

ISSN 2316-8080 *pidcc*
REVISTA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL
DIREITO CONTEMPORÂNEO E CONSTITUIÇÃO

VOL. 01 N°01 MAR/2023 A JUN/2023

A PROTEÇÃO DOS DADOS SENSÍVEIS NA PESQUISA CIENTÍFICA, MIGUEL
REALE E A INDIVIDUALIDADE DA PESSOA

José Maurício de Carvalho (Dr.)
 josemauriciodecarvalho@gmail.com
Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves –
Coordenador do CEP-UNIPTAN /FUNADESP/UFSJ
lattes.cnpq.br/0631305118814377
Orcid: 0000-0002-3534-5338

Vanessa Eugênia dos Santos
 vanessaeugsantos@gmail.com
Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves –
UNIPTAN
<http://lattes.cnpq.br/6351870392607834>
Orcid: 0000-0001-5410-951X

RECEBIDO 05/06/2023
APROVADO 15/06/2023
PUBLICADO 22/07/2023
Editor Responsável: Carla Caldas
Método de Avaliação: Double Blind Review
E-ISSN: 2316-8080
DOI:10.16928

Resumo

Este trabalho considera a importância de preservar o anonimato do sujeito de pesquisa protegendo os dados que possam expô-lo publicamente. Isso porque a sua exposição poderá prejudicá-lo em diferentes situações. Por isso fica sob a responsabilidade do pesquisador a proteção dos dados sensíveis que fragilizam a pessoa. O compromisso do pesquisador é firmado através do TCUD, instrumento em que se compromete a garantir o sigilo de dados pessoais obtidos por pesquisadores, assegurada a participação da pessoa de forma livre e esclarecida. Procuramos indicar a legislação que garante a proteção dos dados pessoais e inclusive as do Conselho Nacional de Saúde que cuida dessa proteção na pesquisa científica. Também apresentamos as razões éticas que dão sustentação a essa proteção.

Palavras-chave: Pessoa Humana. Proteção. Liberdade. Dignidade. Dados Sensíveis.

Summary

This work considers the importance of preserving the anonymity of the research subject by protecting data that may expose him publicly. This is because its exposure may harm you in different situations. Therefore, it is the responsibility of the researcher to protect sensitive data that weakens the person. The researcher's commitment is signed through the TCUD, an instrument in which he undertakes to guarantee the confidentiality of personal data obtained by researchers, ensuring the participation of the person in a free and informed way. We tried to indicate the

legislation that guarantees the protection of personal data and even those of the National Health Council that takes care of this protection in scientific research. We also present the ethical reasons that support this protection.

Keywords: Human Person. Protection. Freedom. Dignity. Sensitive Data.

Resumen

Este trabajo considera la importancia de preservar el anonimato del sujeto de investigación mediante la protección de datos que puedan exponerlo públicamente. Esto se debe a que su exposición puede hacerle daño en diferentes situaciones. Por lo tanto, es responsabilidad del investigador proteger los datos sensibles que debilitan a la persona. El compromiso del investigador se firma a través del TCUD, instrumento en el que se compromete a garantizar la confidencialidad de los datos personales obtenidos por los investigadores, asegurando la participación de la persona de forma libre e informada. Tratamos de indicar la legislación que garantiza la protección de datos personales e incluso la del Consejo Nacional de Salud que se ocupa de esta protección en la investigación científica. También presentamos las razones éticas que sustentan esta protección.

Palabras clave: Persona humana. Protección. Libertad. Dignidad. Información delicada.

1. Considerações iniciais

Um dos pontos fundamentais na pesquisa científica é a proteção dos dados que identificam a pessoa naquilo que ela tem de exclusivo, isto é, que a diferencia dos demais homens, porque essas informações a podem constranger de diversas formas. A pessoa humana tem características essenciais associadas a sua liberdade e responsabilidade que a individualizam e ao mesmo tempo fundamentam sua dignidade, inserindo-a numa humanidade comum. A liberdade de que se fala (REALE, 1999, p. 75): “não é a liberdade política, de conceituação fácil, mas sim a liberdade como tal do ser humano, o livre arbítrio.” A capacidade ontológica de escolher e as diferenças fisiológicas contribuem para a construção de uma marca singular que a diferencia das demais pessoas sem lhe tirar a dignidade que cabe a todos (REALE, 2003, p. 138): “toda pessoa é única e nela habita o todo universal.” Temos assim um indivíduo diferente dos demais que se desenvolve numa coletividade histórica (CARVALHO, 2018, p. 147): “ser singular é algo que é próprio do homem, mas sua construção é um processo.” Sua individualidade se construirá, portanto, numa história pessoal, mas também no seio de uma sociedade concreta (*ibidem*):

Que fala uma língua, cultiva valores, confere maior ou menor importância a determinados problemas, valoriza mais ou menos sua história, tem um código legal em vigor, possui costumes que considera adequados, adota princípios religiosos herdados de uma tradição e alimenta crenças que influem na sua compreensão do universo.

Isso significa que mesmo sendo parte de uma humanidade comum, o homem é singular e os aspectos que o identificam, se colocados a público, podem prejudicá-lo, daí a consciência e a necessidade da proteção legal. Embora essa seja uma questão mais ampla, na pesquisa científica a proteção dos dados sensíveis que fragilizam o indivíduo é feita através do TCUD, que é o instrumento para firmar o compromisso de sigilo de dados pessoais obtidos pelos pesquisadores.

Neste sentido, é importante frisar que há normas internacionais que tratam do assunto. A Declaração universal sobre bioética e direitos humanos, considera que (UNESCO, 2006, p. 05): “a identidade de um indivíduo inclui dimensões biológicas, psicológicas, sociais, culturais e espirituais.” No mesmo sentido, a Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos frisa que (UNESCO, 2004. p. 03): “a recolha, o tratamento, a utilização e a conservação dos dados genéticos humanos podem acarretar riscos para o exercício e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e para o da dignidade humana” e, continuamente, reconhece que (*ibidem*): “o crescente volume de dados pessoais recolhidos torna cada vez mais difícil garantir a sua verdadeira dissociação irreversível da pessoa a que dizem respeito.” Nesse sentido, o Brasil integra o esforço internacional para proteger juridicamente os dados pessoais sensíveis no âmbito da pesquisa científica e já há arcabouço jurídico em nosso ordenamento que visa a tutela dessas informações, sobretudo por meio da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e de resoluções do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

O problema que abordaremos nesse artigo é como a *jus filosofia* de Miguel Reale pode ser utilizada para fundamentar a proteção dos dados pessoais mencionada nos instrumentos legais e orientar o agir ético do pesquisador no contato e manuseio dos dados pessoais sensíveis do participante da pesquisa. Também iremos considerar como as construções teóricas de Miguel Reale, sobretudo no que tange à individualidade e singularidade do homem, justificam a necessidade da proteção dos dados pessoais sensíveis do sujeito do experimento científico, de forma a evitar a discriminação social do indivíduo, impedindo sua identificação por terceiros por meio das informações contidas em tais dados.

Para isso, será realizada pesquisa na legislação relativa à proteção de dados. Também será utilizado o método analítico na fundamentação teórica desse problema jurídico conforme os argumentos de Miguel Reale. O que se espera com esse último método é examinar os livros e artigos de Miguel Reale para justificar a natureza, funções e relações da proteção dos dados, isto é, estabelecer uma organização do assunto para alcançar uma abordagem completa e bem justificada do problema.

2. Singularidade e vida social, Miguel Reale e a proteção da individualidade.

Vimos que a existência humana é uma jornada singular, embora nasça e se alimente dos valores e sentimentos da sociedade. Há uma raiz física no processo de individuação (id., p. 155): “A singularidade do homem é genética, isso significa que a individualidade não é resultado apenas da história pessoal e de elementos culturais, ela tem raiz no corpo e em seus sistemas complexos.” O corpo como dimensão básica da vida individual (*ibidem*): “é a única coisa experimentada desde dentro, do restante das coisas apenas temos experiência do que aparece.”

O indivíduo, enquanto membro de um grupo, é responsável por seus atos e se coloca diante de outros, assim como diante de coisas. Coisas e pessoas diante dele surgem para ele como objetos. Então, indivíduo (BRUGGER, 1977, p. 398): “é o eu enquanto se volve para um objeto, conhecendo, apeteendo e sentindo.” Esse sujeito é, ao mesmo

tempo, um ente singular e parte de uma humanidade comum a todos os outros homens (id., p. 399): “é possível abstrair do eu individual um conceito universal de um sujeito cognoscente.”

