados bilaterais em regra utilizam uma definição bem ampla de investimento justamente para proteger da melhor maneira possível os interesses das empresas da nação participante quando esta se instalar no país com o qual o tratado foi assinado. A título de exemplo, o tratado para proteção e promoção de investimentos assinado entre Austrália e Hong Kong, o qual foi utilizado pela Philip Morris para alegar violação de propriedade intelectual contra o plano de medidas antitabagistas, prevê como investimento:

> "Investimento" significa todo tipo de bens, de propriedade ou controlada por investidores de uma das Partes Contratantes e admitida pela outra Parte Contratante sujeito às suas políticas de direito e de investimento aplicáveis ao longo do tempo e em particular, embora não exclusivamente, inclui:
>
> (I) bens móveis e imóveis e quaisquer outros direitos de propriedade tais como hipotecas, penhoras ou promessas;

> (II) ações, títulos e debêntures de uma empresa e qualquer outra forma de participação numa empresa;
>
> (III) títulos de crédito ou qualquer título sob contrato com valor econômico;
>
> (IV) **os direitos de propriedade intelectual, incluindo direitos com relação aos direitos de autor, patentes, marcas, nomes comerciais, desenhos industriais, segredos comerciais, know-how e de boa vontade**; (grifei)
>
> (V) concessões comerciais, licenças e outros direitos conferidos pela lei ou por contrato, incluindo concessões para prospecção, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais e para a fabricação, uso e venda de produtos[13].

Assim como nos demais tratados assinados, este protege não só a propriedade física como bens, valores e títulos, mas direitos, incluídos o da propriedade intelectual. Conforme discutido anteriormente, é muito difícil para um país não assinar um tratado de proteção de investimentos visto que isso acarreta uma estagnação da economia nacional, que precisa constantemente de injeção de investimentos.

Ocorre que, tais tratados têm causado grandes transtornos aos países signatários uma vez que muitas empresas estão se utilizando desta proteção para contestar uma política interna que contrarie seus interesses econômicos, como foi o caso da Philip Morris. Considerando a amplitude das previsões dos acordos de investimento, qualquer medida interna que afete o rendimento de uma empresa pode ser considerado violação da propriedade intelectual pela redução do valor dado à marca da empresa ou até mesmo expropriação, por limitar o uso livre de marcas, desenhos ou logos.

13 *"investment" means every kind of asset, owned or controlled by investors of one Contracting Party and admitted by the other Contracting Party subject to its law and investment policies applicable from time to time, and in particular, though not exclusively, includes: (i)movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges; (ii) shares in and stock, bonds and debentures of a company and any other form of participation in a company; (iii) claims to money or to any performance under contract having an economic value; (iv) intellectual property rights including rights with respect to copyright, patents, trademarks, trade names, industrial designs, trade secrets, know-how and goodwill; (v) business concessions, licences and other rights conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources and to manufacture, use and sell products.*

Neste contexto percebe-se a importância da decisão conferida ao Uruguai ao priorizar às políticas públicas com interesse em proteger a sociedade em detrimento dos interesses lucrativos das empresas.

5. PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. AND ABAL HERMANOS S.A. V. ORIENTAL REPUBLICO OF URUGUAY

O Uruguai por muitos anos foi um dos maiores consumidores de tabaco da América Latina, seja na forma de rapé ou cigarro. Desde a ratificação da Convenção-Quadro o país tem se esforçado para diminuir o consumo de produtos derivados do tabaco. Assim, no primeiro mandato do presidente Tabaré Vázquez (2005-2010) algumas medidas foram adotadas com este objetivo. As principais delas são a proibição total de fumo em ambientes públicos, sendo o país o primeiro do mundo a ter ambientes públicos 100% livres do cigarro, a cobertura de 80% das embalagens com advertências sobre o uso do cigarro e o fim de variações de cigarros com expressões que remetam a um produto menos nocivo, como "azul", "gold" ou "light"[14]. Com a redução do mercado consumidor – segundo estudos divulgados pelo The Lancet entre 2005 e 2011 houve a redução do tabagismo em 3,3% ao ano e a redução da relação de consumo de cigarros por pessoa em 4,3% ao ano, totalizando 23% de redução no consumo do tabaco (LANCET, 2012, v. 380, p. 1538) , a Philip Morris, empresa de origem Suíça, entrou junto ao ICSID contra o Estado uruguaio afirmando que este violou um tratado bilateral de proteção de investimentos firmando entre o país e a Suíça em 1991. O acordo prevê o tratamento justo e equitativo, condições para transferências de fundos, indenização em caso de expropriação, tratamento nacional e o respeito pela cláusula da nação mais favorecida a partir da instalação de investimentos no país.

14 A empresa do tabaco já tinha sido condenada no caso United States v. Philip Morris a banir tais termos tendo em vista a relação direta de câncer e outras doenças debilitantes ser maior em fumantes destes cigarros que os fumantes dos cigarros considerados normais.

As alegações são de violações aos artigos 3º[15], 5º[16] e 11 do Acordo, uma vez que as imagens estampadas nas carteiras de cigarros são chocantes causando horror e repulsa sendo a principal função delas abalar as marcas comerciais e não promover uma política pública sanitária. Também alegaram que o aumento de 50 para 80% de cobertura das embalagens com as imagens limitaria o direito legalmente protegido de uso das marcas. Desta forma, as medidas além de afetar a propriedade intelectual tanto da multinacional Philip Morris quanto da distribuidora nacional Abal's estariam causando perdas substanciais nas vendas e nos valores atribuído às marcas e às companhias.

Em sua defesa, o Uruguai alegou que, conforme o artigo 2º do acordo, políticas públicas de saúde não estão abrangidas na proteção dos acordos bilaterais de investimentos "As Partes Contratantes reconhecem o direito do outro para não permitir atividades econômicas por razões de

15 *Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment within its territory of the investments of the investors of the other Contracting Party. This treatment shall not be less favourable than that granted by each Contracting Party to investments made within its territory by its own investors, or than that granted by each Contracting Party to the investments made within its territory by investors of the most favoured nation, if the latter treatment is more favourable* Livre tradução: Cada Parte Contratante deve assegurar um tratamento justo e equitativo no seu território dos investimentos dos investidores da outra Parte Contratante. Este tratamento não poderá ser menos favorável do que o concedido por cada Parte Contratante aos investimentos realizados em seu território por seus próprios investidores , ou do que o concedido por cada Parte Contratante aos investimentos realizados no seu território por investidores da nação mais favorecida , se o este último tratamento é mais favorável

16 *Neither of the Contracting Parties shall take, either directly or indirectly, measures of expropriation, nationalization or any other measure having the same nature or the same effect against investments belonging to investors of the other Contracting Party, unless the measures are taken for the public benefit as established by law, on a non-discriminatory basis, and under due process of law, and provided that provisions be made for effective and adequate compensation. The amount of compensation, interest included, shall be settled in the currency of the country of origin of the investment and paid without delay to the person entitled thereto.* Tradução livre: Nenhuma das Partes Contratantes tomarão, direta ou indiretamente , medidas de expropriação, nacionalização ou qualquer outra medida com o mesma natureza ou o mesmo efeito contra investimentos que pertence a investidores da outra Parte Contratante, a menos que sejam tomadas as medidas para o benefício público como estabelecido por lei, numa base não - discriminatória , e sob o devido processo legal , e desde que haja compensação efetiva e adequada .

O montante da compensação, juros incluídos , deve ser liquidada na moeda do país de origem do investimento e paga sem demora à pessoa com direito aos mesmos.

segurança e ordem pública, saúde pública ou moralidade, assim como atividades que por lei são reservados aos seus próprios investidores"[17]. Desta forma, analisando a constituição uruguaia, verifica-se que a saúde pública é um direito fundamental "*bien supremo*" não negociável, estando acima de qualquer obrigação ainda que tais ações protetivas restrinjam direitos econômicos de investidores.

O Tribunal entendeu que quando o assunto é política pública envolvendo o interesse social, saúde ou moralidade, não há o que se falar em indenização, mesmo que tais medidas causem danos econômicos a investidores.[18] Quanto a alegação de as imagens serem chocantes e estarem causando prejuízos, restou consignado que se trata de uma razoável medida que decorre logicamente dos objetivos a serem alcançados para proteção da saúde pública.

A decisão do tribunal que rejeitou todos os argumentos levantados pela corporação tabagista e condenou a Philip Morris ao pagamento de 7 milhões de dólares (ICSID, 2016)[19] foi comemorada em todo o mundo pelos antitabagistas tendo em vista que abriu precedente para outros países, apesar de seus acordos internacionais, promoverem a sua soberania interna ao aplicar políticas públicas para promoção da saúde contra o tabaco. (GLOBO, 2016)

---

17 Tradução livre: *The Contracting Parties recognize each other's right not to allow economic activities for reasons of public security and order, public health or morality, as well as activities which by law are reserved to their own investors*

18 *The principle that the State's reasonable bona fide exercise of police powers in such matters as the maintenance of public order, health or morality, excludes compensation even when it causes economic damage to an investor and that the measures taken for that purpose should not be considered as expropriatory did not find immediate recognition in investment treaty decisions.*

19 *"The Claimants shall pay to the Respondent an amount of US$7 million on account of its own costs, and shall be responsible for all the fees and expenses of the Tribunal and ICSID's administrative fees and expenses, reimbursing to the Respondent all the amounts paid by it to the Centre on that account."* Em 26/09/16 o ICSID decidiu o pedido de retificação feito pelas empresas tabagistas e decidiu que as partes deveriam suportar de maneira equânime as custas *"Each party shall bear the expenses incurred by it in connection with the presente Decision. The costs, including the fees and expenses of the members of the Tribunal and ICSID administrative fees and expenses, for the total amount of USD 7,500.00, shall be borne by the Parties in equal shares."*

6. PHILIP MORRIS ASIA LIMITED V. THE COMMONWEALTH OF AUSTRALIA

A partir de dezembro de 2012 entrou em vigor na Austrália um pacote de medidas para o combate ao tabaco feitos pelo governo de Julia Gillard. A lei que mais se destacou foi a lei da embalagem simples, uma vez que de maneira inédita, um país regulou como deveria ser a embalagem de cigarro, banindo cores atrativas e logotipos com o objetivo de torná-los ainda menos atrativos (GUARDIAN, 2013). O produto deveria ser vendido em uma embalagem verde com o nome do produto apenas sendo preenchida com imagens gráficas de alerta sobre as consequências do uso do cigarro (conforme imagem acima).

O mercado australiano não é um mercado tão atrativo as empresas fumígeras, visto que nem 20% da sua população adulta é fumante (CKM, 2016). Ocorre que tal medida deixou em estado de alerta essas empresas pelo receio de que a lei da embalagem simples se tornasse um precedente global e atingisse outros mercados mais valorosos para o ramo. Desta forma, a Philip Morris, por meio de sua filial asiática de Hong Kong entrou contra o Estado Australiano na PCA afirmando que o país teria violado um tratado bilateral de promoção e proteção de investimentos de 1993, firmado entre Hong Kong e Austrália, no sentido que as embalagens genéricas reduziriam os valores de suas marcas como também favoreceriam a pirataria, tendo em vista que as embalagens não possuem traços únicos como era o caso das logos dos cigarros, por exemplo. Outro argumento utilizado foi o de que a embalagem única seria uma expropriação da propriedade intelectual referente as logos utilizadas pelos fabricantes de cigarros.

O tratado assinado em 15 de setembro de 1993 entre Austrália e Hong Kong prevê, entre outras medidas o tratamento justo e equitativo a fim de ambos os países se tornarem um ambiente propício de estímulo a iniciativa empresarial de investidores do outro país, bem como estes investidores serem devidamente indenizados em caso de conflitos armados ou expropriações. A Philip Morris baseou-se no artigo 2º do

tratado ao afirmar que o pacote de medidas contra o tabaco prejudicou seus investimentos na Austrália, não fornecendo a proteção e segurança estipulada, como também não forneceria o tratamento justo e equitativo, pilar do tratado.[20] Também afirmou, conforme o artigo 6ºe parágrafos do presente tratado, que houve expropriação indireta da propriedade intelectual utilizada na confecção das embalagens e consequente desvalorização de suas marcas, clamando então pela indenização prevista (AUSTRÁLIA, 1993)[21]:

20 *Article 2 Promotion and protection of investment and returns (1)Each Contracting Party shall encourage and create favourable conditions for investors of the other Contracting Party to make investments in its area, and, subject to its right to exercise powers conferred by its laws and investment policies, shall admit such investments.*

*(2)Investments and returns of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the area of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall, without prejudice to its laws, in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its area of investors of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party. This Agreement shall not prevent an investor of one Contracting Party from taking advantage of the provisions of any law or policy of the other Contracting Party which are more favourable than the provisions of this Agreement.*Tradução livre: Promoção e proteção dos investimentos e retornos

(1) Cada Parte Contratante deve encorajar e criar condições favoráveis para os investidores da outra Parte Contratante para fazer investimentos no seu território, e, sem prejuízo do seu direito de exercer os poderes conferidos por suas leis e políticas de investimento, admitindo tais investimentos.

(2) Os investimentos e rendimentos dos investidores de cada Parte Contratante em todos os momentos de um tratamento justo e equitativo, gozarão de plena proteção e segurança na área da outra Parte Contratante. Nenhuma Parte Contratante poderá, sem prejuízo de suas leis, de qualquer forma prejudicar a medidas injustificadas ou discriminatórias a gestão, manutenção, uso, fruição ou alienação de investimentos no seu território por investidores da outra Parte Contratante. Cada Parte Contratante deve cumprir qualquer obrigação que tenha assumido em relação aos investimentos de investidores da outra Parte Contratante. Este Acordo não impedirá um investidor de uma Parte Contratante de tomar partido das disposições de qualquer lei ou política da outra Parte Contratante que sejam mais favoráveis do que as disposições do presente Acordo. Acesso em 19/09/2016.

21 Tradução livre*: 1) Investors of either Contracting Party shall not be deprived of their investments nor subjected to measures having effect equivalent to such deprivation in the area of the other Contracting Party except under due process of law, for a public purpose related to the internal needs of that Party, on a non-discriminatory basis, and against compensation. (2) Where a Contracting Party expropriates the assets of a company which is incorporated or constituted under the law in*

> (1) Os investidores de uma das Partes Contratantes não devem ser privados dos seus investimentos, nem submetido a medidas de efeito equivalente a tal privação na área da outra Parte Contratante, exceto sob o devido processo legal, por utilidade pública relacionadas com as necessidades internas dessa Parte, numa base não-discriminatória e contra compensação. A indemnização deverá corresponder ao valor real do investimento imediatamente antes da privação ou antes da privação iminente se tornar de conhecimento público ou o que ocorrer primeiro. Sempre que este valor não puder ser facilmente determinado, a compensação será determinada de acordo com os princípios geralmente reconhecidos de avaliação e princípios de equidade, tendo em conta o capital investido, depreciação, de capital já repatriados, valor de substituição, os movimentos na taxa de câmbio e outros fatores relevantes. A indenização incluirá juros a uma taxa comercial normal a partir da data em que as medidas foram tomadas até à data do pagamento, será feita sem indevido atraso, ser efetivamente realizável, livremente transmissíveis e pagável em qualquer moeda original do investimento ou, se solicitado pelo o investidor, em qualquer outra moeda livremente convertível. Os investidores afetados terão direito, nos termos da lei da parte contratante que a privação, para solicitar uma revisão por uma autoridade independente judicial ou outra dessa Parte, do caso do investidor e da valorização do investimento, em conformidade com os princípios estabelecidos neste parágrafo.
>
> (2) Quando uma parte contratante expropria os bens de uma empresa que está registado ou constituído segundo a legislação em vigor em qualquer parte do seu território, e em que os investidores das outras ações próprias das Partes Contratantes, a Comissão garantirá que as disposições do parágrafo (1) do presente artigo são aplicadas na medida do necessário para garantir a compensação referida no parágrafo (1) em relação a seu investimento a esses investidores da outra Parte Contratante que são proprietários dessas ações.

Em sua defesa preliminar a Austrália alegou que a disputa se iniciou antes mesmo da empresa ter a proteção do acordo entre o país e Hong Kong, uma vez que a Philip Morris Ásia passou a adquirir ações da filial na Austrália de forma a tornar a empresa australiana numa *holding*, em

force in any part of its area, and in which investors of the other Contracting Party own shares, it shall ensure that the provisions of paragraph (1) of this Article are applied to the extent necessary to guarantee compensation referred to in paragraph (1) in respect of their investment to such investors of the other Contracting Party who are owners of those shares.

2010 quando já era clara a intenção do governo de aprovar o pacote de medidas, bem como o tratado ainda não tinha sido legalmente admitido no país e, por fim, que o uso da arbitragem após a reestruturação da empresa no leste asiático constituiria em abuso de direito. A corte de arbitragem então dividiu o processo a fim de melhor analisar a defesa apresentada. Foram rejeitados os dois primeiros argumentos, no entanto, em dezembro de 2015, a corte entendeu que realmente houve abuso de direito por parte da Philip Morris, que usou da estratégia de deslocar suas ações da empresa sediada na Austrália para a filial de Hong Kong a fim de que pudesse ser protegida pelo acordo (PCA, 2016)[22]:

> A iniciativa desta arbitragem constitui um abuso de direitos, uma vez que a reestruturação societária pela qual o requerente adquiriu as subsidiárias australianas ocorreu num momento em que havia uma perspectiva razoável de que a disputa iria se materializar e como ele foi conduzido para o principal, se não o único, propósito de ganhar proteção do Tratado. Assim, as reivindicações levantadas nesta arbitragem são inadmissíveis e o Tribunal está impedido de exercer jurisdição sobre essa disputa

Enquanto a empresa buscava proteger a sua marca e seu logotipo, o governo estava lutando pela vida e saúde de sua população. A Philip Morris chegou a criticar a decisão afirmando que não foi enfrentado o mérito, ou seja, se foi ou não legal as medidas regulamentadas pelo pacote antitabagista, vencendo a Austrália por uma mera questão processual (CKM, 2016).

É de se destacar que enquanto a batalha envolvendo acordos de investimento resolveu-se por questões processuais, a Austrália também está sendo demandada perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC por diversos países como Ucrânia (DS434), República Dominicana (DS441) e Honduras (DS435), ambos com a alegação de que a lei que determinou as embalagens genéricas violaria o disposto no acordo de

22 *"the initiation of this arbitration constitutes an abuse of rights, as the corporate restructuring by which the Claimant acquired the Australian subsidiaries occurred at a time when there was a reasonable prospect that the dispute would materialise and as it was carried out for the principal, if not sole, purpose of gaining Treaty protection. Accordingly, the claims raised in this arbitration are inadmissible and the Tribunal is precluded from exercising jurisdiction over this dispute."*

propriedade intelectual (TRIPS), como por exemplo o artigo 20 que dispõe que:

> O uso comercial de uma marca não será injustificavelmente sobrecarregado com exigências especiais, tais como o uso com outra marca, o uso em uma forma especial ou o uso em detrimento de sua capacidade de distinguir os bens e serviços de uma empresa daqueles de outra empresa. Esta disposição não impedirá uma exigência de que uma marca que identifique a empresa produtora de bens e serviços seja usada juntamente, mas não vinculadamente, com a marca que distinga os bens e serviços específicos em questão daquela empresa.

Tal alegação recairia sobre o fato de que a embalagem genérica seria uma exigência injustificada que faria com que o consumidor não conseguisse discernir com precisão qual produto estaria comprando. Ambas as reclamações também alegam violação ao Acordo de Barreiras Técnicas (ABT) – por considerar que as medidas se enquadrariam como uma barreira comercial que ultrapassasse o intuito de proteção à saúde -e até a presente data ainda não há nenhuma decisão acerca de tais reclamações.

Em uma breve análise, verifica-se que o TRIPS permite exceções que limitem o direito de marca, conforme o artigo 17, "Os Membros poderão estabelecer exceções limitadas aos direitos conferidos para uma marca, tal como o uso adequado de termos descritivos, desde que tais exceções levem em conta os legítimos interesses do titular da marca e de terceiros" (INPI, 2016) não havendo interesse mais legítimo do que a preservação da vida e da saúde da população. Também, como o próprio artigo 20 do acordo delimita, não há exigência injustificada visto que, conforme retratado anteriormente, o impacto positivo sobre as embalagens únicas já foi sentido pela população australiana, sendo uma medida eficaz no controle do uso do tabaco.