Para examinar a realidade humana de um sujeito singular que é parte de uma sociedade, vamos usar como referência o pensamento de Miguel Reale, pois o *jus filósofo* comentou o tema considerando suas implicações (REALE, 2003, p. 139):

Nem Kant, nem Hegel, digamos assim, nos satisfazem, mas é mister partir deles para superá-los, a fim de tentar responder ao nosso problema, o mais angustiante de todos os problemas, que é o homem e a comunidade, termos em gigantesco conflito, um a proclamar sua personalidade autônoma e livre (...), o outro a exigir o reconhecimento da personalidade coletiva, a superioridade do espírito que historicamente se objetiva e integra em unidade dialética a excelência do humano.

Percebemos, pois, que o homem enquanto permanece vivo segue nesse processo de individualização que acontece num espaço social contínuo (CARVALHO, 2018, p. 159): “a vida é feita de escolhas e elas alimentam o processo de individuação até o seu momento derradeiro.”

A singularidade da pessoa, sua dignidade e dimensão axiológica são partes de uma antropologia que Miguel Reale construiu. Nessa perspectiva (GARCÍA, 1999, p. 75): “homem, pessoa e valor são três paradigmas inseparáveis mutuamente correlativos, de forma tal que a consideração de cada um deles em separado exige necessariamente a referência aos outros dois. Isso constitui (...) o fundamento antropológico do seu pensamento.”

Reale atribui à materialização dos valores concretizados por indivíduos, mas reconhecidos e aperfeiçoados coletivamente, a criação da cultura humana em que vivemos. Ele considerou que (REALE, 1978, p. 218): “a cultura encontra no espírito a sua fonte primordial, revelando-se através da História em múltiplas manifestações. Diremos, (...), que a cultura está para o espírito como as águas de um rio estão para as fontes de que promanam.” Portanto, nessa forma de pensar o indivíduo faz a cultura quando materializa ou concretiza valores e aprende com aquilo que uma sociedade selecionou como costume. Nesse sentido, o homem é indivíduo e pode ser reconhecido dessa forma, mas também se torna parte dele e de sua singularidade aquilo que ele apreende da cultura de um modo seu. A conclusão desse pensamento é que a individualidade humana não apenas contribui para o desenvolvimento social como é formada com elementos culturais (*ibidem*):

Podemos e devemos examinar o homem, não só na sua individualidade biopsíquica e em sua estrutura moral, mas também naquilo em que ele se reflete, ou seja, em suas produções e em suas obras. Há, portanto, uma ligação fundamental e essencial entre Axiologia, ou Teoria do Valor, e História; entre História e Cultura.

Assim a individualidade, segundo Reale, começa com os elementos biopsíquicos e se amplia com aspectos aprendidos da cultura que outros indivíduos criaram antes dele. O indivíduo humano não é nunca o primeiro homem, concorda Reale com um filósofo espanhol para quem (ORTEGA Y GASSET, OC, v, V, p. 123-4): “o homem não tem mais remédio que contar com as crenças de seu tempo, e essa dimensão de sua

circunstância é o que faz do homem um ente essencialmente histórico, ou, (...) o homem não é nunca um primeiro homem, mas sempre um sucessor, um herdeiro, um filho do passado humano.” Logo, o homem é produto de uma herança que ele aprendeu a valorar e preservar, inclusive sua vida e intimidade (REALE, 1978, p. 219):

O homem não é apenas um realizador de interesses, de coisas valiosas, ou de bens, porque é também um ser que sente indeclinável necessidade de proteger o que cria, de tudo tutelar, as coisas realizadas e de garantir para si mesmo, acima de tudo, a possibilidade de criar livremente coisas novas.

Portanto, a normatização jurídica é, nessa perspectiva, um esforço de proteção de todos os bens, inclusive dos dados pessoais sensíveis (*ibidem*): “a experiência jurídica representa a especificação de uma forma de tutela ou de garantia social do que é valioso.” A proteção dos dados sensíveis são, pois, parte de um esforço milenar de proteção do indivíduo humano em todos os tempos, pois a experiência histórica propõe desafios à construção do direito. A proteção do indivíduo, do que pode identificá-lo como único e expô-lo indevidamente tem justificação última na sua dignidade, explica o *jus filósofo* (id., p. 210): “o homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com sua valia.” E por que ele é um valor? (CARVALHO, 2011, p.158): “porque confere sentido à sua vida com suas escolhas.” E essas escolhas não possuem explicações externas, mas (*ibidem*): “encontram explicação na vontade livre.” Como ensina o *jus filósofo*, quando falamos do comportamento humano (REALE, 2000, p. 55): “a causalidade se apresenta como motivação, ou seja, como uma causa de ordem valorativa, o que demonstra o caráter axiológico de tudo o que diga respeito ao homem.” E ele age assim, encontra-se fazendo escolhas que nascem de seu íntimo, mesmo (CARVALHO, 2011, p. 154): “sendo incapaz de superar a própria finitude.” Esse reconhecimento do seu valor é necessário, pois a proteção é do que o individualiza, mas a justificativa dela é a sua dignidade compartilhada com todos os outros homens (id., p. 220):

O homem, como ser natural biopsíquico, é apenas um indivíduo entre outros, um ente entre outros da mesma espécie. O homem considerado na sua objetividade espiritual, enquanto ser, é o que chamamos de pessoa. Só o homem possui a dignidade originária de ser enquanto deve ser, pondo-se essencialmente como razão determinante do processo histórico.

Nesse sentido, se a singularidade identifica o indivíduo, a dignidade pede que essa singularidade não sirva para discriminar ou prejudicar por que uma realidade não se afasta de outra (REALE, 2000 b, p. 225): “o homem é enquanto deve ser, (essa afirmação) não tem alcance puramente ôntico, como determinação do ser do homem, porque implica numa posição radical de ordem deontológica, de tal modo que nada é estranho a uma antropologia concreta.” Conforme um comentarista, a singularidade e valor são, para Reale, aspectos inseparáveis do homem (GARCÍA, 1999, p. 96): “a definição de homem contém um tomada de posição de caráter deontológico, que consiste na conclusão de que toda pessoa, pelo fato de sê-lo, possui em si um valor que deve ser respeitado.”

Portanto, toda a proteção dos indivíduos é hodiernamente um dever social (CARVALHO, 2011, 221): “porque estamos no fundo obedecendo a nós mesmos, em

nosso significado universal de homens.” E se o que se pode expor é aquilo que identifica a pessoa, o motivo da proteção é a autoconsciência dos indivíduos (id., p. 211): “segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência.” Esse significado é o que torna cada indivíduo importante para quem o ama e os significados que elabora (id., p. 214): “é que dá sentido a todo evoluir histórico.”

3. Proteção jurídica dos dados sensíveis no âmbito da pesquisa científica

É sabido que (BARRETO, ALMEIDA, DONEDA. 2021. p. 557): “o *modus operandi* da ciência está em grande parte relacionado ao processo de coleta e análise de dados, componentes responsáveis por uma grande parte do tempo e dos recursos utilizados nas pesquisas”. Nesse sentido, em experimentos científicos, as informações podem ser coletadas tanto do mundo natural (meio ambiente, animais, etc.) quanto de seres humanos. Nesse último caso, quando os dados colhidos são considerados pessoais, é necessário proteger os direitos do participante da pesquisa. A situação é ainda mais delicada quando os dados pessoais são sensíveis.

Inicialmente, portanto, necessário é definir o que vem a ser dados pessoais e dados pessoais sensíveis, o que se faz a partir da definição contida na Lei nº 13.709/2018 que trata dessa questão. Nesse sentido, dado pessoal é toda informação capaz de tornar uma pessoa identificada ou identificável. Ademais, e de forma complementar, dados que são (BRASIL, 2018. p. 01): “utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada”, também se amoldam a essa categoria, nos termos do art. 12, §2º da mesma lei.

Já os dados pessoais sensíveis são mais específicos, e versam (BRASIL, 2018. p. 01 - art. 5º, I e II): “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.”

No Brasil, a proteção dos dados pessoais e dados pessoais sensíveis possui amparo constitucional e, de forma indireta e reflexa, é tutelada por um dos fundamentos da República: a dignidade da pessoa humana. Isso porque a proteção de dados pessoais liga-se intimamente aos direitos à privacidade e à intimidade, corolários deste fundamento. Por sua vez, ambos são considerados corolários no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como imperativo axiológico que se irradia para todas as relações privadas ou estatais, estando na base de todos os direitos individuais e coletivos.

De forma mais específica e direta, porém, a tutela dos direitos à intimidade e privacidade se dá pelo art. 5º, X, do texto constitucional (BRASIL, 1988. p.13. Grifo nosso): “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”

Ambos os direitos são considerados fundamentais e estão intimamente ligados um ao outro (MORAES, 2022. p. 71): “podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo.” Ou seja, a intimidade relaciona-se à interioridade e relações pessoais subjetivas do ser humano, tanto no sentido familiar quanto afetivo, enquanto a vida privada envolve todos os relacionamentos do indivíduo, inclusive os de cunho comercial, social e profissional.