O resultado dessa demanda para o direito internacional em tratados envolvendo a Austrália foi a não inclusão da cláusula de arbitragem internacional para evitar que empresas estrangeiras busquem as cortes arbitrais a fim de retaliar uma decisão governamental. O mais recente exemplo disso foi quando da assinatura do Tratado Transpacífico (TTP),

um dos maiores acordos internacionais fechados em mais de duas décadas, envolvendo duas grandes potências como Japão e Estados Unidos, além de mais dez países, incluindo a Austrália. O governo australiano pressionou os Estados Unidos até que fosse excluído do sistema de investimentos do TTP - Investor-State Dispute-Settlement (ISDS) - o tabaco e os regulamentos relacionados à saúde pública (FOLHA S. PAULO, 2016). De qualquer forma, ainda permaneceram alguns ISDS assinados pela Austrália que causam grande preocupação para o governo tendo em vista o grande montante despendido para defender legítimos interesses da nação, conforme afirmou o senador Peter Whish-Wilson em sua página oficial (WHISH-WILSON, 2015).[23]

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar a forma como os tratados bilaterais de investimento (BIT), por protegerem não só a propriedade física, mas também a intelectual, têm sido utilizados pelas grandes companhias transnacionais para protegerem seus interesses econômicos contra países que, preocupados com a vida e saúde da sua população, estabeleceram medidas a fim de reduzir o interesse e consumo de tabaco. Tais medidas, na maioria dos casos, como analisado no Uruguai e na Austrália, estão focadas em evitar que os cigarros, principalmente, sejam atrativos tanto a novos públicos como ao público cativo estabelecendo então um padrão de embalagem a ser seguido com advertências sobre as consequências do uso do tabaco. As gigantes do tabaco, em especial a Philip Morris usaram da proteção da propriedade intelectual previstas nos BITs para justificar que as políticas públicas que visam assegurar o bem-estar da sociedade estariam violando o seu direito a propriedade intelectual ao vedar o uso de suas marcas e logos famosos nas embalagens de cigarros da maneira que desejassem.

23 " ISDS is the Damocles Sword hanging over Australia's sovereignty and our right to legislate in the public interest. We have reportedly spent over $50 million of taxpayer dollars to successfully defend our democratic decisions in this plain packaging case, who knows what the result will be next time".

Um tratado bilateral de investimento ao proteger a propriedade intelectual com a vedação de expropriações, por exemplo, busca dar guarita aos cientistas e inventores contra o Estado além de estimular novas criações, porém quem realmente tem se beneficiado dessa proteção não só como forma de defesa, mas também de ataque, são as gigantes dos mercados, seja do ramo farmacêutico, tabagista, petroleiro e etc., quando os países regulam determinada matéria que afeta diretamente seus interesses econômicos, para elas é o caso de entrar internacionalmente contra o prolator da medida alegando a expropriação do seu direito de marca.

No entanto, têm prevalecido internacionalmente, e por uma questão ética-racional, de que o bem-estar de uma sociedade está acima do direito à propriedade imaterial, como o direito autoral nos casos retratados. Concluiu-se que não só as políticas públicas instauradas estavam sendo contestadas, mas a soberania interna do país em delimitar suas políticas em prol do interesse da população.

REFERÊNCIAS

AUSTRÁLIA. ***Australian Treaty Series 1993 No 30 . Agreement between the government of Australia and the government of Hong Kong for the promotion and protection of investments.*** Acessado em 16/09/16: < www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1993/30.html>

_____. ***Tobacco Plain Packing Post-Implementation Review***. Acessado em 26/09/2016: <https://ris.govspace.gov.au/2016/02/26/tobacco-plain-packag>

_____. ***Australian Government National Preventative Health Taskforce, Australia: The Healthiest Country by 2020: National Preventative Health Strategy – the Roadmap for Action (2009)***. Acessado em 26/09/2016: <http://www.health.gov.au/internet/preventativehealth/publishing.nsf/Content/nphs-roadmap>

AZEVEDO, Débora Bithiah. **Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil**. Brasília:

Congresso Nacional, Consultoria legislativa da Área XVIII – Direito Internacional Público, 2001

BBC. ***Histórico fallo a favor de Uruguay en el juicio contra la tabacalera Philip Morris***. Acessado em 15/09/2016:< http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-36752509>

CANCER COUNCIL AUSTRALIA. ***Smoking and tobacco control***. Acessado em 25/09/2016: <http://www.cancer.org.au/policy-and-advocacy/position-statements/smoking-and-tobacco-control/>

CARVALHO, KAMEL & MEYER ADVOGADOS ASSOCIADOS –CKM. **Austrália vence batalha jurídica internacional com a Philip Morris sobre a embalagem simples**. Acessado em 19/09/16: < http://www.ckmlaw.com.br/blog/2016/01/19/australia-vence-batalha-juridica-internacional-com-a-philip-morris-sobre-embalagem-simples/>

EL OBSERVADOR. ***Gobierno seguira las medidas antitabaco por más que perda juicio***. Acessado em20/09/16: http://www.elobservador.com.uy/gobierno-seguira-las-medidas-antitabaco-mas-quepierda-juicio-n655775

FOLHA DE S. PAULO**. Morte de fumante ajuda economia, diz Philip Morris**. Acessado em 26/09/2016: < http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1707200105.htm>

_____. **8 pontos para entender o Tratado Transpacífico, acordo entre EUA, Japão e mais dez países**. Acessado em 26/09/16: <http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/10/1690329-7-pontos-para-entender-a-parceria-transpacifico-acordo-entre-eua-japao-e-mais-dez-paises.shtml>

THE GUARDIAN. ***Tobacco's ugly truth must be uncovered.*** Acessado em: 26/09/2016: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/dec/23/tobaccos-ugly-truth-must-be-uncovered>

GLOBO. **Uruguai vence Philip Morris e deverá pagar US$ 7 milhões ao país**. Acessado em: 25/09/16: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/uruguai-vence-causa-e-philip-morris-devera-pagar-us-7-milhoes-ao-pais-20160708205505921539.html

HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Racionalidade Econômica e os acordos bilaterais de investimento. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 12, n. 2.2015. p. 283-302.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES - ICSID. ***Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay***. Acessado em 26/09/2016: <http://www.italaw.com/cases/460>

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – INPI. **TRIPS**. Acessado em 20/09/2016: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. **Observatório da Política Nacional de Controle do Tabaco.** Acessado em 16/09/16: < http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/status_politica/protecao_da_politica>

THE LANCET. **Public Health**, v. 380. 03/11/2012, p. 1538. Acessado em 21/09/2016: www.thelancet.com/action/showFullTextImages?pii=S0140-6736%2812%2961143-X

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras**: do estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. ***Tobacco company strategies to undermine tobacco control activities at the World Health Organization***. Acessado em 12/09/16: <http://www.who.int/tobacco/en/who_inquiry.pdf>

_____. **Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco**. Acessado em 13/09/16: < http://www.actbr.org.br/pdfs/CQCT.pdf>

_____. ***Tobacco control economis***. Acessado em 16/09/2016: < http://www.who.int/tobacco/economics/background/en/ >

_____.***WHO Report on the Global Tobacco Epidemic***, *2008*. Acessado em 13/09/2016: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43818/1/9789241596282_eng.pdf>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – BRASIL. **OMS cumprimenta Uruguai por vitória em processo da Philip Morris**. Acessado em 13/09/16: < https://nacoesunidas.org/oms-cumprimenta-uruguai-por-vitoria-em-processo-da-philip-morris/>

PERMANENT COURT OF ARBITRATION – PCA. ***Award on Jusridiction and admissibility***. Acessado em 16/09/16:< http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf>

WHISH-WILSON. Peter. ***Plain Packaging victory is outstanding for public health but ISDS still hangs like a Damocles sword over Australian democracy***. Acessado em 26/09/16: < http://peter-whish-wilson.greensmps.org.au/content/media-releases/plain-packaging-victory-outstanding-public-health-isds-still-hangs-damocles-s>

SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR: DO REGIME AUTORAL PARA O "PROGRAMA EM SI" À PATENTEABILIDADE DO SOFTWARE

Autora: Patrícia Naomi Asakura[1]
Instituição: Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

Resumo: Trata-se de um estudo sobre a proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro à propriedade intelectual dos programas de computador, com o objetivo de se verificar qual regime de proteção melhor se aplica a eles. Essa tutela pode se dar por meio do regime de direitos autorais e conexos, da propriedade industrial ou de forma *sui generis*. No caso dos softwares, a lei os insere no âmbito da proteção autoral e determina que os programas em si não são patenteáveis, embora o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) conceda as patentes em hipóteses específicas. Existe muita controvérsia sobre qual o melhor regime a ser aplicado para esses objetos, assim, o presente trabalho, pelo método hipotético-dedutivo, busca analisar alguns argumentos e suas contrarrazões encontradas na doutrina. Por um lado, o regime autoral parece insuficiente por se restringir ao aspecto estático dos softwares (código-fonte) e, por outro, o regime patentário causa receio pelos custos sociais que sua admissão implica. Conclui-se que um sistema de proteção não necessariamente exclui o outro, mas seria oportuna a criação de um regime próprio para os programas de computador, que concilie os interesses individuais e coletivos que envolvem essa questão.

Palavras-chave: Programa de computador. Direito de autor. Propriedade intelectual.

1 Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: patricia@asakura.com.br

1. INTRODUÇÃO

No mundo atual, a informação se tornou o bem mais valioso. Consequência disto é a ocorrência do fenômeno "guerra das patentes", que envolve grandes empresas e movimenta vultosas quantias em dinheiro. Dentre os objetos de maior interesse nessas disputas, sobressai o software, que acresce em valor pela despesa de recursos materiais, humanos e de tempo investidos em seu desenvolvimento.

Diante disso, é valioso o instituto da propriedade intelectual, que surgiu para mediar os interesses individuais dos inventores em face do interesse coletivo da sociedade, no tocante às suas obras. A Lei nº 9.610/98 e a Lei nº 9.609/98 dispõem que os programas de computador são protegidos como obras intelectuais, pelo regime de direitos autorais e conexos. Corroborando esse entendimento, a Lei nº 9.279/96 expressa que os programas de computador em si não são patenteáveis.

Apesar disso, o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI) divulgou as "Diretrizes de exame de pedidos de patente - bloco II – patenteabilidade", onde consta que o órgão vem concedendo patentes para softwares.

Essa situação reacendeu o debate quanto ao melhor regime de proteção para a propriedade intelectual dos programas de computador, problema esse que será o enfoque principal do presente trabalho.

Para tanto, a pesquisa se valerá do método hipotético-dedutivo, buscando ensinamentos na literatura nacional e internacional, em livros, artigos, dissertações e artigos científicos, além de consulta à legislação pátria.

Assim, este artigo se divide em três partes: primeiramente, serão apresentadas breves considerações sobre o direito autoral e de propriedade industrial; em seguida, procede-se a uma tentativa de definir o que vem a ser o software e uma análise do tratamento que lhe é dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro, acompanhada das problematizações pertinentes a essa escolha legislativa; e por fim, o estudo se concentrará na patenteabilidade do software, com os elogios e críticas apontados pela doutrina.

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO AUTORAL E DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O ser humano, como ser racional e pensante, possui uma capacidade de raciocínio que lhe permite pensar e conhecer as coisas e a si mesmo, como nenhum outro animal é capaz de fazer. Assim, o homem consegue compreender o que se passa à sua volta e, de posse desse conhecimento, pode até mesmo mudar o mundo.

Nos últimos tempos, é cada vez mais perceptível esse poder de transformação da humanidade, que assim alcançou lugares inimagináveis, desde a imensidão do espaço sideral aos mínimos elementos que constituem a matéria. Todavia, essas conquistas demandam esforços e recursos, de ordem intelectual e econômica, além de tempo e dedicação, o que implica em que todo esse trabalho mereça o devido reconhecimento.

No entanto,

> Embora o poder criativo tivesse nascido com a própria espécie humana, só muito empós seria sentida a necessidade de sua proteção. Foi apenas quando a humanidade se tornou capaz de produzir as obras do espírito que o mundo civilizado despertou para o fato de que o produto do engenho do homem não se exauria no exemplar materialmente executado. (DORIA, 2000, p. 137).

É dizer, foi só com o surgimento da imprensa que se percebeu que a obra humana não se esgota em si mesma, sendo passível de reprodução e apropriação por parte de outras pessoas, ainda que essas não tenham contribuído na criação do fruto de que pretendem se beneficiar. "E assim surgia uma nova categoria de bens de natureza imaterial, tão vinculados à posse do autor, e tão dignos de tutela quanto os bens materiais de que fosse proprietário" (DORIA, 2000, p. 138).

> O direito autoral surgiu justamente para proteger a inovação e ao mesmo tempo equilibrar a vontade do acesso público e coletivo da obra (que ocorre quando cai em domínio público) e a remuneração de seu criador para retornar o investimento feito em sua criação. Não proteger o direito autoral na Sociedade do Conhecimento é o mesmo que estimular a paralisia do pensamento. Por que criar algo se copiar é mais fácil afinal? (PINHEIRO, 2013, p. 143).

Diante da necessidade de se proteger o proprietário dessa nova categoria de bens, surgiu na ordem jurídica o instituto da propriedade intelectual.

Inicialmente, vale recordar sua definição conforme trazida pela Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, promulgada pelo Decreto nº 75.541, de 31 de março de 1975:

> ARTIGO 2.°
>
> Definições
>
> Para os fins da presente Convenção, entende-se por:
>
> viii) «Propriedade intelectual», os direitos relativos:
>
> Às obras literárias, artísticas e científicas,
>
> Às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão,
>
> Às invenções em todos os domínios da atividade humana,
>
> Às descobertas científicas,
>
> Aos desenhos e modelos industriais,
>
> Às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais,
>
> À proteção contra a concorrência desleal,
>
> e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Veja-se que a propriedade intelectual, como já se adiantou, ocupa-se dos bens intangíveis. A título de ilustração, quando se diz "obra literária", não se refere especificamente ao livro em sua forma física, com páginas impressas, envoltas por uma capa, mas deve-se ter em mente aquilo que deriva do intelecto humano, ou seja, o texto em si que, vindo a se fixar em qualquer suporte material, será inevitavelmente objeto da mesma proteção legal.

Em razão da infinidade dos objetos da propriedade intelectual, é cediço classificá-los em três grupos:

Os direitos de autor e conexos são aqueles concedidos aos autores de obras literárias, artísticas e científicas, bem como a suas interpretações artísticas e execuções, fonogramas e transmissões por radiodifusão, além dos programas de computador.

Por sua vez, a propriedade industrial compreende os direitos concedidos com o fim de proteger criações com aplicação industrial, como é o caso das marcas e patentes.

Finalmente, os bens que não se encaixam em nenhuma dessas duas categorias, mas que ainda assim são dignas de proteção jurídica, serão tratados como direitos *sui generis*, dentre os quais se podem citar as novas variedades de plantas.

Oportuno salientar, no que tange aos direitos autorais que, conforme previsto no item 2 do artigo 5 º da Convenção de Berna (da qual o Brasil é signatário), "o gozo e o exercício desses direitos não estão subordinados a qualquer formalidade", o que significa que esses direitos já pertencem ao autor desde o momento em que este criou sua obra. No mesmo sentido é o que consta no artigo 18 da Lei nº 9.610/98, sendo, todavia, facultado ao autor registrar sua obra em órgão público, conforme previsão da mesma lei em seu artigo 19.

Por outro lado, os direitos de propriedade industrial se revestem de certas formalidades, como a necessidade de registro validamente expedido e concedido para a aquisição da propriedade de marca e de desenho industrial, consoante, respectivamente, os artigos 129 e 109 da Lei nº 9.279/96.

Já a concessão de patentes apresenta ainda maior rigor formal, pois requer o preenchimento dos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, nos termos do quanto exigido pelo artigo 8º da mesma lei.

O requisito da novidade se compreende pela leitura do artigo 11, em seu caput e §1º, segundo os quais, "a invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica", sendo que este estado "é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por

descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior".

A seu turno, a atividade inventiva se verifica sempre que um técnico no assunto considere que tal ato não decorre de maneira evidente, óbvia, comum ou vulgar do estado da técnica (artigos 13 e 14 da Lei de Propriedade Industrial - LPI).

E por derradeiro, a aplicação industrial se dá quando o objeto a ser patenteado possa ser utilizado ou produzido industrialmente (art. 15 da LPI).

Em face dessas diferenças, é natural que o escopo de proteção dos direitos autorais e dos direitos de propriedade industrial também sejam distintos. Tendo isso em mente, passa-se a analisar qual desses dois institutos seria o mais adequado para a proteção do software, não obstante seu posicionamento pela lei na órbita dos direitos de autor.

3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO SOFTWARE NO BRASIL

Tem sido recorrente na mídia o surgimento de conflitos protagonizados por grandes empresas, como a Apple, a Samsung e o Google, que envolvem também vultosas quantias de dinheiro e por vezes acabam até mesmo desencadeando a proibição da venda de certos produtos no mercado.

Tal fenômeno foi denominado "guerra das patentes" e extrapola os limites dos tribunais judiciais, implicando também em incorporações empresariais, leilões de patentes e acordos milionários. Vale anotar que grande parte dessas negociações gira em torno das chamadas "patentes de softwares", sobre os quais convém tecer maiores considerações.

Não é tarefa fácil definir o que seria um software, mas, de início, é oportuno observar que ele não se restringe a programas de computador armazenados em CD's e vendidos dentro de caixinhas nas prateleiras das lojas. Na verdade, eles estão presentes nas mais diversas máquinas, situação que, muitas vezes, pode passar ao largo do imaginário do usuário comum, e, portanto, seu conceito merece ser mais bem delineado.

A Lei nº 9.609/98, que trata especificamente da proteção da propriedade intelectual dos programas de computador, dispõe desta forma:

> Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Por sua vez, Wilson de Pádua Paula Filho (2009, p. 4) traz a seguinte definição:

> O software é a parte programável de um sistema de informática. Ele é um elemento central: realiza estruturas complexas e flexíveis que trazem funções, utilidade e valor ao sistema. Mas outros componentes são indispensáveis: as plataformas de hardware, os recursos de comunicação de informação, os documentos de diversas naturezas, as bases de dados e até os procedimentos manuais que se integram aos automatizados.

E ainda, em outras palavras, "o software consiste em programas de computador que controlam o funcionamento do hardware, ou seja, são sequências de instruções interpretáveis pela máquina. (...) Uma das principais funções do software é direcionar os trabalhos do hardware" (STAIR; REYNOLDS, 2002, p. 98).

Veja-se, portanto, que é possível atribuir-lhe diversos conceitos, mas o que caracteriza o software de maneira mais marcante é a sua finalidade. Assim, segundo Pressman (2011, p. 31), o software apresenta um duplo papel, sendo, simultaneamente, um produto e um veículo para distribuir um produto.

Como um produto,

> Software é um transformador de informações – produzindo, gerenciando, adquirindo, modificando exibindo ou transmitindo informações que podem ser tão simples quanto um único bit ou tão complexas quanto uma apresentação multimídia derivada de dados obtidos de dezenas de fontes independentes. (PRESSMAN, 2011, p. 31).

Mas definitivamente o que justifica a relevância que alcançou no mundo contemporâneo é sua função como distribuidor do "produto mais importante de nossa era – a informação" (PRESSMAN, 2011, p. 31). Com isso, compreende-se o interesse que desencadeou a aludida guerra das patentes.

Entretanto, conforme já se pontuou, no Brasil, os programas de computador são protegidos pela lei de direitos de autor e não pelos direitos de propriedade industrial.

É o que se depreende da leitura do seguinte dispositivo da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98):

> Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:
>
> XII - os programas de computador;
>
> §1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

Corroborando esse entendimento, a Lei de Software (Lei nº 9.609/98) declara em seu artigo 2º: "O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei."

E não bastassem essas duas previsões legais, a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) expressa, ainda, em seu artigo 10, que: "Não se considera invenção nem modelo de utilidade: V - programas de computador em si".

No entanto, como já se aduziu em passagem anterior deste estudo, os direitos de propriedade intelectual surgiram com a criação de Gutenberg, ou seja, com a impressa, que tornou possível a reprodução material das invenções humanas. Porém, tendo em vista que "a evolução do direito autoral está umbilicalmente ligada às inovações tecnológicas" (MORAES, 2006, p. 255), não se pode ignorar que o advento da internet,

com a velocidade e globalidade que lhe são inerentes, foi ainda mais revolucionário do que a invenção da imprensa, razão pela qual merece redobrada atenção por parte do legislador.

Com efeito,

> A digitalização não implode a edificação do Direito Autoral, mas impõe novo paradigma e uma profunda releitura. Antes, a proteção legal era vista como necessária aos custos da reprodução e à circulação de obras. Com o gigantesco poder da Internet, torna-se desnecessário o suporte físico. O *corpus misticum* não necessita mais do *corpus mechanicum*. Metaforicamente, o gênio foge do confinamento da garrafa; a alma, do corpo biológico. O verbo não precisa mais se fazer carne. Na digitalização, o código binário, composto de "zeros e uns", substitui o mundo físico. A desmaterialização dos suportes gera barateamento na circulação de idéias, obrigando um novo olhar sobre o papel do Direito Autoral, que, em suas primeiras leis, era justificado exatamente pelos custos da materialização e reprodução de obras. (MORAES, 2006, p. 258, grifos do autor).

Veja-se, portanto, que essa desmaterialização das obras demanda uma adaptação do direito à nova realidade, a fim de se contornar o "comportamento coletivo crescente de 'que se está publicado na Internet então é público, então pode pegar'" (PINHEIRO, 2013, p. 141).

Uma das iniciativas surgidas nesse sentido é aquela concretizada pela *Creative Commons*[2], uma organização sem fins lucrativos, que disponibiliza licenças jurídicas gratuitas a fim de facilitar o compartilhamento e o uso da criatividade e do conhecimento na internet. Cada tipo de licença foi idealizado para suprir as várias necessidades dos autores, mantendo-se sempre a obrigatoriedade de atribuição de crédito ao autor original.

Contudo, os softwares já nasceram nesse meio digital e, assim, lhes são inatas a facilidade de manuseio e a indistinção nos processos de criação, reprodução e distribuição, o que torna mais dificultosa sua proteção pelo direito autoral tradicional.

Quanto a isso, Manoel J. Pereira dos Santos (2010, p. 56) demonstra o seguinte entendimento:

2 Disponível em: <https://br.creativecommons.org/>. Acesso em 20 set. 2016.

> Idealmente, defendo o ponto de vista de que as obras clássicas devem ter um tratamento distinto das obras digitais e das criações dirigidas. Indubitavelmente, o sistema tradicional não é adequado para as bases de dados, software e agora websites, havendo necessidade de uma adaptação muito grande do regime de Direito Autoral. Além disso, a aplicação de um regime centrado no autor para as obras geradas para atender a finalidades específicas prova distorções desnecessárias. Assim, para as novas criações e para as criações dirigidas seria o caso de se considerar uma disciplina diferenciada. Contudo, para as criações clássicas o sistema tradicional ainda é bastante adequado.

Assim, o autor postula um tratamento especialmente desenvolvido para as novas criações digitais, distinto daquele dispensado pela Lei de Software, que apresenta especificações descabidas com relação ao direito autoral, como a previsão de que os direitos morais não se lhe aplicam (art. 2º, §1º) e de que o prazo de proteção é reduzido de 70 para apenas 50 anos (art. 2º, §2º), ressalvando-se alguns aspectos que devem ser mantidos, mas de tal modo que essa legislação específica não contrarie as normas gerais da proteção intelectual (DOS SANTOS, 2010, p. 57).

O direito autoral protege as obras como bens incorpóreos, resguardando sua propriedade de forma imaterial, ou seja, independentemente do meio físico em que venha a se fixar. Desse modo, esses objetos não são passíveis de compra e venda, pois não é possível sua tradição, devendo, pois, sua transmissão a terceiros ser realizada por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito (art. 49 da Lei nº 9.610/98).

Por se tratarem de bens intangíveis, comercializados por meio de licenças de uso, pode parecer que os softwares se encaixam perfeitamente no regime de proteção de direitos autorais, mas

> Na medida em que o software aumenta em importância, controlar seu uso torna-se cada vez mais uma preocupação. Considerando que os fornecedores gastam tempo e recursos no desenvolvimento de software, eles precisam protegê-lo de cópia e distribuição por parte de usuários individuais ou outras empresas de software. Hoje, apesar de as empresas poderem adquirir os direitos autorais dos softwares e dos programas, essa proteção é limitada. (STAIR; REYNOLDS, 2002, p. 99).

Com efeito, a Lei que regulamenta a proteção do programa de computador determina que a ele se aplica o regime dos direitos autorais, entretanto, exceto pelo direito de reivindicar a autoria e de se opor a alterações não autorizadas que impliquem prejuízo à honra ou reputação do autor, aos softwares aplicam-se apenas os direitos patrimoniais, e não os morais (art. 2º, §1º da Lei nº 9.609/98).

Assim, por exemplo, o autor de software não tem o direito de exigir que seu nome, pseudônimo ou sinal convencional seja indicado ou anunciado, como sendo seu, na utilização de sua obra (art. 24, II da Lei nº 9.610/98), nem de conservar sua obra inédita (inciso III) ou de retirá-la de circulação ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem (inciso VI).

Diante disso, os direitos conferidos ao autor do software praticamente são apenas os direitos patrimoniais, que consistem no direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da própria obra, o que se assemelha ao monopólio conferido ao titular de patente.

Contudo, muitas vezes, os direitos autorais não são suficientes para proteger, de fato, o programa de computador contra sua utilização indevida por terceiros. Isso porque

> A natureza incorpórea dos programas de computador leva à dificuldade de geração de provas materiais de eventuais contrafações. Daí porque a única forma concreta para sua proteção contra a utilização indevida e não autorizada é o registro. […] Como se sabe, o registro de direitos autorais não é obrigatório. Contudo, para o exercício do direito de exclusividade sobre software há que se comprovar sua autoria. Diferentemente dos demais direitos autorais (música, literatura etc.), os programas de computador são voláteis, o que os torna passíveis de adulterações por meios magnéticos. Esse fato por si só, justifica o registro perante o INPI; é a única maneira de protegê-los. (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 109).

Diferentemente das demais obras suscetíveis de proteção pela Lei nº 9.610/98, o programa de computador terá seu registro solicitado junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, nos termos do

artigo 1º da Instrução Normativa nº 11/2013. De acordo com essa norma, o pedido deve se constituir de documentação formal e técnica, constituindo-se a primeira de documentos que, basicamente, se destinam à identificação do autor e da obra a ser registrada, enquanto a segunda se compõe da "listagem integral, ou parcial, do programa-fonte e, ainda, memorial descritivo; especificações funcionais internas; fluxogramas e outros dados capazes de identificar e caracterizar a originalidade do programa" (art. 4º, §2º da IN nº 11/2013).

Dessa forma, o "programa em si", que é passível de ser registrado e protegido pelo direito autoral, será o código-fonte fixado, isto é, impresso ou gravado em algum suporte (CD ou DVD) e assim depositado no órgão público, sendo resguardado somente nos exatos termos em que ali se apresenta.

A mesma instrução normativa dispõe que "o exame da registrabilidade, será restringido a garantir que estejam estritamente observados os aspectos relacionados com a documentação formal" (art. 14, §1º), em outras palavras, não há exame da documentação técnica, o que leva a crer que nada impediria outra pessoa de vir a mudar algumas linhas do texto fonte ou ainda, descompilar e reescrever esse código em outra linguagem[3], vindo a ter aprovado o registro de "sua" obra, pois esta se revestiria de novidade e, assim, restaria preenchido o requisito de registrabilidade[4].

Nesse ponto, indispensável é a observação feita por Guimarães e Lages (2012, p. 2-3). Eles explicam que "programar é basicamente

3 Luca Schirru (2014, p. 272/274) aponta que a proteção dos programas de computador pelo direito autoral é favorável à realização da engenharia reversa, que consiste na desmontagem e reescrita do software, uma vez que a proteção não se estende ao seu conteúdo tecnológico. Todavia, isso pode ser benéfico à sociedade na medida em que possibilita o desenvolvimento tecnológico e não constituiria prática ilegal, desde que respeitasse os direitos autorais de terceiros.

4 Em antecipação ao que se analisará melhor no próximo tópico do presente estudo, anote-se, por ora, que existe entendimento no sentido de que o acerto na escolha do regime autoral reside justamente na clara percepção de que pode haver diversas expressões literais do programa para uma mesma aplicação técnica e uma mesma expressão literal pode receber aplicações técnicas distintas, seja de forma isolada ou combinada com outros programas (GRAU et al., online, p. 3). Ou seja, de acordo com esse raciocínio, seria desejável que não se impedisse que os softwares fossem descompilados.

construir algoritmos[5]" e, em razão disso, os programas de computador têm dois aspectos que se complementam: um estático e outro dinâmico.

O aspecto estático consiste no texto que contém os comandos a serem executados em uma determinada ordem, ou seja, trata-se do código-fonte, que, como já se observou, compõe a documentação técnica a ser registrada no INPI.

Por sua vez, o aspecto dinâmico se refere aos efeitos produzidos por tal texto e esse é o aspecto mais importante do software. Isso porque, nessa seara, o que mais interessa em qualquer ação é o efeito que ela produz.

> Surge então uma pergunta: as obras protegidas por direitos autorais não são as que têm valor estético, e não meramente utilitário? A que, intuitivamente, um programa de computador mais se assemelha: a uma música, que invoca emoções distintas, ou a uma invenção, que mesmo sem despertar comoção pode resolver um problema técnico? Bem, parece-nos que a segunda resposta é mais realista. (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, p. 36).

Veja-se, portanto, que o direito autoral não é capaz de proteger o aspecto mais relevante do programa de computador. Tendo em vista que sua finalidade tem mais valor do que sua literalidade, pode-se concluir que a proteção do software demanda uma conotação mais prática do que moral. É dizer, o que deveria ser protegido, na verdade, é sua aplicabilidade prática, e não seu valor artístico ou científico. Deveras, conforme já se aduziu, o próprio legislador considerou dispensável a proteção dos direitos morais do autor deste tipo de obra.

É preciso, porém, levar em consideração que só a proteção genérica conferida por esse sistema não basta, por servir apenas à

> repressão da pirataria *strictu sensu*, ou seja, à cópia servil ou à transliteração do código efetuada por concorrente. Para o nível de estrutura, sequência e organização que representa o estrato

5 Conforme ensina Patrícia Peck Pinheiro (2013, p. 167), programa é uma sequência lógica de instruções (algoritmos), escritas em linguagem de programação (computação), para serem executadas passo a passo com a finalidade de atingir determinado objetivo e, por sua vez, algoritmo é a descrição sequencial dos passos que devem ser executados, de forma lógica, clara e em português, com a finalidade de facilitar a resolução de um problema.

> tecnológico do software convém que a lei preveja outro método adequado de proteção, nesse caso em condições restritas ou prazo mais limitado. Não parece impossível que neste último plano, de cunho mais claramente tecnológico, a proteção venha a ser reservada à patente, com seus parâmetros mais precisos e exigentes. (BARBOSA; ARRUDA, 1990, p. 142).

Assim, não se ignora que os direitos autorais têm grande utilidade na proteção dos softwares, especialmente em seu aspecto estático, mas merece atenção o fato de que esse regime deixa vulnerável outro aspecto igualmente (ou ainda mais) importante. Por essa razão, existem vozes, como a acima transcrita, que defendem que os programas de computador devem ser inseridos no âmbito da tutela da propriedade industrial e poderiam, assim, ser patenteáveis, como se verá a seguir.

4. PATENTE DE SOFTWARE?

Conforme prevê a Lei nº 9.279/96, os objetos que asseguram ao seu autor o direito de obter patente são a invenção e o modelo de utilidade (art. 6º), entretanto, a mesma lei afirma que "não se considera invenção nem modelo de utilidade: V - programas de computador em si" (art. 10).

A redação desse dispositivo parece indicar que os programas de computador estão taxativamente excluídos da proteção patentária. Todavia, uma leitura mais atenta permite concluir que essa exclusão não é geral e irrestrita, já que ela se refere tão só aos programas "em si".

Recordando-se o que foi estudado no tópico anterior, uma interpretação possível para essa expressão seria que o "software em si" seria ele em sua literalidade, isto é, o seu código-fonte, o qual se insere no domínio do direito autoral.

Mas não é só. O "Manual do pedido de registro de programa de computador" (INPI, online, p. 6) traz a seguinte observação:

> os programas de computador desenvolvidos estritamente para funcionar "embarcados" em máquinas ou equipamentos, normalmente gravados em "chips" integrantes das estruturas destes, podem ser objeto de proteção via PATENTE. Nota-se que nestes

> casos, o mercado não estará demandando o programa de computador "em si" e sim a máquina ou equipamento. Desde que a diferença de produtividade entre o produto novo e os similares oferecidos no mercado se caracterize pela presença do programa de computador, esta criação poderá ser objeto de proteção patentária, obedecidas as prescrições da Lei nº 9.279/96.

Isso quer dizer que o software poderá ser patenteado na hipótese de constituir elemento componente do hardware, ou seja, quando ele for integrado e indispensável ao funcionamento da máquina ou equipamento que se pretende patentear. Veja-se, portanto, que na verdade, não se trata da patenteabilidade do software em si, mas da concessão de patente para uma invenção no qual ele esteja embutido, tratando-se, assim, de uma patente indireta para o programa de computador.

Contudo, em 16 de março de 2015, o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI) realizou consulta pública, por meio da qual, apresentou as "Diretrizes de exame de pedidos de patente - bloco II – patenteabilidade" e abriu prazo para que fossem apresentadas críticas e sugestões pertinentes ao tema.

Nesse texto, consta que

> Uma criação industrial - processo ou produto associado ao processo - implementada por programa de computador, que resolva um problema encontrado na técnica que não diga respeito unicamente ao modo como este programa de computador é escrito, pode ser considerada invenção.

Acompanhado da ressalva de que "caso os efeitos técnicos sejam decorrentes de mudanças no código do programa de computador, e não no método, a criação não é considerada invenção".

Diante disso, pôde-se concluir que o INPI considera patenteável o programa de computador que consista em uma criação industrial, cujo método consiga resolver problemas técnicos.

Essa postura da autarquia causou grande comoção e descontentamento por parte de certos setores da sociedade. Esclarecendo alguns dos motivos pelos quais o Brasil não pode conceder patentes a invenções implementadas por softwares, Patrícia Peck Pinheiro (2013, p. 171) aduz que 1) tal

medida somente poderia ser introduzida por Lei ordinária, 2) a redação dessas diretrizes do INPI é muito ampla e permite que praticamente todo software seja patenteável, 3) a patente de software seria prejudicial aos desenvolvedores de software livre, 4) as patentes de software tendem a ser menos efetivas do que as das invenções eminentemente industriais, e 5) a proteção pelo regime autoral já é efetiva, tem reconhecimento internacional e é mais adequada às características do mercado.

Quanto ao primeiro item, cumpre salientar que "periodicamente, o INPI realiza consultas públicas sobre patentes, em busca de uniformidade e previsibilidade nas análises, além de estimular a transparência e a participação da sociedade"[6]. Ou seja, essa consulta não constituiu um fato isolado e, via de regra, o texto final dá origem a uma Resolução, o que nesse caso não aconteceu.

O Centro de Competência em Software Livre da Universidade de São Paulo CCSL/USP em conjunto com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - CTS-FGV também elaborou parecer contrário à patenteabilidade dos programas de computador.

Em complemento à primeira e segunda críticas apontadas, o estudo anotou que, embora nos Estados Unidos os softwares sejam patenteáveis, isso se dá com base na jurisprudência, de tal modo que cada caso é minuciosamente analisado e o ônus probatório recai sobre o próprio solicitante. O problema aqui no Brasil é que se deseja implementar o mesmo resultado por meio de resolução infra legal, sendo que costumeiramente há uma presunção de patenteabilidade que inverte o ônus, obrigando aquele que contesta a patente a provar que o objeto não pode ser patenteado (GRAU *et al.*, online, p. 6).

Quanto ao terceiro ponto, argumenta-se que patentes de software podem impedir totalmente a existência de vários tipos de software livre[7],

6 Disponível em: < http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/consultas-publicas>. Acesso em 20 set. 2016.

7 Indispensável salientar, contudo, que o fato de o software ser livre nem sempre significa que ele seja gratuito, ou seja, não é proibido cobrar pelo software, mas são livres o uso, a cópia, a modificação e a redistribuição de uma versão melhorada. Essas são as quatro liberdades que caracterizam o software livre: usar, copiar, modificar e redistribuir (MORAES, 2006, p. 320).

o qual é de extrema importância para a sociedade atual porque estimula "a economia, o desenvolvimento tecnológico nacional e a oportunidade para a constituição e desenvolvimento de pequenas e médias empresas (também um dos objetivos orientadores da ordem econômica constitucional, conforme art. 170, inc. IX da CF88)" (GRAU *et al.*, online, p. 13-14).

Quanto a isso, Patrícia Peck (2013, p. 172) assevera, ainda, que "qualquer política de proteção à propriedade industrial deve estar baseada no interesse público de estimular a inovação e a competitividade", interesse esse que inexiste no tocante à indústria do software, já que, em tese, longe de inibir a contrafação, a concessão de patentes só se presta a diminuir o número de competidores no mercado, assim, "os desenvolvedores não disputariam mais o mercado em termos qualitativos e sim de anterioridade do pedido de patente, ou seja, independentemente da qualidade do produto".

Anote-se, contudo, que esses receios não são exclusivos da patente de software, mas são comuns às patentes em geral.

Como já se pontuou anteriormente, a patente apresenta duas vantagens principais: ela constitui um incentivo prévio ao investimento de recursos financeiros e humanos na atividade inventiva, em contrapartida aos riscos que são inerentes a essa empreitada e, além disso, proporciona a disseminação do conhecimento, por meio da publicação dos pedidos, o que permite à comunidade ter acesso a essas inovações, para desenvolver novas pesquisas e produzir outros inventos (SEPULCRI; ALVES; BITTENCOURT, 2014, p. 108/110).

Por outro lado, tais benefícios também acarretam alguns custos sociais, a saber: o monopólio legal que é consequência natural da patente e uma possível dependência tecnológica nos países em desenvolvimento.

No caso das patentes de software, existe o receio de que sua admissão venha acompanhada de "uma avalanche de pedidos oriundos de grandes empresas multinacionais, o que aniquilaria a capacidade da nossa indústria nacional e, consequentemente, os empregos por ela gerados" (PINHEIRO, 2013, p. 172).

Entretanto,

> A preocupação sobre a dependência tecnológica pode ser amenizada pelo argumento de que a importação de tecnologia acaba impulsionando o desenvolvimento de tecnologia doméstica, via melhoras no aprendizado, atualizando o sistema nacional de inovação. Entretanto, essas melhoras podem ocorrer, infelizmente, somente a longo prazo (especialmente no caso dos países em desenvolvimento) e ainda, se e somente se políticas de incentivos forem colocadas em prática. Isto tudo depende da capacidade do país de importar, adaptar, absorver, aprender, usar eficientemente e também criar tecnologias que lhe são necessárias ao desenvolvimento. (ROCHA, 2009, p. 12).

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro já conta com mecanismos de proteção e promoção do desenvolvimento nacional, bem como de ferramentas para o combate à concorrência desleal, por isso, ao invés de sacrificar o futuro em face do receio de perdas em curto prazo, deve-se trabalhar para que esses inconvenientes rendam bons frutos em longo prazo.

Embora os usuários e outros criadores possam vir a sofrer com o monopólio decorrente da proteção patentária, vale ressaltar que essa condição é temporária e, em contrapartida, uma vez encerrado esse prazo, a patente cai em domínio público e todo o *know-how* estará disponível para ser utilizado livremente por qualquer interessado (PARANAGUÁ; REIS, 2009, p. 18-19).

Percebe-se, assim, que, diferentemente do direito autoral, pelo qual não se atribuem deveres ao titular perante a comunidade (BARBOSA; ARRUDA, 1990, p. 143), o sistema patentário preocupa-se com a função social da propriedade: o titular da patente é obrigado a explorar o objeto patenteado, sob pena de cassação da licença, e não pode impedir o desenvolvimento da patente, sob pena de licenciamento compulsório.

Além disso, não se pode perder de vista que

> a patente, ao contrário dos monopólios característicos, nada tira da comunidade, antes a enriquece com algo que ela não possuía. Se o sistema não assegurar a exclusividade, com os correspondentes mecanismos de sanção, estaria propiciando a proliferação dos chamados “free riders” - aqueles que aproveitam os frutos econô-

> micos da invenção alheia, explorando-a em posição de vantagem face a seu titular, que arcou com os custos da pesquisa. (SEPULCRI; ALVES; BITTENCOURT, 2014, p. 111).