Nesse sentido, como acentuam Negri e Korkmaz (2019, p. 68), baseando-se em Stefano Rodotà, num mundo onde cresce a tecnologia da informação, quando se fala em

privacidade é necessário levar em conta o quadrinômio “pessoa-informação-circulação-controle”. Isto é, falar em direito à privacidade hodiernamente implica em falar do poder e da autonomia do sujeito em controlar a circulação, o uso e a divulgação das informações obtidas por meio de seus dados pessoais/dados pessoais sensíveis. Já em relação ao direito à intimidade, afirma-se que este, quando abordado a nível genético (FREIRE DE SÁ; NAVES, 2021. p. 181): “pode ser definido como o direito de determinar as condições de acesso à informação genética.”

Devemos destacar que apesar de ter apresentado acima a tutela dos dados pessoais como decorrentes dos direitos à intimidade e privacidade, há indícios de que o ordenamento brasileiro caminha para a proteção constitucional dos dados pessoais como um direito autônomo (que passaria a se chamar “direito à autodeterminação informativa”). Nessa esteira, em 2020, com o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, o Supremo Tribunal Federal (MENDES, RODRIGUES JÚNIOR, FONSECA, 2020. p. 79): “proferiu uma decisão histórica para o desenvolvimento da disciplina jurídica relativa à proteção de dados pessoais no Brasil”. Essa decisão (*ibidem*): “trouxe algo mais importante para o Direito brasileiro: o reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados como direito autônomo, extraído a partir de leitura sistemática do texto constitucional brasileiro.”

Com base nessa decisão, a Corte suspendeu, por 10 votos a 1, a vigência da MPV 954 que determinava que (BRASIL, 2020. p. 01): “as empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deveriam disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas”, prestando, dessa forma, auxílio para produção estatística durante a COVID-19. Nesse sentido, a maioria dos ministros formou consenso entorno a posição de Gilmar Mendes cuja manifestação está abaixo transcrita (BRASIL, 2020, p. 95, grifo nosso):

O quadro fático contemporâneo deve ser internalizado na leitura e aplicação da Constituição Federal de 1988. [...] *resta evidente que o avanço das técnicas de coleta e processamento de dados foi tomado como válvula de reconfiguração da proteção jurídica à personalidade.* [...] O espírito hermenêutico que deve guiar esta Corte Constitucional no tratamento da matéria em exame deve ser o de renovar o compromisso de manter viva a força normativa da Constituição Federal de 1988, nela encontrando caminhos e não entraves para a proteção jurídica da intimidade enquanto garantia básica da ordem democrática.”

Em que pese se tratar de dados pessoais no âmbito da telecomunicação, tal decisão impacta a forma como a sociedade deve enxergar e lidar com a divulgação dos dados pessoais em todos os setores, inclusive na pesquisa científica, foco deste trabalho. Também demonstra os caminhos que o Direito Brasileiro deve seguir em relação ao tema, dando maior importância e destaque ao assunto.

Considerando-se que a proteção dos dados pessoais tem guarida constitucional, a regulamentação dessa tutela irradia para todo o ordenamento jurídico brasileiro. A disposição normativa que melhor regulamenta esse assunto é a Lei Geral de Proteção de

Dados - Lei nº 13.709/2018 - que, de igual forma, afirma, no art. 1º, incisos I, II e IV, que a proteção dos dados possui como fundamentos o respeito à privacidade, à autodeterminação informativa (já citada acima) e à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, entre outros.

A mesma lei informa, ainda, que quando os dados pessoais coletados forem para fins acadêmicos, aplicar-se-ão os artigos 7º (sobre dados pessoais) e 11 (sobre dados pessoais sensíveis) do texto normativo. O artigo 7º traz uma série de ocasiões em que será necessário o tratamento de dados pessoais. Concentrar-se-á, porém, nos casos relacionados à pesquisa científica e acadêmica, que são, sobretudo, aquelas previstas pelos incisos I e IV, respectivamente (BRASIL, 2018, p. 01): “mediante o fornecimento de consentimento pelo titular [...] e para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais.”

Isso posto, a anonimização citada acima nada mais é que a (BRASIL, 2018, p. 01, art. 5º, X): “utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo.” O resultado é que após anonimizados, os dados perdem o seu caráter “pessoal”, salvo se o processo de anonimização for revertido.

Nesse mesmo sentido, a exigência da lei em relação ao consentimento do titular como regra geral, se presta a preservar e garantir a autonomia da vontade privada do indivíduo e ao seu poder de autodeterminação.

Com igual lógica, o artigo 11, que aborda sobre dados pessoais sensíveis, repete algumas das determinações do artigo 7º, como, por exemplo, a necessidade de consentimento do titular, com a diferença que, nesses casos, é necessário que o consentimento seja preciso, destacado e com fins específicos. De forma excepcional, contudo, será possível o tratamento dos dados sem o consentimento de seu titular, quando for indispensável para, entre outras hipóteses (BRASIL, 2018, p. 01): “a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis.” Da mesma forma, portanto, que o artigo 7º, que estipula a mesma hipótese para o tratamento dos dados pessoais de forma geral. Há ainda a considerar que o parágrafo quarto do artigo 11 traz uma vedação quanto à comunicação dos dados pessoais sensíveis pelos seus controladores que podem ser pessoa física ou jurídica responsável pelo tratamento dos dados pessoais (BRASIL, 2018, p. 1):

Art. 11, §4º: É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir

Operacionalizando o assunto, as resoluções do Conselho Nacional de Saúde também tratam do tema. A Resolução CNS 466/2012, entre outras, dispõe que qualquer pesquisa envolvendo seres humanos deve obedecer a determinação (BRASIL, 2012, p. 03):

III.2 - As pesquisas, em qualquer área do conhecimento envolvendo seres humanos, deverão observar as seguintes exigências:

i) prever procedimentos que assegurem a confidencialidade e a privacidade, a proteção da imagem e a não estigmatização dos participantes da pesquisa, garantindo a não utilização das informações em prejuízo das pessoas e/ou das comunidades, inclusive em termos de autoestima, de prestígio e/ou de aspectos econômico-financeiros;

De forma mais específica, a Resolução CNS nº 340/2004 se preocupa, em sua integralidade, com a proteção dos dados genéticos (sensíveis). O item III, por exemplo, traz determinações sobre a divulgação dos dados genéticos e a utilização deles para fins diversos ao da pesquisa (Brasil, 2004, p. 1):

III.11 - Os dados genéticos resultantes de pesquisa associados a um indivíduo identificável não poderão ser divulgados nem ficar acessíveis a terceiros, notadamente a empregadores, empresas seguradoras e instituições de ensino, e também não devem ser fornecidos para cruzamento com outros dados armazenados para propósitos judiciais ou outros fins, exceto quando for obtido o consentimento do sujeito da pesquisa.

III.12 - Dados genéticos humanos coletados em pesquisa com determinada finalidade só poderão ser utilizados para outros fins se for obtido o consentimento prévio do indivíduo doador ou seu representante legal e mediante a elaboração de novo protocolo de pesquisa, com aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa e, se for o caso, da CONEP. Nos casos em que não for possível a obtenção do TCLE, deve ser apresentada justificativa para apreciação pelo CEP.

Além das diretrizes acima destacadas, no âmbito da pesquisa científica, há ainda outro documento que visa a proteção dos dados pessoais sensíveis, o Termo de Compromisso de Utilização de Dados (TCUD), que visa trazer segurança específica para os participantes do experimento científico. Trataremos disso a seguir.

4. TCUD e a proteção dos dados pessoais

A legislação mencionada anteriormente funciona como a base legal para a proteção dos dados sensíveis da pessoa, mas mostrou-se necessário tratar o assunto de forma mais específica para proteger os direitos do sujeito de pesquisa. Por isso, o assunto foi retomado pelas Resoluções do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

A legislação que emana do CNS pretende assegurar a proteção e uso correto dos dados sensíveis, garantindo ao sujeito da pesquisa o direito de consentir, de forma livre e esclarecida, como se dará sua participação no experimento, nos termos da Resolução CNS nº 466/12, que assegura que a garantia de respeito à dignidade humana (BRASIL, 2012, p. 5): “exige que toda pesquisa se processe com consentimento livre e esclarecido dos participantes, indivíduos ou grupos que, por si e/ou por seus representantes legais, manifestem a sua anuência à participação na pesquisa.” Todo o processo de consentimento livre e esclarecido culmina com a assinatura do participante do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), que é definido como o documento para assegurar a (BRASIL, 2012, p. 2):

Anuência do participante da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após esclarecimento completo e pormenorizado sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar.