Especificamente no tocante aos softwares, veja-se que o meio digital facilita ainda mais o surgimento desses "*free riders*". A facilidade na manipulação dos dados eletrônicos não pode ensejar que desenvolvedores se apropriem de criações alheias e reivindiquem autoria integral do produto, sem dar os devidos créditos e retribuição financeira ao criador original, ainda que seja mínima a participação desse componente em relação ao todo.

Da mesma forma, merecem ser combatidos os chamados "*patent trolls*", que são empresas que nada produzem, mas obtêm patentes de invenções alheias com o único intuito de criar dificuldades às empresas desenvolvedoras de fato.

Alega-se que "enquanto empresas grandes têm acordos mútuos de licenciamento de patentes, as microempresas podem ser consideradas infratoras a qualquer momento" (GRAU *et al.*, online, p. 14), mas tanto as grandes empresas são suscetíveis de infringir direito alheio, quanto as pequenas empresas também podem negociar o uso de softwares de terceiros já patenteados.

Inclusivamente, suposta "'sequencialidade' [dos programas de computador] – que significa que a inovação se constrói cumulativamente sobre outras invenções, diferentemente da inovação estanque limitada a determinados produtos em muitas outras áreas" (GRAU *et al.*, online, p. 17), como já se argumentou, não pode justificar o desrespeito aos direitos morais e patrimoniais do autor de software, que, de qualquer modo, já são assegurados pelo regime de direito autoral.

Diante de todo o exposto, é de se concluir que o regime autoral não parece ser suficiente para a efetiva proteção dos criadores de programas de computador. Apesar disso, verificou-se também que o sistema de patentes também não seria a solução perfeita para o país nesse momento. Assim, talvez seja o caso de se implementar uma sistemática voltada especialmente às necessidades dessas novas tecnologias.

Com efeito, a Lei do Software já prevê um prazo diferenciado para a aplicação do direito autoral aos programas de computador (notadamente, a redução do período de proteção de 70 para 50 anos), assim "talvez fosse prudente, para melhor aproveitar a natureza específica do software, criar (...) um título de proteção cujo prazo pudesse ser (...) menor do que o da patente de invenção; possivelmente de 5 a 7 anos para a abertura ao acesso público do nível tecnológico do software" (BARBOSA; ARRUDA, 1990, p. 143), isso porque, como se sabe, o tempo é mais fugaz na seara das inovações tecnológicas.

Por fim, cabe ressaltar que não se advoga com isso que todo e qualquer software seja patenteável. Pelo contrário, o interesse pela adoção do regime patentário reside no maior rigor em sua concessão, já que ele exige o preenchimento dos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, aferíveis mediante análise técnica, o que não ocorre no direito autoral, que se obtém até mesmo sem o devido registro.

Ou seja, a admissão das patentes para softwares deve se dar com moderação e sempre pautada pelo bom senso, pois só assim será possível conciliar os interesses individuais e coletivos que envolvem a propriedade intelectual.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar os argumentos e contrarrazões que envolvem a proteção intelectual do software no Brasil.

De um lado, o ordenamento jurídico o insere no âmbito do regime autoral, que protege os programas de computador em si, ou seja, em sua literalidade, conforme se apresenta pela leitura de seu código-fonte. Por outro viés, ao arrepio da lei, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) tem adotado o entendimento de que invenções implementadas por meio de softwares são patenteáveis.

Os entusiastas do sistema autoral argumentam que este seria suficiente para a proteção dessa espécie de bens intangíveis, porque, desde a sua criação, independentemente de registro, já estariam assegurados ao

autor os direitos morais de paternidade e de oposição a modificações, bem como os direitos patrimoniais.

Apesar disso, vozes dissidentes que sustentam que tal regime só é capaz de reprimir a pirataria *stricto sensu*, ou seja, embora o aspecto estático do software esteja tutelado suficientemente contra cópias servis, seu aspecto dinâmico, no que se refere à sua finalidade, permanece desemparado e sujeito a violações constantes por parte de usuários e concorrentes.

Cientes disso, alguns desenvolvedores depositaram pedidos de patentes para suas invenções executadas por meio de software, o que, conforme dito, foi acatado pelo órgão público responsável.

Tal postura foi alvo de duras críticas, segundo as quais, basicamente, essa medida seria ilegal por não ter sido precedida do regular trâmite legislativo, e porque, na prática, a admissão da patenteabilidade dos softwares seria muito prejudicial ao país, pelo ônus do monopólio legal patentário e pela possível dependência econômica nacional perante as grandes economias mundiais.

Nesse ponto, é indispensável sopesar esses custos sociais e os benefícios advindos com as patentes, notadamente, o estímulo à criatividade e ao desenvolvimento, tanto pelo direito de exclusividade ao criador, quanto pela posterior inserção do invento no domínio público, de onde poderá contribuir no surgimento de novas tecnologias.

Veja-se, assim, que nenhum dos dois sistemas é perfeito, nem suficiente por si só, razão pela qual, é oportuno o debate sobre as falhas de cada um, para que possam no futuro ser corrigidas (talvez mediante a elaboração de um regime *sui generis*) e, com isso, conciliar os interesses individuais e coletivos, tendo sempre por norte a função social da propriedade e o desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges; ARRUDA, Mauro Fernando Maria. **Sobre a propriedade intelectual**. COUTINHO, Luciano G.; SUZIGAN, Wilson (coord.). Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil***:* 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 jun. 2016.

_____. **Decreto nº 635**, de 21 de agosto de 1992. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo a 14 de julho de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0635.htm>. Acesso em 10 jun. 2016.

_____. **Decreto nº 75.541**, de 31 de março de 1975. Promulga a Convenção que Institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75541-31-marco-1975-424175-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 10 jun. 2016.

_____. **Decreto nº 75.699**, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>. Acesso em 10 jun. 2016.

_____. Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). **Diretrizes de exame de pedidos de patente**. Bloco II - Patenteabilidade. Disponível em <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/consultas-publicas/arquivos/consulta_publica_-_diretrizes_de_exame_de_pedidos_de_patente_-_bloco_ii_-_patenteabilidade.pdf>. Acesso em 20 set. 2016.

_____. Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). **Instrução normativa nº 11/2013**. Estabelece normas e procedimentos relativos ao registro de programas de computador. Disponível em <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/instrucao_normativa_11-2013.pdf>. Acesso em 20 set. 2016.

_____. Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). **Manual do pedido de registro de programa de computador**. Disponível em <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/programa-de-computador/

NovoManualdoUsurioPEDIDODEREGISTRO.pdf>. Acesso em 20 set. 2016.

_____. **Lei nº 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em 10 jun. 2016.

_____. **Lei nº 9.609**, de 19 de fevereiro de 1998. Regula a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm>. Acesso em 10 jun. 2016.

_____. **Lei nº 9.610**, de 19 de fevereiro de 1998. Regula direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em 10 jun. 2016.

DORIA, Dylson. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. Principais tópicos para uma revisão da lei de direitos autorais brasileira. *In*: **Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais**. WACHOWICZ, Marcos; DOS SANTOS, Manuel Joaquim Pereira (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GUIMARÃES, Ângelo de Moura; LAGES, Newton Alberto de Castilho. **Algoritmos e estruturas de dados**. Reimpr. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

GRAU, Eros Roberto *et al*. **Contribuição** do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de São Paulo CCSL/USP em conjunto com Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro CTSFGV. Disponível em: <http://softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/inpi-contribuicao-ccsl-usp-cts-fgv>. Acesso em 10 jun. 2016.

MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. *In:* Brasil. Ministério da Cultura. **Direito autoral**. Coleção cadernos de políticas culturais. v. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

PAULA FILHO, Wilson de Pádua. **Engenharia de software**: fundamentos, métodos e padrões. 3 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2009.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PARANAGUÁ, Pedro; REIS, Renata. **Patentes e criações industriais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRESSMAN, Roger S. **Engenharia de software**: uma abordagem profissional. Tradução por Ariovaldo Griesi, Mario Moro Fecchio. 7 ed. Porto Alegre: AMGH, 2011.

ROCHA, Dayane. **Uma análise sobre o prêmio fornecido pelas patentes às firmas brasileiras**. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Setor de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

SCHIRRU, Luca. A engenharia reversa de programas de computador no Brasil. Uma análise a respeito da viabilidade legal. *In:* **Anais do VIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. WACHOWICZ, Marcos; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; STAUT JR, Sérgio; COSTA, José Augusto Fontoura (coord.). Curitiba: GEDAI/UFPR, 2014.

SEPULCRI; Nayara T.; ALVES, Giovani R. Rodrigues; BITTENCOURT, Maurício V. L. Patentes: Função ou Disfunção Social? Análise Econômica Sobre os Custos do Sistema Patentário. *In:* **Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do**

direito. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (org.). 1ª ed. Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014.

STAIR, Ralph M.; REYNOLDS, George W. **Princípios de sistemas de informação**: uma abordagem negocial. Tradução por Alexandre Melo de Oliveira. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

INTEGRAÇÃO TECNOLÓGICA NA NOVA ECONOMIA: UMA ANÁLISE NO LIMIAR DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E ANTITRUSTE

Autora: Valeska da Cunha Chrestani
Instituição: Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Resumo: A Nova Economia oferece complexidades adicionais à análise da intersecção entre Propriedade Intelectual e Antitruste. Em um modelo de mercado movido pela inovação de seus agentes, a inovação predatória, amparada em direitos de Propriedade Intelectual, se mostra como um novo e fascinante fenômeno para o escrutínio concorrencial. Dentro deste universo, o objetivo do presente trabalho é analisar a variante da integração tecnológica e compreender seus potenciais efeitos nocivos, eficiências e justificativas, para ao final chegar a uma proposta de melhor conceituação e formato de análise pelas Cortes e autoridades para aferição da conduta. Para tanto, a literatura e jurisprudência norte-americana e europeia foi utilizada como base, tendo em vista o pouco desenvolvimento do tema no Brasil. A conclusão alcançada foi de que nem toda integração tecnológica é ilícita, mas que os potenciais efeitos nocivos justificam a intervenção do Antitruste, em que pese a existências de vozes contrárias na doutrina. Se defende ainda que o melhor formato de análise dentre os propostos até então é aquele da Corte de Apelação do Distrito de Columbia no caso conhecido como "*Microsoft III*" – e, mesmo assim, não livre de questionamentos e insuficiências. Por fim, se concluiu que a Propriedade Intelectual possui um papel menos relevante do que se poderia imaginar nos casos envolvendo integração tecnológica, que não chega a se distanciar significativamente da disciplina das vendas casadas clássicas.

Palavras-chave: Inovação predatória. Venda casada. Integração tecnológica.

1. INTRODUÇÃO

Questões atinentes à intersecção entre a Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência, bem como sua relação com o fomento à inovação, não são novidade. Recentemente, contudo, tal discussão reapareceu com força e, aí talvez resida a boa notícia, privilegiando um *animus* de complementariedade entre tais ramos do Direito. Essa retomada não é gratuita: a chamada Nova Economia apresentou mercados altamente dependentes da proteção conferida pela Propriedade Intelectual e com economias de escala e efeitos de rede que, como se uma lupa fossem, amplificam os efeitos de quaisquer benefícios ou malefícios originados pela conduta de seus agentes ou por sua própria estrutura.

Um dos temas que ganha relevância nesta nova ordem mercadológica é a chamada "inovação predatória". Afinal, poderia a inovação ser algo negativo? Poderia ela, força motriz do capitalismo[1], causar dano injusto à concorrência, prejudicar o consumidor e retardar o progresso? Em meio a estas indagações, o presente artigo busca jogar luz sobre uma conduta tão habitual nas indústrias de alta-tecnologia, quanto controversa nos tribunais: a integração tecnológica. O objeto é responder quando, se é que, o Antitruste deveria condenar à integração tecnológica, bem como qual seria o melhor modelo de análise a ser adotado pelas Cortes quando tal conduta estiver sob investigação.

Para tanto, primeiramente será explorado qual o valor da inovação para o sistema capitalista e como a Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência atuam para salvaguardá-la com o objetivo maior de estímulo ao progresso e promoção ao bem-estar do consumidor. O objetivo é responder se condutas aparentemente amparadas pelo monopólio legal conferido pela Propriedade Intelectual deveriam estar sujeitas ao escrutínio do Antitruste e se o ferramental à disposição deste é suficiente para encarar os desafios apresentados pelo modelo da Nova Economia.

Na sequência se pincelará brevemente o conceito de inovação predatória para se passar à investigação da integração tecnológica

1 Ao menos na teoria de Joseph Schumpeter.

propriamente dita, com o objetivo de entender sua definição, justificativas, possíveis efeitos anticoncorrenciais e eficiências. Se passará então a um rápido cotejo crítico dos principais casos estrangeiros versando sobre o tema (posto que inexiste precedente brasileiro), de modo a explorar como as Cortes tem enfrentado o tema para, finalmente, concluir qual seria a melhor forma de análise a ser empregada nestes casos – ou, alternativamente, se deveria o Antitruste se furtar de tais análises e declarar a legalidade *per se* da conduta. A doutrina que embasará a presente discussão será estrangeira em larga medida, uma vez que, novamente, tal discussão tem sido pouco explorada na academia brasileira.

Não parece precipitado inferir que a existência de pouco material doutrinário e jurisprudencial no Brasil versando sobre a interface entre Propriedade Intelectual e Defesa da Concorrência seja, como bem observa Ricardo Villas Boas Cueva (2009), uma tradução da falta de importância dada à Propriedade Intelectual como estratégia competitiva no Brasil, bem como do baixo investimento nacional em pesquisa e desenvolvimento (P&D). Contudo, há a possibilidade de se aprender com os erros e acertos de países e Cortes que tiveram a oportunidade de confrontar a matéria um maior número de vezes e com mais profundidade. Tal entendimento é essencial para que a indústria brasileira possa continuar a ter seu crescimento estimulado através dos gatilhos corretos e possa ser protegida não apenas dela mesma, mas também de concorrentes externos com experiência em práticas questionáveis no terreno da inovação e que podem enxergar no Brasil um terreno fértil para sua realização, longe da vigilância mais severa de Cortes e autoridades como as dos Estados Unidos ou da Comunidade Europeia.

2. A INTERFACE ENTRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Impossível falar sobre o papel da Propriedade Intelectual como ferramenta para a inovação e, logo, progresso, sem mencionar a clássica teoria schumpeteriana da "destruição criativa". Em seus escritos, Joseph

Schumpeter (1961) defende a inovação e não a livre concorrência como grande valor do sistema capitalista e articula que a concorrência perfeita pode, inclusive, não ser desejável, posto que pressiona os preços para baixo e diminui o lucro, o qual por sua vez seria empregado em atividades de inovação. Nesta teoria, como bem observa Paulo Brancher (2011), a destruição criativa está no surgimento de nova tecnologia que destrói o padrão vigente ao mesmo tempo em que estabelece um novo *status quo*. Os agentes econômicos, portanto, estariam menos preocupados em eliminar a concorrência e mais focados em inovar, uma vez que tal eliminação seria um resultado natural e desejável da maior eficiência empresarial e busca constante por novos (e melhores) produtos.

A construção de um sistema moderno de proteção à Propriedade Intelectual está assentada justamente na preocupação com os incentivos à inovação, reconhecidamente uma das chaves para o progresso, aliada ao oferecimento de uma remuneração adequada ao criador. Até o mais neoclássico dos economistas hoje concorda que inevitavelmente surgem do fluxo natural dos mercados falhas que os impedem de atuar eficientemente – a regulação, por vezes, é a única forma de proteger o mercado de si mesmo. O regime de proteção à Propriedade Intelectual talvez seja uma das intervenções estatais mais largamente aceitas para endereçar tais falhas.

Deixado à mercê da autorregulação, o mercado acabará desestimulando a inovação e, como consequência, o progresso e o bem-estar do consumidor.[2] Isso porque o processo de inovação costuma ocorrer com grandes investimentos de tempo, trabalho intelectual e capital. Sem um regime de exclusividade na exploração do resultado da criação, não haveria como evitar comportamentos oportunistas. Terceiros que não realizaram qualquer investimento poderiam ser "*free-riders*" no resultado inventivo obtido, isso é, dele se beneficiar sem ter alocado qualquer recurso

2 A verdade é que hoje se questiona tal teoria. Há alternativas ao regime de propriedade conferido às invenções e criações autorais, como, exemplificativamente, o financiamento público à pesquisa, que daria aos inventores uma recompensa e não a propriedade sobre a invenção. Se argumenta, inclusive, que talvez bastasse não regular a inovação, posto que ser o primeiro a lançar algo no mercado ("*head start advantage*") já seria suficiente para garantir ao inventor uma vantagem de custo permanente sobre os que vierem depois (POSNER, 2005).

próprio em pesquisa e desenvolvimento (P&D). Pior, este terceiro não precisará tentar recuperar tais investimentos na forma de preço (afinal, ele não teve custos de P&D a serem recuperados) e conseguirá praticar valores inferiores ao seu rival responsável pela invenção. Qual seria então o incentivo a inovar se os custos dispendidos não serão recuperados?

A resposta é um monopólio artificial[3] conferido ao criador de uma inovação que cumpra determinados requisitos enunciados pelo legislador, possibilitando assim a recuperação dos investimentos realizados e incentivando a continuidade do processo inventivo. É essa correção que a Propriedade Intelectual possibilita, embora a grande dificuldade permaneça se chegar a um equilíbrio em relação à quantidade de proteção suficiente à satisfação do criador e, ao mesmo tempo, dos interesses da sociedade.

O fato da Propriedade Intelectual ser ela mesma uma ferramenta encontrada pelo Estado para corrigir uma notória falha de mercado significa que àqueles que dela se beneficiam deveriam estar fora do âmbito de análise do Direito Concorrencial? Tal pergunta tem gerado debates, mas a melhor interpretação será a de que ambas as áreas possuem uma relação de complementariedade e buscam objetivos (ao menos parcialmente) comuns no bem-estar do consumidor e no progresso. É natural, porém, que surjam conflitos considerando que ambos realizam tal busca de forma diametralmente oposta: enquanto para a Propriedade Intelectual é o monopólio artificial que possibilitará o alcance dos fins almejados, para o Antitruste é a concorrência e pressão de preços em direção ao custo. Enquanto um prioriza a exclusão, ao outro interessa o maior número de competidores possíveis.[4]

Na maioria absoluta dos casos, contudo, tais conflitos são muito mais aparentes do que reais e podem ser sanados levando em conta a finalidade comum destas áreas do Direito.[5] Assim que a Propriedade

3 No presente texto, referências às patentes como monopólios serão utilizadas, salvo se indicado em contrário, no sentido de monopólio legal e não econômico.

4 Pitofsky (2001, p. 917, tradução nossa) lembra, contudo, que o "Antritruste na maior parte não possui qualquer problema com o argumento de que o poder de mercado é aceitável se razoavelmente necessário para atingir eficiências, incluindo aí eficiências relacionadas à inovação. "

5 Hovenkamp (2008b, p. 1979, tradução nossa) dirá que "para se configurar um verdadeiro conflito, deverá

Intelectual não confere uma imunidade às análises sob a ótica do Direito da Concorrência. Pelo contrário, na busca por objetivos comuns o Antitruste irá se debruçar sobre eventuais abusos de detentores de direitos de Propriedade Intelectual que gerem efeitos excludentes (e, claro, aqui não estamos considerando o exercício regular de tais direitos, excludente em si dada a situação de monopólio legal do qual goza o titular de uma invenção) e, como tal, sejam nocivos ao mercado.

2.1. A NOVA ECONOMIA

O fato do escrutínio da exploração de Propriedade Intelectual pelo Antitruste ser aceito ou viável não significa que seja fácil. Uma preocupação contemporânea que torna mais complexo este embate é a chamada "Nova Economia" compreendida como mercados de telecomunicações, indústria de computadores (*softwares* e *hardwares*), serviços com base em Internet (provedores de acesso e conteúdo) e outros equipamentos ou serviços que suportem esses mercados (POSNER, 2001). Isso porque tais indústrias não apresentam as características comumente encontradas nos mercados tradicionais e que ao longo dos últimos séculos foram a base sobre a qual se debruçou a teoria econômica e o Direito Concorrencial.[6] Em seu lugar, a Nova Economia introduz mercados mais dinâmicos, com altas taxas de inovação, presença de externalidades de rede[7], tendência à monopolização

haver uma prática de Propriedade Intelectual que seja um ameaça real à competição ao mesmo tempo em que (...) desenvolve um interesse protegido pelas próprias leis de proteção à Propriedade Intelectual. Historicamente muitas das práticas envolvendo Propriedade Intelectual condenadas pelas Cortes como violações concorrenciais (...) não eram de forma alguma anticompetitivas. " Em seu célebre trabalho "The Antitrust Enterprise" o autor afirma ainda que, via de regra, "acordos horizontais de licenciamento de patentes permanecem sendo a única área onde o conflito entre Propriedade Intelectual e Antitruste é real no sentido de que resultado anticompetitivos são genuinamente possíveis ao mesmo tempo em que sérios direitos de Propriedade Intelectual devem ser considerados." (2008a, p.259, tradução nossa)

6 Exemplos destas características da indústria tradicional são o grande número de competidores, entradas ou saída relativamente frequentes, taxas de inovação mais modestas e foco na produção de bens físicos *versus* a criação intelectual.