Contudo, nem sempre será possível submeter o participante da pesquisa ao processo de consentimento livre e esclarecido. Isso ocorre nas hipóteses em que a obtenção do TCLE é inviável ou quando sua obtenção representar riscos de quebra dos dados sensíveis do sujeito da pesquisa. Nesses casos, a própria Resolução CNS nº466/12

e, de forma idêntica, a Resolução CNC nº 510/16 dispensam a exigência do TCLE, desde que seja justificadamente solicitada pelo pesquisador e após apreciação crítica dos órgãos do Sistema CEP/CONEP (BRASIL, 2012, p. 7):

IV.8 - Nos casos em que seja inviável a obtenção do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido ou que esta obtenção signifique riscos substanciais à privacidade e confidencialidade dos dados do participante ou aos vínculos de confiança entre pesquisador e pesquisado, a dispensa do TCLE deve ser justificadamente solicitada pelo pesquisador responsável ao Sistema CEP/CONEP, para apreciação, sem prejuízo do posterior processo de esclarecimento. (BRASIL, 2012. p. 07)

Art. 14. Quando for inviável a realização do processo de Consentimento Livre e Esclarecido, a dispensa desse processo deve ser justificadamente solicitada pelo pesquisador responsável ao Sistema CEP/CONEP para apreciação. (BRASIL, 2016. P. 06)

A título de exemplo, conforme cita o INCA em norma interna para obtenção do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, uma das hipóteses em que há dispensa do TCLE é quando a pesquisa utiliza dados coletados de banco de dados ou por meio de prontuários médicos, de pacientes que não são localizáveis ou que já faleceram. Outra possibilidade da dispensa, ainda conforme o INCA, é quando a investigação é baseada em um estudo observacional em que a metodologia utilizada garanta que as informações ali contidas serão publicadas de forma anônima e não trarão prejuízo para o proprietário dos dados. Em ambos os casos, o CEP responsável pela pesquisa terá que aprovar a dispensa após análise criteriosa das condições apresentadas pelo pesquisador.

Contudo, a dispensa do TCLE não exime o profissional do manuseio responsável e sigiloso dos dados pessoais sensíveis por ele obtidos dos sujeitos de pesquisa. Nesses casos, é necessário que o investigador e seus assistentes assinem um Termo de Compromisso de Uso de Dados (TCUD). Outrossim, o TCUD é (UFMG, 2016): “obrigatório para pesquisa que utilizam e coletam informações em banco de dados de instituições, prontuários médicos ou odontológicos.” Essa exigência é dispensada quando os dados são de acesso público, situação em que seria ilógico exigir, por exemplo, o sigilo e privacidade dos dados do sujeito de pesquisa.

O TCUD foi definido pela minuta da Resolução CNS nº 580/2018 como o (BRASIL, 2017): “documento em que o pesquisador responsável e sua equipe se comprometem com o sigilo e privacidade dos dados da pesquisa, assim como com o compromisso de que serão utilizados apenas para o estudo em questão.” Porém, a definição supracitada não foi preservada na redação final da resolução, que não trouxe um conceito de TCUD.

Apesar disso, a descrição encontrada na minuta é utilizada pelos CEP's e fornece a amplitude deste instrumento na pesquisa científica. Com ele, o pesquisador se compromete, além do sigilo e privacidade dos dados, a utilizá-los apenas e exclusivamente para aquele experimento, ficando vedados outros usos. Ademais, tem-se que, por meio da assinatura do TCUD, o pesquisador responsável se responsabiliza em prover a guarda sigilosa desse material pelo período de cinco anos, nos termos do item XI.2.f, da Resolução 466/12 (BRASIL, 2012, p. 11): “XI.2 - Cabe ao pesquisador: f) manter os dados da pesquisa em arquivo, físico ou digital, sob sua guarda e responsabilidade, por um período de 5 anos após o término da pesquisa.”

Nesse sentido, pode-se afirmar que o TCUD, juntamente com o TCLE e na falta deste, é o instrumento que concretiza a proteção destinada pelo ordenamento jurídico pátrio aos *Dados Pessoais Sensíveis*, efetivando os direitos e garantias do participante da pesquisa mesmo quando este não consegue, por qualquer motivo, exprimir seu consentimento livre e esclarecido.

5. Considerações finais

1. No artigo procuramos mostrar que a proteção de dados que individualizam a pessoa e podem constrangê-la quando postos a público tornou-se uma pauta contemporânea da defesa dos direitos humanos. Por esse motivo a legislação avançou nessa proteção, mas que os argumentos de base são de natureza ética ou *jus filosófica*.

2. Dito isso, cuidamos de buscar uma teoria *jus filosófica* para fundamentar a proteção dos dados sensíveis de pessoas convidadas a serem sujeitos de pesquisa. Essa preocupação encontra-se em documentos legais do Brasil e nas: *Declaração universal sobre bioética e direitos humanos* e *Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos*. Encontramos essas ideias na *jus filosofia* de Miguel Reale que nos pareceu muito adequada para fundamentar a proteção dos dados pessoais mencionados nos instrumentos legais e que ajudam a orientar o pesquisador manuseio dos dados pessoais sensíveis do participante da pesquisa.

3. Na sequência desse estudo mostramos que as teses de Miguel Reale sobre a individualidade e a singularidade do homem, contrapontos necessários à sua dimensão coletiva ou ética, justificam o esforço de proteção dos dados pessoais sensíveis do sujeito do experimento científico. Todo esse trabalho é essencial para proteger a pessoa da discriminação social, impedindo prejuízos decorrentes de sua identificação por terceiros que, em virtude do trabalho de pesquisa.

4. Indicamos que de forma complementar ao TCLE, o TCUD é o instrumento utilizado pela legislação do CNS para proteger os dados dos sujeitos de pesquisa coletados pelos pesquisadores.

5. Utilizamos dois métodos de investigação nesse trabalho. A pesquisa bibliográfica na legislação relativa à proteção de dados identificando os aspectos mais importantes dessa proteção. Também usamos o método analítico no trabalho de fundamentação moral, acompanhando o que deixou Miguel Reale. O método analítico foi utilizado para fundamentar a natureza, funções e relações dos dados e indicar as razões morais pelas quais esse procedimento é indicado e no quanto ele está de acordo com a legislação criada para proteger o sujeito de pesquisa.

Referências

ÁVILA, S.M.C; KORKMAZ, M.R.D. R. **A normatividade dos dados sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana.** Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias | e-ISSN: 2526-0049 | Goiânia| v. 5 | n. 1 | p. 63-85| Jan/Jun. 2019. Disponível em <

<https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/5479>> Acesso em 12 de abril de 2023

BARRETO, M. L.; ALMEIDA, B; DONEDA, D. **Uso e proteção dos dados pessoais na pesquisa científica**. In: BIONI, Bruno. Tratado de Proteção dos Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 527-538.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 496 p. Disponível em

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (**LGPD**). Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 466, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em <https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf> Acesso em 02 jun. 2023

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde nº 340, de 03 de julho de 2004. Disponível em https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0340_08_07_2004.html.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 6389. Rel. Min. Rosa Weber, Plenário, j. 06 e 07.05.2020. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754358482>>

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 510, de 7 de abril de 2016. Disponível em <https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf> Acesso em 02 jun. 2023

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Minuta da Resolução que regulamenta as especificidades éticas das pesquisas de interesse estratégico para o Sistema Único de Saúde (SUS) e as pesquisas em instituições integrantes do SUS. jul. 2017. Disponível em https://conselho.saude.gov.br/consultapublica/Minuta_Res_Especificidades_Eticas_Pe_squisas_Interesse_Estrategico_SUS.pdf> Acesso em 02 jun. 2023.

BRUGGER, Walter. **Dicionário de Filosofia**. 3. Ed., São Paulo: EPU, 1977. 574 p.

CARVALHO, José Maurício de. **Miguel Reale, ética e filosofia do direito**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. 224 p.

CARVALHO, José Maurício de. **O Homem e a Filosofia**. 3. ed., Porto Alegre: MKS, 2018. 343 p.

FREIRE DE SÁ, M. F; NAVES, B. T. O. **Bioética e Biodireito**. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2021. 384 p.

GARCÍA, Angeles Mateos. **A teoria dos valores de Miguel Reale: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1999. 127 p.

INCA. Norma Interna Para Isenção de Obtenção de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). Disponível em <https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files//media/document//modelo-justificativa-ausencia-tcle.doc> Acesso em 02 jun. 2023.

ORTEGA Y GASSET, José. En torno a Galileo. p. 13-164. v. V, 2ª reimpresion, **Obras Completas**, Madrid: Alianza, 1994.

MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L.; FONSECA, G. C. S. **O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo**. In: BIONI, Bruno. Tratado de Proteção dos Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 79-89 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** – 38. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022. 1.042 p.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 2 v., 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1978. 745 p.

REALE, Miguel. **Variações**. São Paulo: GDR, 1999. 192 p.

REALE, Miguel. **Cinco temas do culturalismo**. São Paulo: Saraiva, 2000. 56 p.

REALE, Miguel. **Experiência e cultura**. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000. 339 p.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito; Teoria da Justiça e Fontes e modelos de direito**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003. 318 p.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. TCUD. Coep. 2016. Disponível em <https://www.ufmg.br/bioetica/coep/tcud/> Acesso em 02 jun. 2023

UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS. Apresentação. Comitê de Ética em Pesquisa. 04 jun. de 2019. Disponível em <https://www.cep.ufam.edu.br/apresentacao.html> Acesso em 02 jun. 2023.

JUSCIBERNÉTICA E O CONTROLE NA ADVOCACIA¹
JUSCYBERNETIC AND THE ADVOCACY CONTROL

Karina Reis Moacyr²

RECEBIDO 05/06/2023

APROVADO 15/06/2023

PUBLICADO 22/07/2023

Editor Responsável: Carla Caldas

Método de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN: 2316-8080

DOI:10.16928

RESUMO

A ciência contemporânea vem proporcionando uma sensação inédita de controle humano. Simultaneamente, a sociedade exige uma ruptura do Direito tradicional, cujo estudo isolado traz insegurança, observada em decisões aleatoriamente diferentes para casos semelhantes. Neste cenário, a Advocacia Preventiva tornou-se uma tendência ao posicionar o advogado como protagonista na comunicação com jurisdicionados, proporcionando a segurança jurídica através de um planejamento na tomada de decisão do seu cliente. Apesar disto, a bibliografia sobre os seus referenciais ainda é escassa. A Cibernética e a Jurimetria constituem marco teórico que será desenvolvido de forma analítica e histórica, pois a compreensão dos seus mecanismos auxilia numa efetiva mudança de paradigma em prol de uma política de redução de riscos.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Preventiva. Juscibernética. Informática jurídica. Jurimetria. *Legal design*.

ABSTRACT

Contemporary science has provided an unprecedented sense of human control. Simultaneously, society demands a break from traditional law, whose isolated study brings insecurity, observed in randomly different decisions for similar cases. In this scenario, Preventive Advocacy has become a trend by positioning the lawyer as a protagonist in communication with society, providing legal certainty through planning in the decision-making process of its client. Despite this, the bibliography about its references is still scarce.

¹ Artigo elaborado em fevereiro de 2021.

² Advogada, graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pós-graduada em LL.M Direito Corporativo no IBMEC – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais, contato: karina.reism@gmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4713-4471>.

Cybernetics and Jurimetric constitute a theoretical framework that will be developed in an analytical and historical manner, as the understanding of their mechanisms helps in an effective paradigm shift in favor of a risk reduction policy.

KEYWORDS: *Preventive Advocacy. Juscibernetics. Legal informatics. Jurimetrics. Legal Design.*

INTRODUÇÃO

O crescimento da tecnologia a nível exponencial transformou drasticamente a atuação da advocacia, assim como o significado do próprio direito para a população. A teleinformática teve um papel fundamental ao facilitar o acesso das pessoas às legislações, doutrinas e decisões judiciais, tornando o mercado cada vez mais exigente.

Neste cenário, a advocacia preventiva ganha destaque. Pautada em uma análise do contexto no qual o cliente está inserido, seu objetivo é a antecipação de cenários para otimizar planejamentos e evitar conflitos. Porém, como ter segurança jurídica no complexo Direito brasileiro?

O presente artigo investiga a problemática para auxiliar o advogado no processo de tomada de decisão. A juscibernética é explorada em sua essência de controle, observando as semelhanças de comportamento entre o homem e a máquina.

O conceito de cibernética é abordado desde a sua história, desenvolvida há quase um século. Porém, suas metodologias de comportamento-regra e retroalimentação passaram a ser aplicadas ao Direito apenas nos últimos anos, graças ao potencial de equilibrar a sensação de descontrole do advogado em meio à tanta informação jurídica. O segundo capítulo demonstra, então, como a robótica pode influenciar no processo de tomada de decisão.

Posteriormente, a jurimetria é apresentada no terceiro capítulo, com o fim de alertar para a importância do estudo de fatos sociais através da estatística, rememorando o movimento conhecido como “realismo jurídico”, pouco estudado no Brasil. Uma reflexão sobre o impacto da análise quantitativa no direito desperta mudanças de paradigmas em prol exercício do controle.

O ponto crucial neste capítulo está na relação entre juscibernética e jurimetria para o desenvolvimento da inteligência artificial aplicada à Advocacia. O objetivo é investigar como o estudo estatístico dos fatos sociais pode contribuir com a robótica através das metodologias cibernéticas.

O último capítulo aborda os desafios e contribuições trazidas pela aplicação da robótica e jurimetria no direito. Os conceitos de modelos preditivos e causais são trabalhados em sua essência como uma consequência da cibernética e da jurimetria. A partir destas metodologias e no intuito de associar o controle às expectativas do cliente, foi criado o *legal design*, que começou a ser implementado na advocacia.

No desenvolvimento de uma pesquisa teórica e exploratória, com explicações históricas sobre os conceitos, a problemática da segurança jurídica na advocacia é analisada pelo viés multidisciplinar, através da reflexão sobre os caminhos para o controle. O trabalho finaliza abordando as lições da relação constante entre a tomada de decisão perante um cenário de incerteza.

1. JUSCIBERNÉTICA

1. 1 MUDANÇA DE PARADIGMA NA CIÊNCIA JURÍDICA

Durante séculos, os cientistas revolucionaram os métodos de investigação e medição, utilizando-se da tecnologia para observar os atos da natureza e construir leis capazes de prever³ seu comportamento. Porém, apesar de ser uma tendência contemporânea, a ideia da criação de uma máquina que auxilie o advogado na tomada de decisão encontrou resistência no meio jurídico.

Sustenta-se que cada caso é diferente dos demais em inúmeras características cuja previsibilidade não pode ser estabelecida ou medida. O principal argumento é de que o homem é um ser de enorme complexidade e, como a lei é geral e abstrata, cada conflito merece passar por uma solução justa através da interpretação individual e humana do decisor.

Em seu artigo “Jurimetria. A Estatística e a Importância da Previsão de Comportamentos no Direito”, Karina Moacyr (2019) explica a tradição do isolamento e formalismo do estudo jurídico, fomentada pela metodologia kelseniana. O livro Teoria Pura do Direito, de leitura obrigatória para maioria das universidades brasileiras, classifica-o como ciência normativa, comprometida com o ideal do “dever ser” da conduta humana. Para Kelsen, o Direito distingue-se da ciência natural, devendo, assim, excluir do seu estudo experimentos quantitativos.

Os operadores do direito foram ensinados a analisar os problemas, reduzindo-os ao estudo normativo e à determinado caso individual. Assim, a ausência de cientificismo foi responsável pelo lento progresso do Direito como ciência, limitando-o à análise da lei e argumentos de autoridade.

De acordo com Guibourg (1993, p. 36-40), nas sociedades antigas, época em que existiam poucas leis e menos acesso a direitos, a forma de encarar os comportamentos apenas pelo viés da singularidade já era inadequado. Atualmente, com a explosão de condutas jurídicas, não é surpresa que a atuação exclusivamente manual do advogado acabe lhe distanciando das necessidades reais e soluções efetivas.

A Cibernética Jurídica tem o condão de oferecer aos juristas subsídios na tomada de decisão, através de procedimento artificial programado para reproduzir algumas de suas atividades, combinando as informações recebidas para oferecer resultados. A metodologia da Cibernética é utilizada por diversas

³ A previsão é utilizada com base em estudo da teoria das probabilidades, que mede as chances de determinado fenômeno ocorrer.

disciplinas e no intuito de oferecer uma compreensão completa, seu significado será abordado primordialmente pelo viés histórico.

1.2. CONTROLE: DECISÕES OBTIDAS PELO EXPERIMENTO E MULTIDISCIPLINARIDADE

A necessidade de unidade e sistematização dos pensamentos é uma característica marcante do homem, a despeito da filosofia ocidental ter fomentado a criação de disciplinas autônomas e, geralmente, isoladas. Em 1834, o físico francês André-Marie Ampère denominou de cibernético o sistema criado para coordenar todo o saber humano, introduzindo o termo ao indicar justamente a arte de governar politicamente determinados fenômenos no sentido político (LOSANO, 1974, p. 10-11).