7 Externalidades positivas de rede ou simplesmente efeitos de rede (*network effects*) é o nome dado ao fenômeno que se observa em determinadas indústrias, no qual a adesão de cada consumidor adicional aumenta a utilidade derivada do uso do produto pelos demais consumidores, e, logo, o bem-estar de todos. As redes sociais são um bom exemplo: quanto mais usuários determinada rede possuir, mais valor ela terá para seus membros.

(e, mais do que isso, a formação de monopólios sucessivos), baixas barreiras à entrada e saída e alta dependência de propriedade intelectual (POSNER, 2001; SULLIVAN, 2001). Nem mesmo a teoria do preço marginal é aplicável aqui, posto que, como dito, o investimento está no trabalho intelectual e não na produção de suportes, cujo custo por produção unitária beira a zero.

Se por um lado esta mudança na ordem de mercado proporciona um óbvio aumento no bem-estar do consumidor, como a criação de efeitos de redes ou incentivo à melhoria continua de produtos, por outro na mesma proporção em que suas características estruturais podem servir para maximizar a eficiência e o bem-estar, servem também para ampliar qualquer efeito negativo decorrente de um comportamento excludente adotado pelos seus agentes. Ao mesmo tempo em que reconhecem tais perigos, porém, parte de doutrina questiona se nessas indústrias a tendência à sucessão natural de monopólios, aliada às baixas barreiras à entrada, tendência à queda (e não aumento) de preços, dificuldade no entendimento e aplicação de critérios efetivos pelas Cortes e riscos de falsos positivos não seriam motivo suficiente para justificar a saída de cena do Antitruste e a adoção de uma postura mais permissiva e que permita ao mercado se autorregular (EASTERBROOK, 1981; POSNER, 2001; SIDAK, 1983). A melhor resposta parece ser a negativa

Tais preocupações, embora merecedoras de atenção, não se sustentam diante de uma análise mais detida. A sucessão de monopólios e baixas barreiras à entrada não dispensam preocupação porque ainda que sejam baixas, existem e podem ser ampliadas por condutas anticompetitivas. Em relação à tendência de queda de preços, ela não tira o papel da concorrência – o consumidor certamente estará em melhor posição se puder escolher entre dois ou mais competidores do que se estiver atrelado a uma única empresa dominante (se o mercado permitir tal multiplicidade, claro). Finalmente e em relação ao risco de falsos positivos e às dificuldades no entendimento e aplicação de critérios efetivos pelas Cortes, nada sugere que tais problemas não tenham sido enfrentados antes pelos julgadores com o surgimento de novas formas de organização social e de mercado

ao longo das últimas décadas. A curva de aprendizado sempre existirá e não é uma desculpa plausível a fundamentar a não intervenção do Direito (PITOFSKY, 2001; SULLIVAN, 2001).

3. INOVAÇÃO PREDATÓRIA: MITO OU REALIDADE?

A predação é conduta por meio da qual certo agente busca melhorar sua posição no mercado, não através de uma *performance* superior, mas sim causando lesões injustas aos demais competidores para forçá-los a competir de maneira menos eficiente ou excluí-los completamente do mercado. A predação pode ocorrer de várias formas, sendo a mais conhecida a prática dos "preços predatórios", através da qual um agente com posição dominante sacrifica ganhos de curto prazo para excluir seus rivais e, uma vez gozando da posição de monopolista, passar a praticar preços supracompetitivos. Contudo, a predação pode ocorrer de diversas outras formas, incluindo disfarçada sob as vestes de inovação, bastando que eleve os custos dos rivais sem produzir alguma eficiência que se traduza em benefício ao consumidor (JACOBSON; SHER; HOLMAN, 2010).

A inovação predatória poderá aparecer nos redesenho de produtos com o objetivo de gerar incompatibilidades (o problema é notório no mercado de peças de reposição) e, claro, na integração física de dois produtos, para citar alguns exemplos.[8] Isso não significa que qualquer uma dessas situações é ilícita *per se* ou resulta de predação, muito menos que devam ser suprimidas. O fito anticoncorrencial, porém, é sim um dos resultados plausíveis de tais práticas.

É importante esclarecer que não é pacífica na doutrina a existência de inovação predatória, embora atualmente o conceito seja larga-

8 Calixto Salomão entende que a integração tecnológica não é forma de inovação predatória, mas espécie do gênero venda casada, posto que na predação o elemento essencial é o prejuízo imediato para um ganho diferido no tempo, enquanto que na venda casada é a negociação compulsória. Para fins do presente artigo se assume que sim, a integração tecnológica é espécie de venda casada, mas como na Nova Economia costuma vir na forma de inovação, não deixa de se relacionar também a um conceito mais amplo de inovação predatória cujo objetivo é aumentar o custo dos rivais. Além disso, o próprio Calixto (2003) ao comentar o caso Microsoft relativo ao navegador Internet Explorer utiliza a expressão "predação".

mente aceito. Em geral, os grandes trabalhos defendendo a legalidade *per se* da inovação (ou seja, refutando a possibilidade de predação) datam dos anos oitenta e arguem que embora possam haver custos associados com tais condutas, eles não excederiam os benefícios derivados de ganhos de eficiência, como a manutenção da qualidade do produto ou o valor da inovação em si mesmo. Mais do que isso, destacam a dificuldade em se diferenciar a predação da competição saudável (afinal, toda predação envolve um sacrifício de curto prazo, mas todo processo de inovação também através da alocação de recursos em P&D), os altos custos de litígio e o tempo transcorrido até se chegar a uma decisão, fatores que somados não justificariam a intervenção estatal. Finalmente, há ainda questionamentos sobre se a predação, seja qual for, é possível ou capaz de gerar algum benefício real ao agente que nela se engaja (ou se sempre seria conduta irracional) e, no caso específico da inovação predatória, como ela poderia reduzir o bem-estar do consumidor (EASTERBROOK, 1981; SIDAK, 1983).

Observados os precedentes dos últimos trinta anos, contudo, é difícil negar que embora possa ser improvável em um nível teórico, a inovação predatória é uma realidade. Hovenkamp (2008a) alerta que o próprio mercado cuida das inovações rejeitadas pelo consumidor e que a maior parte das inovações tidas como predatórias na verdade causam danos aos rivais porque o consumidor prefere o novo produto. O autor reconhece, porém, que empresas podem (e de fato o fazem) inovar somente como forma de ampliar o custo de seus rivais, sem que a inovação seja de fato uma melhoria ou traga algum benefício. A inovação predatória é, portanto, uma realidade posta e nos obriga a desmistificar a máxima de que toda inovação é positiva.

Dentre as diferentes formas que a inovação predatória poderá assumir, contudo, interessa ao presente artigo aquela que se traduz em vestes distintas que a Nova Economia oferece a um antigo fenômeno Antitruste: a integração tecnologia.

4. INTEGRAÇÃO TECNOLÓGICA

A integração tecnológica é comumente caracterizada como espécie do gênero venda casada, posto que consiste no oferecimento conjunto e condicionado de dois produtos (serviços ou, ainda, uma combinação de ambos), geralmente complementares. A diferença é que no primeiro caso o fato dos bens estarem fisicamente atrelados ou serem configurados para gerar incompatibilidade com rivais farão às vezes do contrato na venda casada tradicional.

No coração da discussão sobre integração tecnológica comumente reside a Propriedade Intelectual, posto que quase na totalidade dos casos o bem principal ou secundário está protegido por direitos desta natureza. O que se costuma observar é, de um lado, titulares de patentes ou desenhos industriais arguindo que o regime de Propriedade Intelectual os confere liberdade para explorar suas invenções como desejarem, inclusive integrando-as a outros produtos que podem ou não estar protegidos pelo mesmo regime e apresentam complementariedade com o produto original; enquanto de outro lado, rivais acusam tal conduta de expandir indevidamente o monopólio legal do bem principal a outro produto ou mercado por ele não abrangido, bem como de elevar os custos dos rivais com incompatibilidades que não oferecem benefícios ou se traduzem em melhorias ao público consumidor.

As preocupações são maiores nos mercados de alto-tecnologia porque neles os efeitos de rede e economias de escala fazem com que a coexistência de produtos incompatíveis seja transitória, sendo a tendência que um único padrão saia vencedor e domine o mercado (BESEN; FARREL, 1994). Por isso muitas vezes se diz que em tais mercados não há uma competição "neles" (*competition within the market*), mas "por eles" (*competition for the market*). O vencedor leva tudo e aí que causar a incompatibilidade de produtos rivais com o padrão dominante no mercado primário terá o condão de lhes tirar qualquer chance de competir.[9]

9 "Uma vez que o consumidor eleja uma tecnologia como insubstituível, ele estará tendente a adquirir outras tecnologias compatíveis com tal produto, gerando um sistema de aplicações

No passado, já se foi da dispensa de ponderações concorrenciais nestes casos pelo simples fato de um produto gozar da proteção das leis de Propriedade Intelectual até o outro extremo, assumindo monopólio econômico pela existência do monopólio legal que a patente confere.[10] Hoje, porém, é aceito que assim como na venda casada clássica, o simples fato de a integração tecnológica existir não a torna ilícito anticoncorrencial. Seja na doutrina e decisões norte-americanas ou da comunidade europeia, ou ainda no melhor cotejo do Art 36, caput e §3º, XVIII da legislação antitruste brasileira (Lei 12.529/2011), a ilicitude da integração tecnológica sempre estará condicionada aos seus efeitos.

Quando se discute a ilicitude das vendas casadas clássicas, mais do que gerar efeitos anticoncorrenciais se espera que determinadas condições sejam compridas para além do simples oferecimento conjunto de um pacote de produtos, no que a doutrina norte-americana convencionou chamar de regra *quasi per se* ao julgar o agora notório caso *Jefferson Parish*.[11] Embora ainda reste alguma controvérsia, doutrinadores brasileiros entendem que tais condições seriam, de modo geral, a presença de poder de mercado ou dependência econômica (isso é, ausência de substitutos)[12], e a coerção para que o consumidor adquira algo que não compraria caso estivesse livre para eleger.

A integração tecnológica, contudo, torna a construção de tais regras para aferição de ilicitude mais complexa e, contrariamente ao que ocorre com as vendas casadas, há pouco consenso sobre qualquer um destes critérios, excetuada a necessidade de existir poder de mercado ou

conectadas. As companhias que controlam o mercado do produto primário controlam todo o sistema. " (BASKIN, 2012, tradução nossa)

10 Para uma explicação sobre o histórico da matéria, vide a obra de Hovenkamp (2008b).

11 *Jefferson Parish Hospital v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).* O litígio ocorreu quando o hospital East Jefferson impôs aos seus pacientes que ali realizassem cirurgia a aquisição obrigatória de serviços de anestesia indicados pelo próprio hospital. A Suprema Corte entendeu não haver venda casada pelo fato da conduta não preencher determinados requisitos – são tais requisitos que originaram a chamada regra *quasi per se* para as vendas casadas.

12 Paula Forgioni (2010) defende o poder de mercado como critério, enquanto que para Calixto Salomão Filho (2003) a dependência econômica seria mais relevante, independente da fatia de mercado dominada.

dependência econômica. No Brasil, inexiste julgado sobre o tema[13]. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte também nunca analisou a questão, mas existem ao menos quatro grandes julgados a respeito nas Cortes de segundo grau – ainda que todos com conclusões distintas. Finalmente, quando a Comunidade Europeia teve a oportunidade de analisar o tema, formou suas próprias conclusões dentro de sua tradição concorrencial menos utilitarista quando comparada à norte-americana.

A seguir analisaremos os potenciais efeitos anticompetitivos atribuídos à prática, que originaram a preocupação das autoridades, bem como as justificativas e eficiências que dela podem derivar. Finalmente, analisaremos quatro litígios envolvendo o tema e os critérios que neles foram adotados pelos julgadores para aferição de ilicitude.

4.1. POTENCIAIS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS

Como espécie de venda casada, é de se esperar que o principal efeito anticoncorrencial atribuídos às integrações tecnológicas seja a alavancagem (*leverage)*. Por alavancagem se entende que o monopolista de dado mercado associaria ao produto ofertado neste mercado outro produto de mercado distinto (o mercado secundário), com o objetivo de estender seu poder de monopólio para esse segundo mercado. A ideia é que o agente possa auferir lucros de monopólio também no mercado secundário, onde não gozava até então de posição dominante, ao fazer o consumidor pagar mais caro pelo pacote de produtos do que se os adquirisse separadamente. Adicionalmente, o agente conseguiria através da alavancagem aumentar os custos de entrada de rivais tanto no mercado primeira quando no secundário, pois os forçaria a ingressar em ambos para conseguir competir.

13 Em averiguação preliminar no ano 2000, o CADE investigou a *Microsoft* por, dentre outras acusações, prática de venda casada por integração tecnológica entre seu sistema operacional, navegador e aplicativos. Se tratou, contudo, de questão de natureza privada relativa à contrato de licenciamento de *software* firmado entre a *Microsoft* e a *Universidade Cândido Mendes*, motivo pelo qual a averiguação foi arquivada.

A teoria da alavancagem foi duramente criticada pela Escola de Chicago entre os anos cinquenta e setenta. O principal argumento seria a impossibilidade de se auferir dois lucros de monopólio (do mercado primário e secundário) simultaneamente em dois mercados através da criação de um pacote de produtos. O monopolista já poderia auferir lucros de monopólio no mercado primário e não conseguiria expandi-los ao mercado secundário sem a perda de consumidores, para quem a soma dos produtos não poderia exceder o valor máximo que estariam dispostos a pagar por eles individualmente, sob pena da demanda no mercado primária também cair (POSNER, 2001; EASTERBROOK, 1981). A conduta acabaria sendo irracional, pois ao invés de aumentar seu poder no mercado secundário, o agente acabará perdendo poder no mercado primário.

As críticas da Escola de Chicago acabaram sendo refutadas ao longo dos anos pela doutrina especializada. A um porque partem da premissa de que o agente goza do poder de um monopolista hipotético no mercado primário, o que não costuma ser verdade. A dois porque ignora a dificuldade do consumidor em calcular exatamente quanto está pagando a mais por um produto ofertado em pacote (SULLIVAN; GRIMES, 2006). Adicionalmente, as críticas à alavancagem ignoram o fato de que esta serviria ainda para ampliar as barreiras à entrada de rivais que, para competir, precisarão agora incorrer nos custos de entrada em dois mercados distintos, ainda que relacionados.

Em indústrias de alta-tecnologia, como a de sistemas operacionais e *softwares*, o problema se agrava em função das características desses mercados. Os altos custos de capital para aquisição desses bens pelo consumidor significam que uma vez feita a escolha pelo usuário, dificilmente ele estaria disposto a dispender novos valores para troca do produto se constatar, ao longo de sua vida útil, que o bem vinculado tem custado mais do que se esperava (um exemplo poderia ser a compra de aplicativos somente pela loja oficial do sistema operacional, como no caso da Apple e seu iOS). Adicionalmente, muitas vezes nesses mercados há um custo de aprendizado sobre as funcionalidades e forma de operação

da ferramenta – a troca significa que o usuário precisará investir tempo para aprender sobre o funcionamento de outra plataforma. Estes custos monetários ou não atrelados à troca (*switching costs*) acabam criando o chamado efeito *lock in*: significa dizer que os consumidores estão presos à escolha realizada e que mesmo sabendo que o valor cobrado excede o que estariam dispostos a pagar separadamente, não tem alternativa a não ser continuar vinculados ao produto já adquirido.

E ainda que dado consumidor estivesse disposto a realizar a troca, as mudanças dentro de um mercado com externalidades positiva de rede em geral dependem de uma coordenação entre diversos consumidores que na prática é quase impossível de se atingir e cujo grau de dificuldade é proporcional ao número de membros (SCHANZENBACH, 2002).[14]

Não só isso como nas indústrias com efeitos de rede o usuário muitas vezes sabe que o preço excede o que gostaria de pagar e até por questões de desempenho pode preferir outro produto, que considere superior. Contudo, o fato de existir uma rede em torno do produto de determinado agente o obriga a aceitá-lo. Tal fenômeno é possível porque redes geralmente estão associadas à vantagem do primeiro entrante (*first mover advantage*), em que o primeiro agente a introduzir determinada inovação tende a assumir uma posição que não será superada nem mesmo por produtos superiores, uma vez que compradores geralmente irão buscar compatibilidade com a base existente por ela já possuir uma maior rede estabelecida.[15] Essa, contudo, não deveria ser uma preocupação do Antitruste, já que salvo quando há infraestrutura essencial, o usuário sempre terá a opção de optar por uma rede menor ou por rede alguma.

14 O autor pontua, contudo, que tentar espremer os consumidores com preços mais elevados não é uma tarefa livre de riscos. O aumento dos preços podem frear a expansão da rede e chegar a um nível no qual os consumidores estarão dispostos a efetuar a troca.

15 Isso ocorre porque a primeira rede a se estabelecer em dado mercado não precisa lidar com as barreiras à entrada que a existência de uma rede já estabelecida inevitavelmente cria (SCHANZENBACH, 2002). Discordando dessa preposição, Calixto Salomão Filho (2003, p. 193) dirá que "A experiência demonstra que em setores caracterizados pela formação de redes, sobretudo de alta tecnologia, as vantagens históricas raramente são suficientes para garantir a liderança no mercado. (...). Nesses mercados, eventos históricos aleatórios juntamente com a predação determinam os rumos e a identidade da empresa dominante. "

Hovenkamp (2008a, 2011) menciona ainda a alavancagem diferida, isso é, em que o agente utiliza sua posição de predominância no mercado atual de determinada tecnologia, que pelo ciclo de inovação tende a se tornar obsoleta, para garantir uma posição futura de domínio no mercado da tecnologia que irá substituí-la. O autor, citando a indústria de computadores como exemplo, dirá que a proteção conferida pela Propriedade Intelectual para as empresas dura muito mais do que o ciclo do produto no mercado, o que obriga o inventor a continuar inovando. Lembra, contudo, que o mesmo pode ser dito de seus rivais, motivo pelo qual a Propriedade Intelectual não garante um monopólio sucessivo à determinado agente, salvo se a venda casada clássica (contratual) ou a integração tecnológica forem utilizadas para incorporar pequenas inovações à base atual, evitando uma ruptura entre gerações de tecnologia.

Por todos esses argumentos, a alavancagem hoje é aceita como um dos efeitos da venda casada e, consequentemente, da integração tecnológica. Independente da forma como for praticada, o resultado direto da alavancagem é o fechamento de mercado (*foreclosure*), tanto pela exclusão de competidores quanto pelo aumento de seus custos para competir, ou, ainda, através do aumento das barreiras à entrada com vistas a diminuir a competição futura.

4.2. JUSTIFICATIVAS E EFICIÊNCIAS

Não são poucas às justificativas às situações de integração tecnológica, o que torna o trabalho de averiguação das Cortes e autoridades antitruste mais duro. Entre os argumentos mais comumente citados temos a interdependência tecnológica entre os produtos ofertados, a manutenção de sua qualidade, diminuição dos custos da cadeia produtiva e de distribuição, a possibilidade da realização de discriminação de preços e, finalmente, a preferência do consumidor.

A interdependência tecnológica significa que o adequado funcionamento dos produtos depende de seu oferecimento conjunto, ou,

ainda, que há ganhos de performance dos produtos quando ofertados em pacote. Se reconhece que um produto está condicionado a outro, mas tal vinculação seria "necessária". Esse foi o argumento apresentado pela *Microsoft* no célebre caso envolvendo seu sistema operacional e o navegador Internet Explorer, o qual será discutido com mais profundidade a seguir.