Posteriormente, a cibernética foi resgatada por Norbert Wiener, um matemático e filósofo norte-americano, formado na Escola de Harvard. Ele observava o campo das ciências mutuamente delimitado pelos sistemas tradicionais de aprendizado, concluindo que as áreas mais fecundas eram as que se encontravam na fronteira entre as várias disciplinas, pois o mesmo setor seria examinado ora do ponto de vista matemático, outrora químico, ou pelo viés médico filosófico. O problema é que cada um desses enfoques surgia separadamente, sem que o médico soubesse do matemático ou do químico, e assim sucessivamente.

A discussão foi abordada em seu livro *Cibernética*, em 1970, na qual Wiener sugere a criação de grupos multidisciplinares de estudiosos para que, gradativamente, cada um domine as metodologias dos colegas. Não seria necessário executar as experiências fora da própria atuação profissional, porém, todos desenvolveriam habilidades para compreender os resultados com integridade. Haveria, assim, uma efetiva interação e não apenas sobreposições de pontos de vistas diferentes. A metodologia empregada nos experimentos realizados de forma multidisciplinar foi denominada Cibernética.

A abordagem multidisciplinar defendida por Wiener encontrou discípulos na Finlândia, através do desenvolvimento do projeto *Phenomenal Education*, (2020). Seu objetivo é implantar uma nova forma de aprendizagem que substitui o estudo das disciplinas pela análise holística dos fenômenos. “As informações e habilidades são estudadas com cruzamento das fronteiras entre os sujeitos.” Assim, os alunos devem ser inseridos no contexto real da problemática para buscar soluções e aprimoramento, contando com a sua proatividade, com a teleinformática e o suporte dos professores.

Existe um liame implícito que une os conceitos dos doutrinadores Ampère e Wiener em relação à finalidade da Cibernética, pois ambos objetivam alcançar a homeostase⁴. Para Ampère, a sociedade só conseguiria se manter neste equilíbrio se fosse governada, e Wiener sustentava a necessidade da multidisciplinaridade para este alcance, chegando a mencionar que o fim social do direito seria reverter a entropia.

⁴ De acordo com o dicionário eletrônico Aurélio, a homeostase representa para a fisiologia uma tendência à estabilidade do meio interno do organismo. É o oposto de entropia.

Assim, o conceito de cibernética que será trabalhado neste artigo está relacionado com a ideia de controle. Para tanto, a teoria e metodologia desenvolvidas, principalmente por Wiener, serão exploradas e posteriormente aplicadas ao Direito, em especial à Advocacia Preventiva.

1.2.1 Comportamento-regra: teoria e método desenvolvidos pela cibernética

A coordenação de conhecimentos vindos de diferentes setores científicos para construção de máquinas capazes de reproduzir determinadas atividades humanas foi uma das mais importantes realizações de Wiener. Nos eventos bélicos da Segunda Guerra Mundial, passou a desenvolver mecanismos de controle de artilharia antiaérea, por meio de complexos padrões de cálculos e previsões de trajetórias fundamentadas em sistemas elétricos e mecânicos, os quais foram proporcionados pelas suas pesquisas matemático-fisiológicas (LOSANO, 1974, p. 7-8).

Trata-se da teoria do *feed-back* ou retroalimentação que se baseia na tese de que a primeira ação é influenciada por todas as outras simultaneamente. Quando o artilheiro do solo aciona o tiro contra o avião e erra o alvo, o seu tiro é corrigido, considerando o próprio erro. Em contrapartida, o piloto, de acordo com o primeiro tiro, procura modificar sua rota. Porém, para Wiener (1970, p. 61-62) as manobras do artilheiro e do avião estão submetidas a limites técnicos predefinidos, com variações matematicamente calculáveis.

O método frequentemente utilizado para aplicação da teoria da retroalimentação é “a tentativa e erro”, compreendendo a experiência e correção. O resultado da ação influencia o agente e modifica o seu comportamento de maneira a provocar transformações diferentes ao seu redor. A análise dos resultados deve ser feita com o auxílio da estatística, possibilitando a formulação de enunciado de leis precisas através de algoritmo.

Conclui-se que o conceito cibernético de homeostase está intimamente ligado ao de retroalimentação. Se, em um dado sistema, existe um padrão, denominado comportamento-regra, a análise do comportamento norteia-se por meio de mensagens que visam instruir a conformidade ou não do objeto com o comportamento-regra. Em casos de não conformidade, o comportamento fugiu ao padrão e o cientista terá que descobrir o motivo para retomar o controle e equilíbrio do sistema (homeostase).

1.2.2 A cibernética jurídica e a “retroalimentação de ordem superior”

A cibernética visa comparar o funcionamento físico do homem com a máquina eletrônica. Wiener conclui que ambos são análogos na atividade de controlar a desordem, chamada pelo matemático de entropia. A teoria da retroalimentação e o método “tentativa e erro” atuam em conjunto com a finalidade de reunir informações organizadas para sua utilização prática, criando, assim, diversas formas de controle de leis que regem o comportamento da natureza e da sociedade (ibidem, p. 26 - 32).

Wiener (1970, p. 33) destaca a “retroalimentação de ordem superior” que engloba os comportamentos políticos e vai além dos reflexos. A sociedade não é coordenada apenas por regras, mas sim por resultado de experiências passadas. O método de descoberta aplicado ao Direito, portanto, parte da análise de resultados pretéritos proporcionada pela teoria da retroalimentação, considerando seu caráter político. Neste sentido, ao se pretender que o sistema alcance resultados, outrora obtidos pelo trabalho decisório do homem, esbarra-se em critérios de elaboração muito mais complexos.

A cibernética consolidou-se no mundo jurídico a partir da utilização do computador eletrônico em interdisciplinaridade com a teleinformática, firmando as bases do direito cibernético. O computador constitui o núcleo deste universo, programado pelos analistas de sistemas para atuar como reprodutores, substituindo, assim, as atividades repetidas e criando padrões de comportamentos e decisões. É a teoria da retroalimentação e método da “tentativa e erro” que proporciona o desenvolvimento deste processo.

1.3. A INFORMÁTICA JURÍDICA E A LINGUAGEM

A informática estuda o processamento eletrônico da informação, utilizando-se de técnicas documentais, através da contribuição humana; do hardware, que representa a parte física do computador; e do *software*, considerado como a parte lógica, que possibilita a execução de tarefas. A dinâmica deste conjunto permite que a máquina atue com componentes racionais para coletar, armazenar, ordenar, processar e transmitir informações juridicamente relevantes (PIMENTEL, 2000, p. 24-28).

Quando a informática passou a ser conduzida independentemente do espaço físico em que os aparelhos estavam inseridos, criou-se o sistema teleinformático, o qual permitiu a interconexão dos dados para computadores distantes entre si. De acordo com PIMENTEL (2000, p. 41-47), este sistema posteriormente foi batizado de internet. Assim, a telemática possibilitou o acesso à informação de modo global e instantâneo.

A principal vantagem de um sistema automático de informação é fornecer todas e apenas as informações pertinentes ao conteúdo buscado. Deve-se encontrar tudo que é relevante, excluindo o irrelevante, no intuito de preservar a mensagem e evitar ao máximo o ruído. Os sistemas teleinformáticos, portanto, preveem um aparelhamento e instrumento de pesquisa sofisticado que facilita o encontro e conversão entre os tipos de linguagem a serviço das necessidades esperadas.

A teleinformática constitui o meio imediato da atuação da máquina ao transformar o problema a uma dimensão lógica, proporcionando, assim, a técnica de algoritmos, adaptada à linguagem do computador. No direito, o objetivo é solucionar os problemas do ordenamento através do uso eletrônico para conectar a cibernética às leis, jurisprudências, estudos de comportamentos jurídicos

1.3.1. Conexão entre a linguagem humana e a da máquina

A linguagem comum é a que as pessoas usam diariamente para comunicação. Possui história e estrutura próprias, apresentando características que possibilitam a expressão de nuances, diferenças e variedades. Porém, as diversidades na comunicação acabam por afetar o seu rigor técnico e a formalização visa suprir estas carências através da lógica simbólica.

De acordo com Wiener (1970, p. 7), a linguagem é, na prática, a própria comunicação e, assim, as mensagens codificadas e decifradas são importantes tanto para os humanos, como para as máquinas utilizadas por eles. Na cibernética, um algoritmo é válido para todas as disciplinas e é aplicado a uma especialidade jurídica a depender da natureza dos documentos introduzidos na memória da máquina.

O Direito é desafiador na transformação da linguagem, exigindo do programador uma compreensão semântica dos conceitos. Suas premissas estão inseridas em um contexto para avaliação do que é válido ou inválido, ou seja, o sujeito deve ou não deve se comportar de determinada maneira.

O advogado precisa efetuar um trabalho de redução do problema jurídico a sua dimensão lógica a fim de submetê-lo ao processo de transformação realizado de maneira rigorosamente técnica, cujo resultado vem a ser um produto de direito artificial. Frosini (1982, p. 25 – 26) argumenta que este processo decisório é pautado em um sistema racional tecnificado, rápido, eficiente, seguro e imparcial.

A lógica simbólica não exerce o exame crítico do conhecimento. Sua preocupação é com a estrutura do raciocínio na relação entre os conceitos e documentos, com o objetivo de apresentar as operações intelectuais baseadas no julgamento de verdadeiro ou falso. A operação lógica, ao partir da linguagem comum para sucessivas formalizações, pode ser traduzida em impulsos elétricos, programados no computador, assim como a linguagem comum é capaz de ser memorizada pelas pessoas.

1.4. CONTRIBUIÇÃO DA CIBERNÉTICA E INFORMÁTICA PARA A ROBÓTICA (SISTEMA EXPERTO)

Atualmente, a inteligência artificial já é capaz de compreender até a linguagem comum como sons e imagens por computadores mais modernos. Existem ainda programas de computador que resumem a experiência e o conhecimento dos homens, incorporando de maneira eficiente o saber de especialistas sobre determinada matéria e permitindo a realização de inferências de particular interesse para quem consulta. Este sistema é descrito por Pimentel (2000, p. 149-151) como “experto” e possui uma base de conhecimento e banco de dados armazenados na memória do computador, bem como um motor de inferências que permite a obtenção de conclusões a partir de dados e de outras conclusões lógicas já armazenadas

Os sistemas “expertos” são programas reprodutores da atuação prevista pelo especialista que o projetou. As técnicas de programação mais frequentes encontram-se nas regras, as quais exigem uma quantidade considerável de informação estatisticamente organizadas para revelarem uma tendência de comportamentos ou decisões. Assim, o sistema compreende que há entropia, mas oferecerá resultados homeostáticos através do percentual de probabilidades. Esta comunicação permite a busca do sentido e

PIDCC, Aracaju/Se, Ano XI, Volume 01 nº 01, p.014 - 033 MAR/202 A JUN/2023 | www.pidcc.com.br

das ideias presentes no teor dos impulsos enviados à máquina, considerando a combinação das informações já armazenadas, ou seja, os eventos passados.

A princípio, a inteligência artificial deve apenas auxiliar na decisão. Porém, ao considerar as técnicas de inferências, sua importância será cada vez maior ao advogado graças às chamadas redes neurais, uma inteligência computacional que constitui os sistemas “expertos”, e aproxima ainda mais o raciocínio da máquina ao do homem. Pimentel (2000, p. 149-151) argumenta que as inferências lógicas possuem margem de erro extremamente reduzida, pois admitem a utilização de uma proposição mesmo que esta não seja conhecida previamente.

A presença de máquinas interagindo com humanos, típico de uma abordagem de filme de ficção científica, tornou-se uma realidade. Já é possível constatar os resultados de previsões realizadas por importantes empresas de consultoria no mundo, sobre a substituição de um quarto dos empregos por *software* ou robô (STYLIANOU et al, 2015).⁵ Em contrapartida, as pesquisas possuem conclusões similares ao valorizarem os profissionais que utilizam a negociação, estratégias e criatividade no processo de tomada de decisão.⁶

Os robôs já são capazes de aprimorar sozinhos a atividade que lhe foi designada, garantindo sua adaptação ao dinamismo social. Esta técnica é conhecida como *machine learning*. Experimentos de renomadas universidades construíram robôs capazes de desenvolver outros melhores sem a intervenção humana. A chamada “mãe-robô” junta pequenos cubos para formar um novo “bebê-robô” com configurações diferentes. A própria “criadora” avalia, então, a distância que eles conseguem percorrer e, após analisar os resultados, consegue projetar outros “bebês-robôs” capazes de percorrer distâncias ainda mais longas, em menos tempo. Com sistemas cada vez melhores, foram construídas dez gerações de robôs por eles mesmos (GLOSH, 2015).

A expectativa dos pesquisados é que, diante de situações adversas, as máquinas consigam desenvolver-se sozinhas, adaptando-se constantemente ao ambiente. Um dos líderes do projeto, Fumiya Iida, declarou que seu objetivo é entender a evolução dos seres vivos a partir da robótica para inclusão das possíveis habilidades de inovação e criatividade (GLOSH, 2015). Foi um resgate do conceito de cibernética, criado um século atrás.

Ao comparar a sistemática robótica com o raciocínio humano na tomada de decisão, constata-se que ambos possuem habilidade de trabalhar com a teoria da retroalimentação, proporcionando um controle de ações futuras, baseadas na lógica do comportamento-regra (padronizado). Diante da complexidade das relações contemporânea, as tecnologias robóticas representam instrumento essencial

⁵ Trata-se da previsão da consultoria Boston Consulting Group e do estudo da Universidade de Oxford, no Reino Unido. Esta última aponta que aponta que 35% dos atuais empregos no país poderão ser automatizados nas próximas duas décadas.

⁶ De acordo com a pesquisa, as variáveis utilizadas para o cálculo das probabilidades de substituição dos empregos levaram em consideração a percepção social, capacidade de negociação, persuasão, assistência às pessoas que necessitam, originalidade, artes plásticas, destreza manual.

aos advogados que poderão dedicar o seu tempo no aprimoramento de habilidades relacionadas ao seu poder de criação, com base em fundamentos cientificamente apurados.

O objetivo do artigo é desenvolver a atuação da juscibernética e teleinformática em conjunto, originando os sistemas expertos ou inteligência artificial. Assim, a partir dos próximos capítulos, quando for mencionada a expressão “inteligência artificial”, a autora estará se referindo a esta premissa.

2. JURIMETRIA E ADVOCACIA PREVENTIVA

2.1 HISTÓRIA E CONCEITO

O advogado Lee Loevinger (1963) acreditava que os problemas jurídicos poderiam ser compreendidos através da investigação científica, envolvendo experimentos e estudos estatísticos. Realizou, portanto, pesquisas empíricas nas universidades dos Estados Unidos.

No intuito de facilitar a coleta e armazenamento dos precedentes dos Tribunais, considerados a base do Direito americano, Loevinger criou um mecanismo capaz de transferi-los para o meio eletrônico. Como conclusão, verificou que um dos principais benefícios da organização de dados legais é encontrar o precedente aplicável, análogo ou relevante ao caso atual. Este precedente deveria ser analisado com abordagem quantitativa, pelo viés teórico e empírico dos problemas jurídicos. O método de estudo foi denominado por Loevinger de Jurimetria (ibidem).

Michael Heise⁷ (1999) é atualmente a autoridade mundial no estudo empírico e estatístico no Direito e acrescenta que a disciplina compreende abordagem quantitativa e qualitativa, na qual a Estatística transcende a concepção de ferramenta. Trata-se da junção de métodos em estudo de caso, investigação e observação participante, ou seja, uma análise verdadeiramente multidisciplinar.

A Associação Brasileira de Jurimetria foi criada em 2009 e, desde então, objetiva desenvolver estudos com aplicação da estatística e da probabilidade na análise de fenômenos jurídicos. O presidente Marcelo Nunes, destaca a importância de se mapear as características do processo de decisão, analisando como os fatos, atos e negócios jurídicos concretizam-se no cotidiano (2016). A estatística baseia-se em um estudo de variáveis reais, as quais são ordenadas e calculadas para verificar o caminho que mais se aproxima dos fatos.

A falta de aprimoramento da disciplina por longo período em muitos países remete a causas culturais, enraizadas no formalismo jurídico. Porém, a relação entre Direito e a Estatística é antiga. No início do século XVIII, o jurista Nicholas Bernoulli foi o primeiro a realizar pesquisas estatísticas de frequência em decisões judiciais, sugerindo a utilização de tabelas de expectativa de vida para presumir a data da morte em contratos de seguros (HALD, 2003 apud NUNES, 2019, p. 79-83).

⁷ Michael Heise é fundador da *Society For Empirical Legal Studies* e editor do *Journal of Empirical Legal Studies*, uma revista jurídica interdisciplinar de artigos empíricos.

O estudo do Direito Estatístico com o objetivo de se antecipar ao entendimento dos tribunais, através da análise quantitativa de decisões anteriores, fortaleceu-se nos sistemas de precedentes, principalmente nos Estados Unidos. Em 1897, o doutrinador Oliver Wendell Holmes recolocou o Direito no plano concreto e declarou em seu livro *The path of law* que o advogado do futuro é o homem da Estatística e mestre em Economia.