Outra justificativa bastante comum à integração tecnológica é a manutenção da qualidade do produto e a salvaguarda da reputação das empresas. Tal função de controle de qualidade é especialmente importante quando os consumidores não entendem com exatidão o funcionamento de determinado produto e, assim, caso ele falhe em apresentar um desempenho adequado não consigam identificar se a origem do problema é o produto principal ou secundário – não raro nestes casos o produto principal será apontado como a causa (SIDAK, 1983). Aí que a integração tecnológica pode ser uma forma de preservar a reputação de uma empresa e suas marcas contra juízos de valores errôneos, fundados em produtos de rivais. É de se notar, porém, que as Cortes tem demonstrado pouca simpatia por esse argumento, sempre sugerindo que soluções menos gravosas poderiam ser adotadas, tais como o estabelecimento de requisitos mínimos ou padrões para interoperabilidade.

A integração tecnológica poderá também diminuir custos de produção, logística ou comercialização, por exemplo. Ela tende ainda a eliminar a chamada *double marginalization*, que ocorre sempre que bens ou serviços relacionados são comercializados em mercados pouco competitivos e ambos os vendedores são incapazes de coordenar suas produções de modo a maximizá-las conjuntamente (HOVENKAMP, 2011). O consumidor, como resultado da integração tecnológica, pagará menos do que se fosse adquirir ambos os produtos separadamente em dois mercados. Um exemplo bastante claro são os pacotes de TV por assinatura, telefonia e internet, que se beneficiam de uma mesma estrutura de cabos de telecomunicação e, portanto, podem ser ofertados conjuntamente a preços mais baixos.

Quanto à discriminação de preços, esta é uma das justificativas mais comumente atribuídas às vendas casadas e, como tal, pode ser aplicada

também aos casos de integração tecnológica. Significa reconhecer que usuários distintos extraem utilidades díspares de um mesmo produto ou serviço e que o preço cobrado deveria ser proporcional à utilidade extraída. Posner (2001) argumenta que a discriminação de preço entre adquirentes e não a alavancagem é o efeito mais comum das vendas casadas e defende que esta discriminação em geral será lícita e mais eficiente do que a cobrança de um preço único à todos os compradores.

Finalmente, a integração tecnológica pode decorrer de simples preferência do consumidor. É consenso na doutrina que via de regra os próprios consumidores cuidarão de extirpar do mercado inovações que não considerem boas o suficiente – e não caberia às Cortes se imiscuir no que o consumidor julga bom ou não (isso é, se estaríamos diante de real superioridade técnica ou de preferência alimentada pelo Marketing). Na maioria dos casos, portanto, inovações aceitas no mercado gozam de preferência dos consumidores, seja por uma questão de funcionalidade, status ou até mesmo porque a integração tecnológica facilita a operação do produto. Nessa última hipótese, tal conduta poderá ainda implicar em economias ao agente no que se refere ao processamento de reclamações de consumidores ou investimentos para educar o público sobre o correto uso dos produtos em apartado – essas economias, por sua vez, poderão ser repassadas ao consumidor na forma de preços mais baixos (SIDAK, 1983).

As justificativas à integração tecnológica são em larga medida plausíveis. Diferentes decisões nos últimos vinte anos, contudo, não estão alinhadas quanto ao peso de tais justificativas em comparação aos eventuais efeitos negativos da conduta, nem em relação às condições para sua configuração.

4.3. A EXPERIÊNCIA DAS CORTES E AS REGRAS PARA AFERIÇÃO DE ILICITUDE

As Cortes norte-americanas possuem três decisões emblemáticas, ainda que contraditórias, em casos de integração tecnológica. Nenhuma delas advinda da Suprema Corte, o que faz com que ao menos em um nível

jurisprudencial permaneça inexistindo uma resposta definitiva em relação ao critério de análise destas condutas. A seguir se comentará brevemente cada uma delas, bem como o caso envolvendo o *Windows Media Player* na Europa.

4.3.1. *CR Bard Inc v. M3 Systems Inc*

No ano de 1998 a Corte de Apelações do Circuito Federal julgou o caso *CR Bard Inc v. M3 Systems Inc*, que versava sobre uma modificação em equipamentos de biópsia que teriam sido realizadas unicamente com o objetivo de torná-los incompatíveis com agulhas produzidas por terceiros. A decisão do Circuito Federal acabou por condenar a empresa *CR Bard*, ainda que de maneira não unânime, sob o argumento de que haveria evidências, como memorandos internos, indicando que a motivação da *CR Bard* em modificar seus equipamentos foi, de fato, criar uma incompatibilidade para prejudicar a concorrência.

Esse talvez seja o pior fundamento dentre as decisões proferidas a respeito para se condenar uma inovação. Como bem afirmam Alan Devlin e Michael Jacobs (2012, p. 30, tradução nossa), o Antitruste "deve proteger a competição e não os competidores. (...) Uma análise econômica e apenas ela deveria fornecer as regras para decisão nestes casos. O desejo de esmagar rivais é endêmico e próprio de mercados competitivos." Não há unanimidade nessa assertiva, contudo, e grandes nomes do Antitruste como Hovenkamp (2008a) ou Sullivan (2001) defendem a intenção como um dos critérios a informar tais julgamentos, embora discordem da posição do Circuito Federal em reduzir a complexidade do litígio a um dos muitos fatores que deveriam orientar sua resolução em conjunto com outros.

4.3.2. *United States.* v. *Microsoft Corp (Microsoft III)*

Pela sua posição na liderança no mercado de sistemas operacionais por décadas, não é surpresa que a *Microsoft* tenha enfrentado ao longo dos anos e em diferentes Cortes diversas alegações de inovação predatória, a maior parte delas envolvendo algum tipo de integração tecnológica. O

caso mais notório, contudo, é chamado de *Microsoft III* e diz respeito à integração do navegador *Internet Explorer* nos pacotes do *Windows 98, o* que acabou por excluir o *Netscape*, navegador mais popular até então, do mercado. Mais do que comercializar o pacote do sistema operacional com seu navegador, a *Microsoft* suprimiu a opção para o usuário desinstalá-lo, programou o *software* de tal forma que tentativas de retirar o navegador por codificação implicassem em perdas de funcionalidade do sistema operacional como um todo e, finalmente, programou o *Windows 98* para desconsiderar comandos do usuário para estabelecer outro navegador que não o *Internet Explorer* como *default*.

O caso foi julgado em 2001 pela Corte de Apelações do Distrito de Columbia, que na ocasião criou um teste para aferir se a integração tecnológica realizada pela *Microsoft* seria ou não predatória. O teste consistia em três etapas: (i) primeiro, ao autor da ação caberia demonstrar a existência de efeitos anticompetitivos; (ii) segundo, o réu deveria demonstrar a existência de efeitos prócompetitivos em sua conduta; para, finalmente, (iii) o autor ter o ônus de comprovar que os efeitos anticompetitivos suplantam os benefícios da conduta. Na ocasião, a Corte desconsiderou o precedente da Suprema Corte no já mencionado caso *Jefferson Parish*, onde se estabeleceu a chamada regra *quasi per se* para as vendas casadas, em prol de um modelo mais permissivo e disposto a sopesar também eficiências *versus* efeitos.

O teste, em verdade, não chegou a ser aplicado como proposto nem mesmo no caso *Microsoft III*, posto que a *Microsoft* falhou em apresentar justificativas que a Corte entendesse como prócompetitivas, o que o interrompeu já em sua segunda etapa e gerou a condenação da empresa. No fim e após vários anos de litigio, o caso acabou sendo resolvido por acordo.

Novamente, o formato proposto pela Corte do Distrito de Columbia não é uma unanimidade doutrinária. De modo geral, se reconhece as dificuldades na articulação de um teste utilitário deste tipo a ser realizado pelas Cortes (DEVLIN; JACOBS, 2012), mas se trata de uma decisão em linha com considerações de eficiência que permeiam a doutrina há vários anos e que, como tal, goza de relativo apoio na academia.[16]

16 Nesse sentido, vide Heiner (2005) e Jacobson, Sher e Holman (2010).

4.3.3. *Allied Orthopedic Appliances Inc.* v. *Tyco Health Care Group*

Em 2010, a Corte Federal de Apelação do Nono Circuito analisou o caso *Allied Appliances Inc.* v. *Tyco Health Care Group*, no qual um grupo de hospitais alegava que a empresa *Tyco*, detentora de patentes em sensores e monitores que medem o nível de oxigenação no sangue, havia introduzido no mercado novas versões de seus sensores e monitores propositalmente redesenhados para gerar incompatibilidade com os sensores genéricos que estavam prestes a entrar no mercado em decorrência da aproximação da data de expiração da patente originária. Neste caso, a *Tyco* não comercializava seus sensores e monitores de maneira integrada, mas o fato de deter a posição dominante e de um só ser compatível com o outro acabava por configurar um caso de integração tecnológica, no qual tal incompatibilidade forçaria a negociação compulsória.

Declinando de qualquer análise que sopesasse os benefícios e possíveis efeitos negativos no mercado, sob o argumento que qualquer teste nesse sentido traria sérios problemas para a administração da Justiça em função da dificuldade de efetivá-lo, o Nono Circuito entendeu que a conduta sob análise não era predatória, posto que: (i) os novos produtos introduzidos pela *Tyco* de fato ofereciam melhorias em comparação às versões anteriormente disponíveis; (ii) estes novos produtos tiveram sua patente concedidas; e, finalmente, (iii) os produtos da *Tyco* coexistiam com outros sensores e monitores no mercado, de forma que o consumidor estaria livre para optar por equipamentos diversos ainda que a *Tyco* detivesse posição dominante.

A decisão do Nono Circuito parece adequada ao afastar o ilícito por haver competição real no mercado e a possibilidade de escolha pelos consumidores permanecer existindo independente da movimentação do agente dominante. Contudo, diversos doutrinadores expressaram preocupação quanto às considerações relativas a uma efetiva melhoria do produto, tendo em vista a dificuldade prática de se levar tal avaliação a cabo. O que, afinal, seria um produto "superior"? Aquele que o consumidor prefere, ainda que essa preferência se embase na percepção

do produto e não nas suas reais funcionalidades? Ou aquele que um expert técnico considere como melhor, ainda que não goze da preferência dos consumidores?[17]

O mais latente problema dessa lógica talvez seja, como bem aponta Pitofsky (2001), o fato de que qualquer evidência de melhoria afasta o ilícito, o que certamente faz cair por terra qualquer pretensão punitiva à uma integração tecnológica. Isso porque, o autor comenta, certamente há de haver um memorando interno indicando algo como "*Esta inovação é muito superior ao nosso atual produto*. "

Preocupante também é a aparente relevância que a decisão dá ao fato da *Tyco* deter patentes sobre as inovações introduzidas. Não é difícil apontar falhas em tal argumento. Dentre os requisitos à concessão de patentes, a melhoria de um produto não é um deles. Assim que a relação entre invenção protegida e melhoria introduzida no mercado não pode ser inferida a partir da existência de um registro válido.

Embora parte da doutrina condene a ausência de ponderação entre benefícios e efeitos negativos na posição do Nono Circuito e uma aparente permissividade da Corte ao encarar a existência de melhorias no produto como excludentes de ilicitude, fato é que o posicionamento do Nono Circuito reflete algumas vozes da doutrina que defendem a criação de uma regra de lícitude *per se* ou, ao menos, *quasi per se* para as integrações tecnológicas.[18]

4.3.4. *A Comissão Europeia e o Windows Media Player*

A Comissão Europeia analisou caso similar ao *Microsoft III* no ano de 2004, quando condenou a *Microsoft* por violação ao Art. 82(d) do Tratado da Comunidade Europeia. O caso envolveu o oferecimento

17 Allan Devlin e Michael Jacobs (2012, p. 12, tradução nossa), por exemplo, criticam a opção dos julgadores em "basear sua análise no fato da mudança de design ser superior. Muitos casos futuros certamente se deterão sobre a quão genuína ou relevante será uma inovação introduzida. Em circunstancias onde o fato e grau de uma suposta melhoria estejam sendo debatidas, a Corte não forneceu nenhuma diretriz implícita ou não sobre se a análise do antitruste deveria ser diferente".

18 Nesse sentido, vide Sidak (1981) e Easterbrook (1983).

conjunto, também com integração tecnológica, do programa *Windows Media Player* em conexão com o sistema operacional *Windows*.

Em sua análise, a Comissão aplicou um teste composto de quatro partes para aferir a existência de integração tecnológica ilícita: (i) deve haver dois produtos distintos, o principal e o secundário; (ii) o agente deve deter posição dominante no mercado do produto principal; (iii) o agente não dá ao consumidor a opção de adquirir os produtos separadamente; e, finalmente, (iv) deve haver fechamento real ou possível de mercado como consequência.

O teste articulado pela Comissão não inclui um passo similar ao da Corte do Distrito de Columbia no caso *Microsoft III* para apurar eventuais justificativas à conduta, o que vai em linha com a forma menos utilitarista com que a tradição europeia encara o regime de concorrência. Tal critério de análise foi, inclusive, discutido, mas acabou refutado pela Comissão, que concluiu só servir tal argumento para afastar a ilicitude se a conduta adotada fosse a única forma possível de se obter tais eficiências.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, a doutrina e jurisprudência sobre inovação predatória e, mais especificamente, sobre integração tecnológica é dispare e poucos são os elementos pacíficos em um emaranhado de vozes que mais do que expressar opiniões divergentes, muitas vezes o faz de modo diametralmente oposto. Ainda assim, algumas conclusões são passíveis de serem extraídas.

A primeira conclusão é de que nem toda integração tecnológica é ilícita e que sim, pode haver justificativas e benefícios atrelados à realização de tal conduta. Contudo, igualmente pode haver efeitos negativos no mercado que elevem injustificadamente os custos dos rivais, causem a exclusão de competidores ou aumentem as barreiras à entrada de novos agentes. Porque não se confundem com a exclusão conferida pelo monopólio legal da Propriedade Intelectual, representam uma extrapolação de tais direitos e justificam a intervenção do Antitruste.

A segunda assertiva é de que na análise das integrações tecnológicas a existência de direitos de Propriedade Intelectual tem menos relevância do que se poderia esperar. A existência de patente registrada jamais se prestará a justificar a exclusão de ilicitude baseada no exercício de direito de propriedade. Igualmente, a existência de tal registro não deve servir como indício de inovação benéfica ou melhoria real de um produto, uma vez que tal análise não é realizada pelo INPI (ou seus equivalentes mundo afora) nem representa requisito para a concessão de patentes ou desenhos industriais. Por fim, a existência de Propriedade Intelectual significa monopólio legal e não econômico, motivo pelo qual não pode gerar por si só presunção de poder de mercado na presença de substitutos.

A terceira e última assertiva é de que entre todos os modelos propostos pelas Cortes norte-americanas e Comissão Europeia até então, o teste de três passos no caso *Microsoft III* parece ser o mais adequado para dar conta deste fenômeno – e a palavra "parece" é intencional, tendo em vista que não foi levado a cabo no caso em comento nem empregados em nenhum outro desde então. Ainda assim é a abordagem mais equilibrada por ser a única a, verificados elementos como a existência de dois produtos (ou de demandas separadas), o poder de mercado e a inexistência de oferta em apartado, considerar um balanceamento entre eficiências e efeitos negativos da conduta no mercado, evitando assim cair numa permissividade que gere muitos falsos negativos (como o caso *Tyco*) ou, talvez pior, em uma demonização da prática que gere muitos falsos positivos e acabe por deter a inovação (como n a posição da Comissão Europeia).

Hovenkamp (2008, p. 227, tradução nossa) bem observa que na sociedade ocidental ciclos de maior ou menor confiança nos mercados resultam em menor ou maior intervenção estatal, e lembra que "*pelo fato dos economistas nem sempre serem sensíveis a essa longa e cíclica história, escrevem como se hoje nos finalmente tivéssemos as respostas corretas. "* O mesmo pode ser ditos dos juristas. Não poderia, portanto, a conclusão deste artigo ter pretensões à perenidade, verdade absoluta ou ao esgotamento do tema. Se lançar luz em alguns critérios para o tratamento do fenômeno na realidade hoje posta, terá cumprido seu objetivo.

REFERÊNCIAS

BASKIN, Josh. **Competitive Regulation of Mobile Software Systems**: Promoting Innovation Through Reforms of Antitrust and Patent Laws**.** *In: Hastings Law Journal*, vol 64, 2013.

BESEN, Stanley M. FARELL, Joseph. **Choosing How to Compete:** Strategies and Tactics in Standardization. *In: The Journal of Economic Perspective*, vol. 8, nr 2, 1994.

BRANCHER, Paulo. **Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual**: Da inovação tecnológica ao abuso de poder. São Paulo: Editora Singular, 2010.

CUEVA, Ricardo Villas Boas. **A Proteção da Propriedade Intelectual e a Defesa da Concorrência nas Decisões do CADE**. *In: Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, 2009.

DEVLIN, Allan. JACOBS. Michael. **Anticompetitive innovation and the quality of invention.** In*: Berkley Technology Law Journal*, vol 27, nr 1, 2012.

EASTERBROOK, Frank H. **Predatory Strategies and Counterstrategies.** In: University of Chicago Law Review, vol. 48, 1981.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do antitruste.** 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HEINER, David A. **Assessing Tying Claims in the Context of Software Integration**. *In University of Chicago Law Review*, vol. 72, iss. 1, 2005.

HOVENKAMP, Herbert J. **Federal antitrust Policy:** The law of competition and its practice. 4ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2011.

———. **The Antitrust Enterprise:** Principle and Execution. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

———. **The Intellectual Property-Antitrust Interface**. *In: University of Iowa Legal Studies*, nr 46, 2008

JACOBSON, Jonathan; SHER, Scott; HOLMAN, Edward. **Predatory Innovation**: An analysis of *Allied Orthopedic v Tyco* in the context of Section 2 jurisprudence. *In: Loyola Consumer Law Review*, vol. 23, nr 1, 2010.

PITOFSKY, Robert. **Challenges of the New Economy:** Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property**.** *In: Antitrust Law Journal*, nr 68, 2001.

POSNER, Richard A. **Antitrust law.** 2ª edição. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

———. **Intellectual Property:** The Law and Economics Approach. *In: Journal of Economic Perspective*, vol. 19, nr 2, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: As condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHANZENBACH, Max. **Network Effects an Antitrust Law:** Predation, Affirmative Defenses and the case of US vs Microsofr. *In*: *Stanford Technology Law Review*, vol 4, 2002.

SCHUMPETER, Joseph. **Socialismo, capitalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SIDAK, Joseph Gregory. **Debunking Predatory Innovation.** *In: Columbia Law Review*, vol. 83, nr 5, 1983.

SULLIVAN, Lawrence A. **Is competition Possible in High Tech Markets?**. *In: Case Western Reserve Law Review*, vol. 52, nr 1, 2001.

———. GRIMES, Warren S. **The law of antitrust**: an integrated handbook. 2ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2006.

OBRA RADIODIFUNDIDA E COMUNICAÇÃO PÚBLICA

Autora: Maria Victória Rocha[1]
Instituição: Universidade Católica Portuguesa

Resumo: O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STJ, que considerou que a aplicação de várias colunas de ampliação de som a um televisor que difundia música num local público, um bar, não configura nova utilização da obra transmitida, pelo que o seu uso não carece de autorização do autor da mesma, não integrando o crime de usurpação, padece de numerosos vícios, reflectindo, entre outros, uma grave desconsideração do Direito Comunitário e dos Tratados Internacionais a que Portugal está vinculado, não atende às especificidades da era digital e revela um entendimento absurdo do que denomina comunicação pública da obra radiodifundida. Entendemos e fundamentamos no presente artigo que a recepção da obra em lugar público ou aberto ao público, onde a comunicação operada pelo aparelho receptor terá uma utilização alargada e servirá de apelo ou incentivo à frequência de clientes, requer a autorização do autor ou da sociedade de gestão colectiva que o represente, devendo ser remunerada. A autorização para a emissão não compreende a autorização para a comunicação pública, pois são suas formas de exploração diversas. O Estado português sujeita-se a ser demandado pela UE pela violação de princípios comunitários básicos.

Palavras-chave: Acórdão; Acórdão Uniformizador de Jurisprudência; Radiodifusão; Comunicação pública; Comunicação privada; Jurisprudência; Obra radiodifundida; STJ.

1 Maria Victória Rocha, Professora Auxiliar da Universidade Católica, Escola de Direito do Porto e membro do Católica Research Centre for the Future of Law - Centro de Estudos e Investigação em Direito.

1. A QUESTÃO FIXADA NO ACÓRDÃO UNIFORMIZADOR DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Nº 15/2013[2]

O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (doravante designado por STJ) fixou a seguinte jurisprudência: **" A aplicação, a um televisor, de aparelhos de ampliação de som, difundido por canal de televisão, em estabelecimento comercial, não configura nova utilização da obra transmitida, pelo que o seu uso não carece da autorização do autor da mesma, não integrando o crime de usurpação previsto nos artigos. 149º, 195º, e 197º CDADC**".

A fixação de jurisprudência pelo STJ, embora não crie um precedente judiciário, contribui fortemente para uma certa orientação da jurisprudência nacional. É tirado um Acórdão Uniformizador, em Processo Penal, quando há Acórdãos contraditórios, ou seja, quando um tribunal superior (da Relação ou STJ), num caso idêntico e com a mesma legislação, decida de forma diversa. Da decisão contrária a um Acórdão Uniformizador cabe recurso directo até ao STJ. Ou seja, o STJ pode ser sempre chamado de novo a pronunciar-se sobre a questão, mantendo a jurisprudência fixada ou modificando-a. No entanto, este recurso extraordinário só é obrigatório no caso dos Tribunais da Relação, quando não caiba recurso ordinário para o STJ e o Acórdão da Relação esteja em contradição com jurisprudência fixada pelo STJ. Existe um dever que impende sobre o Ministério Público, mesmo quando não seja parte na causa, de interpor o recurso extraordinário de fixação de jurisprudência, sendo de impulso obrigatório. Pode ser também interposto pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis. O recurso extraordinário de fixação de jurisprudência pressupõe o trânsito em julgado do Acórdão contraditório (cfr. artigos 437º a 448º do Código de Processo Penal).

No caso em análise, existiam Acórdãos opostos perante a mesma legislação e situações de facto idênticas. Impunha-se fixação de

2 (Proc. nº 124/11.9GAPVL.G1-AS1-3ª Secção), publicado no Diário da República, 1ª Série, nº 246, de 16 de Dezembro, de 2013.

jurisprudência para efeitos criminais. O que não nos parece é que tenha sido a melhor, antes pelo contrário.

Os Acórdãos em oposição eram os seguintes:

- O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 7-01-2013 (Acórdão recorrido) considerou que, havendo radiodifusão de obras via televisão num bar, não havia crime de usurpação, com o fundamento de que à recepção do sinal não se seguia uma transmissão potenciadora de uma nova utilização ou aproveitamento organizado da transmissão original da obra musical, nada retirando ou acrescentando à obra em si. Concretizando, entendeu o referido Acórdão que as colunas que foram acopladas ao aparelho de televisão serviram apenas para ampliar e melhorar o som, tornando-o uniforme no espaço para todos os clientes. A situação foi considerada de simples recepção, em lugar público, de emissão de radiodifusão, não dependendo de autorização dos autores das obras, nem lhes atribuindo o direito à remuneração previsto no artigo 155.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (doravante designado por CDADC). O Tribunal entendeu não estarem verificados os elementos típicos do crime de usurpação.

- O Acórdão do mesmo Tribunal da Relação de Guimarães, de 2-07-2007 (Acórdão fundamento), numa situação idêntica, considerou que estava verificado o crime de usurpação, porque o arguido não se limitara a receber o sinal, mas havia modelado, encaminhado e direccionado o mesmo, dividindo-o por 4 colunas de som ligadas ao televisor, transformando-se em emissor sem autorização, cometendo, desta forma, o crime de usurpação.

A questão em discussão é a de saber se num estabelecimento público (no caso, bar) a ligação a um aparelho de televisão de colunas de som, com a finalidade de amplificar o som por todo o estabelecimento, depende de autorização do autor e de pagamento da respectiva remuneração. Caso a resposta seja afirmativa, o responsável incorre no crime de usurpação, previsto no artigo 195º CDADC, uma vez que não existe autorização do titular de direitos de autor, nem de qualquer entidade de gestão que o represente. Sendo a resposta negativa, estará afastada a necessidade de autorização e pagamento e, por consequência, o crime em causa.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE RADIODIFUSÃO, OBRA RADIODIFUNDIDA E COMUNICAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO PORTUGUÊS: QUERELAS DOUTRINAIS E DIVERGÊNCIAS NA JURISPRUDÊNCIA

A este respeito, existem duas posições em Portugal, com algumas cambiantes, desde 1992, muito bem sintetizadas na Recomendação do Provedor de Justiça nº4/B/2002, sobre direitos de autor e recepção, em estabelecimentos abertos ao público, de emissões de rádio ou de televisão, que seguiremos de perto[3].

2.1. MERA RECEPÇÃO?

A primeira doutrina surgiu no Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (PGR) n.º 4/92, de 28 de Maio de 1992

3 A Recomendação foi precedida de posição de um antecessor do Ministro da Cultura a quem é dirigida, por intermédio da Secretária de Estado, Dra. Catarina Vaz Pinto, tendo o processo, nesse caso, sido instruído pelo, então denominado, Gabinete de Direito de Autor, onde se destaca a Informação nº 61/GDA/99 (Ofícios nº1501 de 10-12-1999 e nº 581, de 21-03-2000). Para além da Informação referida, o Provedor de Justiça dá conta da recepção de muitas queixas por parte de pequenas unidades de restauração, da audição do, então, Presidente da Sociedade Portuguesa de Autores, Luiz Francisco Rebello, tudo agravado pela incerteza da existência de crime, motivada pelas duas correntes em referência. Nessa Informação (de Nuno Gonçalves) são referidas as duas orientações em exposição, embora o seu teor seja no sentido favorável à exigência de autorização e remuneração, tal como defende a Sociedade Portuguesa de Autores e a Passmúsica (esta última, em matéria de Direitos Conexos). O Provedor atendeu também às comunicações que lhe foram dirigidas pela Associação de Consumidores de Portugal e pela Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores (CISAC). Cfr. Exposição de Motivos. Recomendação referida. Em termos penais, o Provedor dá conta da falta generalizada de condenação, por os arguidos agirem por erro desculpável, em função das incertezas doutrinais, da legislação pouco clara e das informações contraditórias que lhes são fornecidas pelas entidades que os representam (exemplo: Entidades de Gestão ou Confederação do Comércio Retalhista Português). Em termos cíveis, os montantes pagos são diversos, consoante a orientação jurisprudencial dos Tribunais da Relação, podendo nem existir, dado o seu exíguo montante (princípio da proporcionalidade, no sentido de que as questões têm que ter um mínimo de gravidade), ou não ser concedidos por adesão à primeira tese referida. Esta disparidade de tratamento coloca em causa o bom funcionamento da justiça em Portugal.

(publicado em 16-03-1993), e é sustentada por um sector minoritário da doutrina nacional (em que se incluem Oliveira Ascensão[4] e Sá e Mello[5])

Assenta no princípio da liberdade de recepção das emissões, ou seja, na consideração de que a livre recepção é um princípio universal, pelo que a mera recepção de transmissões radiofónicas ou televisivas, mesmo que em lugar público ou aberto ao público, sem uma acção autónoma visando a transmissão ao público das emissões radiodifundidas, não constitui comunicação pública das obras radiodifundidas, para efeitos de preenchimento da previsão dos tipos legais de crime mencionados.

Para haver um acto de transmissão distinto da mera recepção, é necessário que exista uma acção especificamente vocacionada para esse objectivo, traduzida, nomeadamente, no emprego de dispositivos técnicos suplementares aos dos aparelhos de recepção. O artigo 149º, nº2 CDADC,

4 OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *Direito de Autor*, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, última reimpressão em 2012, pp. 301-302 e 310-312. Na linha do Parecer 4/92, considera que o princípio fundamental em causa é o princípio da liberdade de recepção, de outro modo haveria uma dupla cobrança na fonte e no destino (ao autorizar para emitir e ao cobrar/ou autorizar para comunicar a emissão). A recepção é livre, quer seja privada, quer pública. Para o autor, a mera recepção é sempre uma forma de transmissão, seja precedida ou não de uma radiodifusão. Se houve, trata-se de uma "recepção-transmissão" (p. 310). A emissão de radiodifusões é livre, mas se alguém comunicar a emissão de rádio através de altifalantes ou outro instrumento de transmissão está a fazer uma nova utilização, pelo que atinge o direito patrimonial de autor. "Mas é sempre uma transmissão que está em causa e não a mera recepção" (p. 311). O autor não autonomiza o acto de comunicação no artigo. 68, nº2, alínea e), incluindo-a na referência à comunicação efectuada por outro organismo que não o de origem. Também não considera que o artigo 11 *bis,* 1, 3º se imponha aos Estados-Membros da União. Partindo deste princípio, que reputa universal, da liberdade de recepção, o autor considera que a recepção em hotéis, meios de transporte e outros locais públicos é livre. No entanto, há que distinguir o que é recepção do que já é comunicação pública. Se o hotel se limita a proporcionar a recepção, o acto é livre, todavia, a resposta é diversa quando recorre a processos técnicos que permitam uma outra utilização porque, nessa hipótese, a recepção já recebe um novo impulso, sendo, ela própria, transmitida através de altifalantes ou aparelhos análogos. Acrescenta que este sistema basta para atingir as situações em que uma emissão radiodifundida é tornada, ela própria objecto de um espectáculo. Mas menciona este facto como exemplo, não como uma necessidade Numa interpretação muito própria, que coloca em contradição o art.68º,nº2 e o artigo 149º, 2 com o artigo 155º, acrescentando, sem mais, que o artigo 55º consagra um regime especial, OLIVEIRA ASCENSÃO conclui que deve prevalecer este último artigo, pelo que no nosso Direito, a haver, a comunicação pública não carece de autorização, mas consiste num direito de simples remuneração (p. 313).

5 *Vide* Parecer referido na nota 2 do Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República 4/92.

deve ser conjugado com o artigo 155º (que atribui ao autor o direito a uma remuneração pela comunicação pública da obra através de altifalante ou instrumento análogo transmissor) e com o artigo 151º (sobre instalação dos instrumentos necessários para a transmissão no lugar onde deva realizar-se a radiodifusão ou comunicação prevista no artigo 149º)[6]

A recepção pública da obra apenas constituirá um acto de comunicação quando pressuponha nova utilização ou aproveitamento organizados, através de processos técnicos diferentes dos que integram o próprio aparelho receptor, como, a título exemplificativo, altifalantes ou instrumentos análogos, transmissores de sinais, sons ou imagens.

Esta doutrina tem como corolário a oposição à aplicação directa do art.11 *bis* n.º1, 3º da Convenção de Berna, alegando tratar-se de uma mera imposição de legislar, que confere aos Estados-Membros larga discricionariedade na transposição para os seus ordenamentos jurídicos.

2.2. NOVO ACTO DE COMUNICAÇÃO PÚBLICA?

A segunda posição baseia-se numa interpretação literal do disposto nos artigos 68º, nº2, alínea e), 149º, nºs 2 e 3 CDADC, e do artigo 11 *bis* nº 1, 3º da Convenção de Berna. A remuneração da obra fica fora da discricionariedade concedida aos Estados e prevalece a Convenção sobre o Direito interno ordinário desconforme, nos termos do disposto no artigo 11 *bis*, 1, 3º da Convenção de Berna e do artigo 8º, nº2 da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Para além da interpretação literal das normas em causa (nomeadamente, da definição constante do artigo 149º, nº2 CDADC, bem como da sua articulação com o artigo. 108º, nº2, do mesmo), esta posição assenta na ausência de distinção entre comunicação ao público e recepção, sempre que esta tenha lugar de modo a ser acessível ao público. Não existe mera recepção.

6 O Decreto-Lei (DL) mencionado no Parecer, nº 42 660, de 20 de Novembro de 1959, foi revogado pelo Decreto-Lei 315-95, de 28 de Novembro.

É considerada artificial a distinção entre meios de transmissão (de sons, imagens ou sinais) próprios do aparelho receptor e os que lhe são alheios ou adicionais. O aspecto central é a distinção entre recepção em lugar privado (em ambiente familiar ou semelhante), onde a comunicação operada pelo aparelho tem sempre por destino um círculo restrito, e recepção em lugar público ou aberto ao público, onde a comunicação terá uma utilização alargada e servirá de incentivo à frequência de clientes. Esta segunda posição, a favor da exigência de autorização e remuneração, nos casos de comunicação em lugar público ou aberto ao público, é dominante na doutrina nacional. Neste sentido, Rebello fez vários estudos sobre o tema e foi coordenador do livro referido em nota, *Comunicação p*ública de emissões de rádio e televisão, onde se incluem, além de uma introdução pelo autor mencionado, o Parecer nº 4/92 e o anterior Parecer contrário nº 35/69, de 8 de Agosto de 1969, da própria Procuradoria-Geral da República, três pareceres contrários ao Parecer nº 4/92, de Palma Carlos, de Ferrer Correia e Almeno de Sá, e de Maria Pereira, a reacção internacional adversa gerada, traduzida numa carta da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), numa Resolução e num Parecer da CISAC e numa carta do Groupement Européen des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (GESAC), bem como uma dezena de decisões jurisprudenciais desfavoráveis ao Parecer nº 4/92. Também Dietz fez um notável Parecer sobre esta questão, que considera "artificial e insustentável"[7]. A própria doutrina do Parecer nº 4/92 foi desautorizada pela Informação acima mencionada, emanada do, então, Gabinete do Direito de Autor, de 6 de Dezembro de 1999. Hoje em dia, acrescentamos aos defensores do direito de comunicação pública de obras radiodifundidas, com base nos argumentos expostos, Menezes Leitão[8],bem como nós próprios.[9]

7 DIETZ, Adolf, Parecer relativo à questão da comunicação de emissões de rádio e televisão em locais públicos, estabelecido para Sociedade Portuguesa de Autores, Lisboa, Maio de 1955.

8 MENEZES LEITÃO, L.M. TELES de, *Direito de Autor,* Coimbra, Almedina, 2011, pp. 127-128 e nota, com referência a um Acórdão Comunitário adiante referido (Rafael Hoteles) e a Acórdãos italianos que consagram esta doutrina, bem como o exposto nas pp. 229-302. O autor apenas refere os Acórdãos em causa e a sua adesão e esta posição, sem expor outros argumentos.

9 Cfr. REBELLO, Luiz Francisco, "Direito de Autor e comunicação pública de emissões de rádio e televisão", *FC, Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXX, Coimbra, 1994; REBELLO, Luiz Francisco (Coord.), *Comunicação pública de emissões de rádio e televisão,* Lisboa, SPA/Dom Quixote, 1993.

A doutrina e jurisprudência são também dominantes a nível internacional na interpretação da Convenção de Berna, e foi esta a tese acolhida pela Comissão Europeia, em 11 de Dezembro de 1998, no sentido de propor, junto da Organização Mundial do Comércio (OMC), uma acção contra os EUA, visando a eliminação do obstáculo ao comércio livre que considerou existir, por força da secção 110, § 5º, do *Copyright Act*, dado que a norma em causa consagrava algumas excepções à proibição da comunicação pública da obra radiodifundida, em casos como cafés e restaurantes, mediante o preenchimento de certas condições, violando o disposto no artigo 11 *bis* da Convenção de Berna[10]. É igualmente apontado, pelos defensores desta posição, o Parecer do Conselho Consultivo da própria Procuradoria-Geral da República anterior ao nº 4/92, o Parecer n.º 35/69, de 31 de Julho de 1969[11].

3. CRÍTICAS

A jurisprudência ora uniformizada, para além de outras críticas em que não nos podemos alongar, por falta de espaço (ex.: citações longas, inúteis e imprecisas; consideração de que a teoria da recepção é um dado adquirido, tentando, a todo o custo, enquadrar tudo nessa teoria, quando a nível nacional e internacional se passa o oposto), merece-nos algumas mais severas.

3.1. A INTERPRETAÇÃO *SUI GENERIS* DA TEORIA DE MERA RECEPÇÃO, COM SUPRESSÃO DO DIREITO DE COMUNICAÇÃO PÚBLICA

O STJ baseia a sua argumentação na teoria da livre recepção. Todavia, não se fica por aqui. O facto de não haver uma mera recepção, sequer, pois que foram acopladas colunas ao televisor para este difundir e ampliar o som por todo o estabelecimento, não impressionou o Tribunal

10 Cfr. Recomendação da Procuradoria cit., texto e notas 7 a 10., em especial esta última, onde é referido o JOCE, nº L 346/60, de 22-12-98.

11 Cfr. REBELLO, Luiz Francisco (coord.), *op. cit.*, pp. 75-92.

que não considerou passar a haver uma atitude activa, transformadora da mera recepção numa forma de nova transmissão, por esse facto. No seu entendimento amplo de mera recepção, basta que não tenha sido adulterada a forma de utilização da obra transmitida para não haver comunicação pública. Para o STJ, a distinção entre mera recepção e reutilização da obra implica sempre que a transmissão acrescente, modifique ou inove[12]. Só desse modo faz sentido atribuir aos titulares de direitos *royalties.*

A difusão em cafés, bares abertos ao público em geral, sem obrigação de pagamento de entradas, traduz-se em actos de mera recepção. Mesmo que a recepção de certos programas televisivos possa, ocasionalmente, ser uma forma de atracção de clientela, normalmente apenas serve os clientes habituais, para quem não é atractivo particular. As colunas de som, só por si, não produzem qualquer função nova, apenas melhoram a captação do som. Trata-se de uma situação enquadrada no mero plano da recepção da radiodifusão e, desse modo, livre.

Não há uma qualquer alteração através desta modificação por estes meios técnicos, de forma a produzir um "efeito visual ou sonoro espectacular, para criar uma encenação que a mera recepção do programa radiofundido não provocaria. Já será diferente quando a recepção é convertida num espectáculo, organizado em estabelecimentos públicos, em torno de eventos desportivos ou musicais, haja ou não entradas pagas, mas publicitado, eventualmente com arranjo ou decoração especial do espaço, tudo para obter uma audiência mais alargada do que aquela que normalmente acorreria ao estabelecimento. Nesta hipótese, já se abandona o plano da simples recepção para se invadir o da criação de um espectáculo, ainda que tendo na base a captação de um programa televisivo. Há uma "organização" e uma "encenação" que alteram a normal recepção do programa. Por isso, estamos já no plano da *comunicação pública*, que deve ser paga.[13]"

Curiosamente, após estas afirmações, e contradizendo a tese da mera recepção, diríamos, exacerbada, em que se baseia o Acórdão, o STJ

12 Ac. STJ, p.6827
13 Ac. STJ, p. 6827

vem afirmar que aceita a mesma solução, de existência de um novo acto de comunicação, quando se tratar daquilo que se denomina "recepção multiplicada[14]". Exemplifica com o que acontece nos estabelecimentos hoteleiros, em que a recepção é distribuída nos quartos e salas comuns. Trata-se de um serviço extra prestado pelo hotel aos hóspedes, o que implica poder atrair clientela e lucros, constituindo uma reutilização da obra[15].

De entre as várias formas de exploração económica mencionadas no artigo. 68º, no nº1, 2, e) estão as diversas formas de difusão e comunicação pública da obra. No conceito de difusão incluem-se: "a difusão pela fotografia, telefotografia, televisão, radiofonia, ou por qualquer outro processo de reprodução de sinais, sons, imagens e a comunicação pública por altifalantes ou instrumentos análogos, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras ópticas, cabo ou satélite, quando essa comunicação for feita por outro organismo que não o de origem"

O Decreto-Lei nº 333/97, de 27 de Novembro, que transpôs a Directiva 93/83/CEE, do Conselho, de 27 de Novembro de 1993, regula detalhadamente o direito exclusivo de autorizar a difusão e comunicação pública da radiodifusão por satélite e cabo[16].

A obra radiodifundida, de acordo com o nº1 do artigo 21º CDADC traduz-se na obra "…que foi criada segundo as condições especiais da utilização pela radiodifusão sonora ou visual, e, bem assim, as adaptações a esses meios de comunicação de obras originariamente criadas para outra forma de utilização".

De acordo com o princípio fundamental da independência das formas de exploração, que, aliás, consta do nº4 do artigo 68º CDADC, emissão e comunicação pública são formas de exploração diversas e a

14 *Idem, ibidem*

15 *Idem, ibidem*

16 Em pormenor, sobre a história e conceitos de radiodifusão, CORDEIRO, Pedro, *Direito de Autor e Radiodifusão. Um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital,* Coimbra, Almedina, 2004. Mais sucintamente, REBELLO, Luiz Francisco, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, Lisboa, Âncora, 2002, pp.205-206, anotação ao artigo. 149º CDADC.

autorização para uma não implica autorização para a outra. Este princípio fundamental nunca se encontra mencionado no Acórdão do STJ. Aliás, é completamente esquecido. Para a comunicação pública merecer protecção tem que deixar de o ser, ou seja, a obra tem que ser modificada, transformada em algo diverso.

O STJ vai muito mais longe do que Oliveira Ascensão, que exige um acto de intervenção, não o qualificando. Na curiosa interpretação do STJ, a obra difundida tem que se transformar numa obra diversa, ou seja, parece que tem que ser exercido o direito de modificação ou transformação para que a obra se considere de novo comunicada. Convenhamos que se trata de um exagero inaceitável a roçar o absurdo. É caso para questionar onde fica o direito de comunicação pública nas hipóteses de radiodifusão. O STJ parece suprimi-lo por completo do elenco das formas de exploração previstas no artigo 68º CDADC.

3.2. AS TRÊS FORMAS DE EXPLORAÇÃO DECORRENTES DA RADIODIFUSÃO.

O artigo 149º CDADC consagra três formas exclusivas de exploração relacionadas com a radiodifusão: a autorização para a emissão de origem; a autorização para efectuar a retransmissão quando efectuada por organismo diverso; a autorização para a comunicação das emissões radiodifundidas em local público (também designada como "exploração secundária de uma emissão primária"[17]).

A Convenção de Berna, a que Portugal está vinculado, prevê separadamente estes três modos de exploração em cada alínea do artigo 11 *bis*. O CDADC reúne as duas primeiras no nº1 do artigo 149º e coloca a terceira no nº2 do mesmo artigo. Como salienta Rebello, o elemento textual reforça este entendimento. Quer o artigo 149º, nº 2, quer o artigo 155º CDADC, utilizam o advérbio "igualmente", a propósito da remuneração correspondente a esta modalidade[18].

17 REBELLO, Luiz Francisco, Código anotado, p. 206, em anotação ao artigo. 149º.
18 Comentário cit., p. 207.

Só será necessária a autorização e devida remuneração nas hipóteses em que a comunicação da obra radiodifundida ocorra em lugar público, nos termos dos artigos 108º e 149º nº3 CDADC. "Público" é todo todo o local "a que seja oferecido acesso, implícita ou explicitamente, mediante remuneração ou sem ela, ainda que com reserva declarada do direito de admissão". O artigo 108º CDADC, a propósito da representação cénica, manda aplicar a todas as formas de comunicação o princípio de que só a representação que se realize sem fim lucrativo e em privado, num meio familiar, não depende de autorização do autor.

Conjugando as duas normas, o acto de comunicação pública, previsto no nº2 do artigo 149º CDADC abrange todas as comunicações de uma emissão de rádio ou televisão, desde que realizada fora do domicílio privado do cidadão, fora do seu "lar familiar", noção que inclui os parentes, afins e convidados[19].

Hoje, devido à era digital e à possibilidade de aceder a qualquer obra a partir de um local, que pode ser o lar familiar, deverá considerar-se como comunicação pública a *comunicação on demand*. (por exemplo, aluguer de um filme a partir de casa, clicando na *box* do televisor a opção). O conceito de público deixou de implicar a existência de uma pluralidade de pessoas, para se alargar ao acesso, no momento desejado, à obra radiodifundida, a partir do local e no momento escolhido, mesmo que se esteja só (este aspecto, contudo, nem sequer é referido no Acórdão em análise, mas decorre dos Tratados OMPI de 1996 e da Directiva sobre Sociedade da Informação[20]).

3.3. FALSA QUESTÃO DOS ALTIFALANTES

A questão dos altifalantes é uma não questão. A ampliação do som por altifalantes, que o próprio Oliveira Ascensão considera reutilização[21], só faz sentido no ambiente analógico. Com o advento da digitalização, os

19 *Idem, ibidem*

20 Directiva nº2001/29, relativa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação, artigo 3º. No mesmo sentido, MENEZES LEITÃO, L. M., Teles de, *op. cit.,* p. 127.

21 *Op. cit*., p. 311.

televisores e rádios, em regra, têm colunas bem mais potentes e fidedignas do que os altifalantes que, aparentemente, parecem fazer toda a diferença. A norma onde são referidos tem que ser interpretada de forma actualista e extensivamente ou, para quem seja mais restritivo, por analogia, para se adaptar à Sociedade da Informação O STJ continua a fazer a interpretação da lei como se não vivêssemos na era digital.

3.4. VIOLAÇÃO DO PRIMADO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E DO DIREITO INTERNACIONAL (EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDADE)

O Acórdão em análise reflecte uma grave desconsideração pelas Directivas e Acórdãos do TJUE, ou seja, pelo Direito da União Europeia (EU) a que estamos vinculados e faz tábua rasa do objectivo Comunitário da elevada protecção dos autores, com a consequência de Portugal poder vir a ser demandado pelas Instâncias Internacionais por incumprimento.

O STJ continua a decidir como se não estivéssemos sujeitos aos Princípios do Primado do Direito da EU, ao Princípio da Interpretação Conforme, e como se os Acórdãos Comunitários não nos vinculassem, não constituíssem Precedentes.

Vai ainda contra os Tratados Internacionais a que se vinculou.

Nas hipóteses em que vai frontalmente contra a jurisprudência Comunitária, apenas remete para uma nota, referindo, por exemplo, o Acórdão Comunitário como decidindo em sentido contrário (cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 04-10-2011, procs. nº 403/08 e 429/08), sem se importar com as consequências nefastas daí decorrentes. Há uma posição deliberada no sentido de violar o referido Princípio do Primado do Direito Comunitário e o Princípio da Interpretação Conforme, quando o STJ não poderia ignorar que os Acórdãos Comunitários constituem Precedentes que o Direito nacional deve respeitar. Na dúvida, deveria ter havido recurso ao reenvio prejudicial[22].

22 Cfr. em detalhe, HARTLEY, T.C., *The Foundations of European Union Law,* 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, pp.318-319.

As normas Comunitárias e acolhidas por Tratados que Portugal ratificou têm dignidade constitucional, pelo que a sua violação, bem como a violação dos Acórdãos do Tribunal de Justiça da União, que são verdadeiros precedentes, parecem ferir o Acórdão do STJ de inconstitucionalidade.

O Acórdão do STJ violou a Convenção de Berna, o Tratado A-ADPIC (artigo 9º), que manda respeitar a Convenção de Berna, nomeadamente o artigo 11 *bis* e o Tratado OMPI de 1996 (que também remete para o artigo 11 *bis* (art.4º). Todavia, a eventual inconstitucionalidade, por desrespeito pela ordem imposta pelo artigo 8º CPR, não pode ser invocada, uma vez que não foi violada por uma norma, mas por uma decisão judicial. Os Acórdãos Uniformizadores de Jurisprudência não são fonte de Direito (ao contrário dos anteriores Assentos).

Nesta matéria, são essenciais os Acórdãos Comunitários do Processo C-306/05, de 7-12-2006 (Acórdão Rafael Hoteles)[23], dos Processos nºs 403/08 e 429/08, de 4-10-211 (Premier League, que o STJ expressamente refere como contrário à sua posição), do Processo C-162/10, de 15-12-2012 (Acórdão PPL), e do recente Processo C-351/12, de 27-02-2014, que aplicou a mesma solução adoptada para os hotéis aos estabelecimentos termais, não obstante os utilizadores poderem permanecer nestes por períodos de tempo mais alargados e por razões de saúde, processo que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial sobre o tema apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Krajský soud v. Plzni (República Checa).

Curiosamente, tratando-se de actos de radiodifusão em quartos de hotel ou em salas de hotel, o STJ muda por completo a sua posição, já não exige qualquer transformação da obra e basta-se com a mera recepção pública, por se traduzir numa prestação de serviços que são proporcionados aos sucessivos frequentadores dos estabelecimentos

23 Inclusive, quanto aos quartos de hotel, a questão esteve longe de ser linear, pois que se discutiu se os quartos não deveriam ser considerados como situações de arrendamento com mobília, funcionando as emissões radio televisivas como num espaço privado (cfr Acórdão Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v. Rafael Hoteles SA, Processo C-306/05, objecto de reenvio prejudicial, acima referido). Cfr., entre outros, ROBLES LATORRE, P., "El fluctuante y proceloso tema de la jurisprudência sbore el derecho de comunicación pública en las habitaciones de los hoteles", O'CALLAGAHN, Xavier (coord.), *Los Derechos de Proiedad Intelectual en la obra audiovisual,* Madrid, Dickinson, 2011, pp. 91-97.

hoteleiros, implicando tal prestação um lucro. Nesta hipótese respeita a jurisprudência Comunitária, em aberta contradição com tudo o exposto antes. Basta-se com aquilo que apelida de mera recepção.[24]

3.5. A GRAVIDADE DA SITUAÇÃO CRIADA PARA AS ENTIDADES DE GESTÃO

A solução do STJ, para as sociedades de gestão colectiva, implica uma diminuição substancial de receitas, pois que a cobrança era habitual. Agora, os tribunais consideram que a mera presença de rádio ou televisão em locais como restaurantes, cafés, salas de espera, não está sujeita a autorização ou pagamento de remuneração aos autores (*i.e.*, sociedades que os representam), ainda que a esses aparelhos sejam acrescentadas colunas e outros aparelhos. Os despachos de arquivamento são constantes. No entanto, uma *"remuneração equitativa"* será devida quando à recepção de música ou vídeo num estabelecimento comercial se segue uma *"organização"* e *"encenação"* em torno dessa recepção que a permite equiparar a um espectáculo/comunicação pública. Quanto à definição do que se entende por *"remuneração equitativa"* está longe de ser uma questão dada como assente.

O Acórdão em análise coloca em causa a situação das entidades de gestão quanto aos compromissos assumidos com as suas congéneres estrangeiras. A Sociedade Portuguesa de Autores (SPA) teve que reagir, enfatizando este aspecto, para além da já referida contradição em que o

24 Embora o lucro não devesse ser critério a ter em conta, porque, em bom rigor, o que interessa é que haja uma nova exploração da obra, independentemente de dar prejuízo (imagine-se. um contrato de edição, em que à *forfait* é pago um montante avultado e a obra vem a ser considerada um *flop*; o direito de sequência, exercido na revenda de obra de arte por preço inferior ao adquirido; um espectáculo teatral ou cinematográfico que se revela um fracasso). Cada exploração é independente, implica autorização (se for um direito exclusivo) e direito a *royalties*, haja ou não lucro. A ideia de lucro foi entrando lentamente nesta área específica, mesmo na jurisprudência Comunitária, talvez como forma de "anestesiar" os donos de estabelecimentos mais revoltados com a necessidade de pagamento, em particular, quando o pagamento passou a ser também exigido pelas entidades colectivas defensoras de Direitos Conexos (cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça da União de 7-03-2013 -Acórdão TV Catchup). Aliás, nos hotéis de 3 estrelas ou mais, entre nós é obrigatória a existência de televisores nos quartos (*Vide* Portaria nº 327/08, de 28 de Abril, Anexos I, II e III).

nosso país fica colocado em face da doutrina e jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, sustentada nas Directivas já transpostas para o ordenamento jurídico nacional e que Portugal está obrigado a cumprir, considerando que é patente a responsabilidade do Estado português neste caso, com as necessárias consequências, indicando a sua intenção de tomar medidas nesse sentido, ou a possibilidade de as suas congéneres estrangeiras, ou o grupo que as apoia, o fazerem, dado que grande parte dos montantes cobrados se destina a titulares de direitos estrangeiros, nomeadamente em matéria de música. Mantém ainda a sua firme posição de continuar a actuar como até hoje, exigindo os pagamentos

A Sociedade Portuguesa de Autores foi apoiada por muitas sociedades europeias congéneres, centenas de cooperadores, bem como da GESAC[25].Os apoios recebidos são um dos incentivos para as acções a desenvolver pela SPA junto das instâncias judiciais da União Europeia.

A Passmúsica, embora não directamente atingida por este Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, que apenas se refere às obras e não às prestações dos titulares de direitos conexos, vem sendo indirectamente afectada por despachos de arquivamento que remetem para o Acórdão causa. Por esse facto, optou por levantar as diversas posições criticáveis no Acórdão em todos os processos em que participa. Sempre que possível, recorre ao reenvio prejudicial. Adianta que os despachos de arquivamento se tornaram uma constante de que permanentemente recorre[26].

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluímos que o Acórdão do STJ padece de numerosos vícios. A mera recepção de obras radiodifundidas é uma realidade inexistente. A autorização para emissão não abrange a autorização para a comunicação pública, pois que são duas formas de exploração independentes, não fazendo sentido violar o Princípio basilar do Direito de Autor (e dos Direitos Conexos) da independência das formas de exploração, ainda

25 Cfr *site* da Sociedade, in www.spautores.pt., consultado em 12-02-2014.
26 Informação obtida de um representante da Passmúsica, em 9-04-2014.

mais na era digital. A referência a altifalantes é uma falsa questão, pois que os televisores e rádios têm colunas que difundem com muito mais qualidade e amplitude, razão pela qual o artigo 149º CDADC deve ser interpretado à luz da nova realidade, seja por interpretação extensiva, como defendemos, seja por analogia. Portanto, mesmo os defensores da livre recepção, como Oliveira Ascensão, dificilmente não reconhecerão esta realidade, o que implica que só é defensável, para o efeito em causa, a distinção entre comunicação privada e comunicação pública, esta devidamente adaptada ao ambiente digital (abrangendo a difusão *on demand*). A não autorização para a comunicação pública configura o crime de usurpação. O Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do STJ viola os mais elementares princípios do Direito Comunitário, que tem como objectivo uma elevada protecção dos direitos dos autores e titulares de direitos conexos, do Direito Internacional e não é respeitada a ordem prevista no artigo 8º da CRP. As entidades de gestão estão gravemente prejudicadas pelos constantes despachos de arquivamento após este Acórdão, não podendo, inclusive, cumprir os contratos que têm com os estrangeiros que representam. O Estado português deverá ser demandado junto das Instâncias Comunitárias, por incumprimento (designadamente, acção de responsabilidade civil extracontratual junto do TJUE; denúncia à Comissão Europeia, por incumprimento pelo Estado português do Direito da EU). Para além disso, os Tribunais portugueses, em situações idênticas, não deverão respeitar este Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, e deverá, caso o cumpram, ser solicitado o reenvio prejudicial. As entidades de gestão têm competência para requer qualquer destas medidas.

INFORMAÇÕES SOBRE O GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO AUTORAL E INDUSTRIAL - GEDAI

QUEM SOMOS

O **Grupo de Estudos de Direitos Autorais e Industrial – GEDAI** está atualmente vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Ele surgiu em maio de 2007 junto à Universidade Federal de Santa Catarina, tendo sido transferido para Curitiba no ano de 2013.

Seu principal objetivo é estudar o desenvolvimento dos Direitos de Propriedade Intelectual na Sociedade da Informação, através da comparação do sistema internacional de direitos autorais e industriais, da análise dos processos de concretização dos direitos e diversidades culturais e da reflexão sobre a regulamentação dos direitos intelectuais frente aos desafios da Sociedade da Informação.

Para atingir essa finalidade por observa-se três objetivos específicos: (i) compreensão dos efeitos do direito fundamental à cultura e diversidade cultural na sociedade contemporânea, analisando os limites dos direitos autorais na tutela dos bens imateriais; (ii) avaliação das consequências da revolução tecnológica em andamento e do advento da cultura digital sobre a regulamentação dos direitos intelectuais; e (iii) identificação do conteúdo da proteção jurídica e o alcance da circulação da produção cultural desenvolvida nas instituições públicas.

Ainda, visando intensificar o intercambio da pesquisa no Brasil, o **GEDAI** envolve-se em projetos com outras equipes acadêmicas de diversas instituições de ensino superior e de pesquisas brasileiras. Como exemplo, tem-se o PROCAD – Sociedade da Informação; Democracia; Desenvolvimento e Inclusão Tecnológica – e o PROCULTURA – Direitos Culturais e o Desafio da Regulamentação dos Direitos.

O Grupo é composto por pesquisadores, mestres e doutores, que dedicam seus estudos nas diversas áreas da Propriedade Intelectual, nas seguintes linhas de pesquisa:

Propriedade Intelectual – Inovação e Conhecimento: analisar a tutela jurídica dos novos bens intelectuais advindos da nova Tecnologia da Informação com vistas ao desenvolvimento socioeconômico que promova inovação, inclusão tecnológica e difusão do conhecimento.

Direito Autoral: Direitos Fundamentais e Diversidade Cultural: compreender os efeitos do direito fundamental à cultura sobre os limites do direitos autorais; a proteção e circulação da produção cultural desenvolvida nas instituições públicas; os papéis da cidadania cultural no processo de inclusão social; a função do Estado em matéria cultural, as políticas públicas de cultura e a regulamentação jurídica dos direitos culturais.

Economia Criativa: Propriedade Intelectual e Desenvolvimento: estudar o Direito Autoral enquanto instrumento jurídico capaz de servir como marco regulatório para a formulação de políticas públicas a fim de fortalecer as indústrias criativas e dinâmicas, com vista a uma Economia Criativa sustentável para o país.

Regime Internacional de Propriedade Intelectual: Tratados e Organizações Internacionais (OMC, OMPI e UNESCO): avaliar o Sistema Internacional de Tutela da Propriedade Intelectual face a revolução tecnológica da informação, das novas formas de comunicação, de expressão, de produção de bens intelectuais e como as novas redes sociais na Internet possibilitam a socialização do conhecimento.

Sociedade da Informação: Democracia e Inclusão Tecnológica: analisar as novas formas de criação de bens intelectuais (obras colaborativas), de transformação criativa (samplers), de distribuição/compartilhamento advindas das redes sociais (P2P), e a socialização do conhecimento enquanto paradigma da cultura digital sobre a regulamentação dos diretos autorais.

Direitos das Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's): identificar o conteúdo da proteção jurídica e o alcance da circulação da produção cultural desenvolvida nas instituições públicas e do regime de concorrência aplicado às novas mídias na Internet.

Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial: compreender a interface do direito concorrencial e da propriedade intelectual nos novos modelos de negócios na Sociedade da Informação com foco no desenvolvimento dos setores produtivos da Economia Criativa.

Os resultados esperados pelo trabalho dos pesquisadores do **GEDAI** podem ser relacionados nos seguintes aspectos:

Produção científica e orientação acadêmica: 1. Pesquisa científica desenvolvida por meio de artigos, monografias, dissertações e teses buscam o enfrentamento dos desafios para direitos intelectuais diante do novo ambiente tecnológico advindo pela Revolução da Tecnologia da Informação. 2. A orientação acadêmica está de conformidade com as diretrizes do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Paraná (UFPR). 3. A orientação acadêmica no que tange ao Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR se desenvolve através do estímulo a pesquisa na área do Direito da Propriedade Intelectual, seja na proposta de projetos de iniciação científica, no estimulo de pesquisas monográficas ou na docência das disciplinas de propriedade intelectual em cursos regulares ou de capacitação interna dos servidores da UFPR.

Divulgação das pesquisas e dos trabalhos:

1. A divulgação da pesquisa se realiza através da publicação de contribuições dos integrantes do **GEDAI** em revistas especializadas e na elaboração de obras coletivas organizadas com tal finalidade.

2. Dá-se também por meio do da plataforma digital: http://www.gedai.com.br.

3. Elaboram-se boletins informativos em formato digitais enviados para a comunidade científica e para as listas de discussões de especialistas nacionais e estrangeiras. O boletim é um veículo de informação, que aborda mudanças legislativas, tendências jurisprudenciais e atualizações bibliográficas recentes na área do direito intelectual.

4. Promove-se eventos, tais como, workshops, seminários, simpósios e congressos organizados sempre para a promoção e ampliação das discussões temáticas ligadas à linha de pesquisa do **GEDAI**. Exemplo disso é a realização anual o Congresso de Direito de Autor e Interesse Público.

PESQUISADORES

O Grupo de Estudos de Direitos Autorais e Industrial - GEDAI, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, reúne pesquisadores nacionais e estrangeiros que dedicam seus estudos nas diversas áreas da Propriedade Intelectual.

O GEDAI é certificado pela UFPR junto ao CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico).

Para conhecer todos os pesquisadores do GEDAI/UFPR, suas linhas de pesquisa, basta acessar na plataforma do CNPq o link:

http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2717868450716813

Realização:

UFPR

GEDAI

Apoio:

CAPES

MINISTÉRIO DA CULTURA

FACULDADE DE DIREITO

PPGD

UNICURITIBA

CAHS