No século XX, o movimento denominado realismo jurídico foi crucial para consolidar a união da Estatística ao Direito. Na Grande Depressão causada pela quebra da Bolsa em 1929, intelectuais realistas foram protagonistas na elaboração do plano de recuperação americano, o *New Deal*. A influência do movimento consagrou tanto o empirismo como as disciplinas que se baseiam em sua metodologia, como a Jurimetria. O Direito passou a ser analisado como um fato social concreto, que exigia estudos multidisciplinares. Para Nunes (2019, p. 86-91), neste momento, a estatística ganhou destaque nas pesquisas de campo, entrevistas, experimentos e observações.

2.2 RESULTADOS PROBABILÍSTICOS DA JURIMETRIA

O deslocamento do viés abstrato das regras para o plano concreto dos Tribunais possibilitou a pesquisa empírica. O grande mérito do realismo jurídico foi romper com a tradição doutrinária formalista para analisar o processo de decisão como resultado de fatores sociais, econômicos e ideológicos. Assim, a utilização dos modelos estatísticos tornou-se essencial para a análise empírica e quantitativa destes critérios.

O empirismo proporciona à ciência jurídica uma filosofia probabilística. A jurimetria utiliza-se de fatos pretéritos para mapear, pelo viés quantitativo, características decisórias comuns, pois existe uma tendência de que fatos semelhantes produzam efeitos já estudados. Os resultados possuem níveis probabilísticos referentes à ocorrência do evento esperado. Porém, a infinidade de fatores que interagem no funcionamento da ordem jurídica impede a formulação de modelos capazes de prever com exatidão absoluta comportamentos no Direito.

Destarte, como destaca Trecenti (2015), a Jurimetria admite a chamada falseabilidade, considerada a possibilidade de não ocorrência de um evento esperado. Em contramão, a dogmática jurídica é determinística e, portanto, dado um fato, somente é admitida uma consequência no Direito, encarada como a verdade irrefutável. A Jurimetria baseia-se em fatos concretos, quantitativamente organizados, e repudia o comportamento que impossibilita a realização de testes de validação de teorias.

2.3 JURIMETRIA NA PRÁTICA. COMO O ESTUDO É REALIZADO

O jurimétrico realiza um trabalho de pesquisa com o intuito de constatar a tendência das variáveis, que são as características, comportamentos e opiniões similares sobre determinados fatos

jurídicos. No estudo, o Direito é analisado de forma multidisciplinar, essencialmente através dos métodos quantitativos encontrados na Estatística e Matemática.

A pesquisa científica inicia-se com a delimitação do problema e das hipóteses relacionadas ao comportamento jurídico estudado, seja do Judiciário ou dos próprios jurisdicionados. Prossegue com a escolha da população⁸, que compreende, a título de exemplo, as decisões de um Tribunal, os procedimentos de Cartório, da Junta Comercial ou Câmara Arbitral. Na primeira fase, reúne-se as suas amostras aleatórias para coleta dos dados, sua análise, organização e descrição gráfica.

A estatística descritiva é seguida pela inferencial, responsável pela interpretação das características da população observadas na amostra (BISQUERRA, 2007). Com base nas variáveis, semelhantes ou diferentes em cada elemento, organizadas quantitativamente, que o jurímétrico inferencial terá capacidade de levantar conclusões jurídicas (SERRA, 2013, p. 156-169).

Devido à ambiguidade dos termos jurídicos, é extremamente importante o acompanhamento do advogado ao longo de todo o processo. A realização cuidadosa e eficiente do procedimento é capaz de levantar hipóteses bastante interessantes. Em contrapartida, um erro de compreensão de qualquer destas etapas pela falta de conhecimento no Direito, possivelmente levantará conclusões equivocadas.

A Jurimetria inicialmente enfrenta as demandas jurídicas (judiciais e extrajudiciais) a partir de uma análise geral. Verifica as características ou variáveis em comum, que, a princípio, levam a processos de tomadas de decisão semelhantes. Após as constatações de identidade, o jurimetrista passará a investigar a singularidade de cada caso.

Assim, a metodologia parte do caso concreto para se chegar a conclusões genéricas e, somente depois, as características singulares são estudadas, por representarem uma parcela pequena da população. De acordo com Karina Moacyr (2019), este estudo apresenta o conflito jurídico em conjunto, e não de forma isolada como ocorre costumeiramente entre advogados.

A fase de coleta de dados proporciona uma perspectiva jurídica realizada de baixo para cima, invertendo-se o movimento de compreensão, ao relacionar o caso concreto com a norma. Assim, os conflitos são compreendidos no contexto que foram produzidos, pois a Jurimetria é capaz de mensurar os fatos sociais que os originaram permitindo a antecipação de hipóteses. Se há alta probabilidade de os fatos estudados terem como consequência o conflito, a tendência é que situações semelhantes encontrem o mesmo problema, gerando novos atritos (ibidem).

A identificação de questões sociais possivelmente conflituosas é importante ao advogado para que possa ter segurança nas orientações jurídicas passadas aos clientes. A utilização da Jurimetria é essencial ao aprimoramento da advocacia preventiva, que exige deste profissional uma participação ativa em planejamentos no intuito de evitar ou mitigar conflitos.

2.4 JURIMETRIA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

⁸ População em estatística significa o conjunto de elementos com características comuns.

Ao desenvolver a transmissão de mensagens através da cibernética e da teleinformática que o Direito adentrou na inteligência artificial. A configuração da máquina eletrônica com o objetivo de equilibrar a desordem, utilizando-se da teoria da retroalimentação e o método “tentativa e erro” desenvolveu o aprendizado robótico, capaz de participar do processo de tomada de decisão.

Como o desenvolvimento do sistema de controle cibernético exige a multidisciplinaridade, os sistemas expertos utilizam metodologias para compreender e replicar o conceito de inteligência na robótica. De acordo com a Associação Brasileira de Jurimetria (2019), a estatística é uma das metodologias mais importantes para a configuração do aprendizado da máquina e das redes neurais.

A relação entre juscibernética e jurimetria em prol da inteligência artificial remete ao conceito de Wiener (1970) de “retroalimentação de ordem superior” dos comportamentos políticos, os quais são coordenados por regras e experiências passadas. Desta forma, ao analisar os fatos jurídicos, a Jurimetria utiliza a modelística da informática jurídica, porém, uma parte do seu estudo não pode ser robotizada, sob pena de comprometer os resultados.

A etapa de criação do modelo teórico no Direito, que antecede o fenômeno investigado, consiste em encontrar elementos que descrevem ou interferem na análise do objeto. O ordenamento jurídico, a doutrina, os costumes e as decisões dos órgãos judiciais ou extrajudiciais são atributos que se relacionam diretamente com os fatos jurídicos. Após a formulação das hipóteses, da escolha da população e das variáveis de estudo, a inteligência artificial auxilia o jurímétrico no processamento de dados e na consequente descoberta de regras jurídicas (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA, 2019).

A inteligência artificial atualmente é essencial ao trabalho jurímétrico de alto impacto, que utiliza grande quantidade de dados (*big data*). Porém, não se pode olvidar que o objetivo primordial da jurimetria está na análise quantitativa do direito baseada em casos concretos em prol do processo decisório do operador. Assim, apesar de a automação ser prescindível à disciplina, sua utilização viabiliza uma expansão exponencial da pesquisa.

3. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A JURIMETRIA NA ADVOCACIA ESTRATÉGICA

3.1. ADVOCACIA ESTRATÉGICA PREVENTIVA

A advocacia de vanguarda vem acompanhando o desenvolvimento das novas disciplinas aplicadas ao Direito. Neste contexto, surgiu no mercado o ramo da “advocacia estratégica preventiva”. Seu objetivo é participar do planejamento de vida do cliente, seja uma empresa ou pessoa, alertando sobre os futuros riscos jurídicos para oferecer soluções. Estas respostas podem reduzir as chances de ocorrência do conflito jurídico ou mitigar os seus efeitos.

A advocacia tradicional costuma posicionar o advogado como intermediador entre o jurisdicionado e o Judiciário, tendo em vista que, nesta interpretação, o juiz é considerado o único tomador de decisão e responsável pelo desfecho do problema.

Atualmente, vive-se uma impactante ruptura, pois os clientes exigem do advogado uma participação na estratégia para solução e prevenção de seus conflitos. O mercado questiona os custos e benefícios das políticas de *compliance*, do ajuizamento de uma ação, as chances de êxito e a viabilidade de acordo, da arbitragem ou mediação, por exemplo.

Desta forma, a advocacia ganha destaque com uma posição ativa nos planejamentos e orientação para tomada de decisão. Porém, como repassar ao cliente uma orientação com segurança? O estudo das doutrinas e decisões judiciais isoladas ainda é suficiente?

O desenvolvimento de estudos resultantes da união da jurimetria e da inteligência artificial tem se tornado grande aliada, principalmente, aos profissionais que lidam com tomadas de decisões em planejamentos estratégicos. Neste contexto, os ensinamentos do direito formal e abstrato que a maioria dos juristas vivenciou têm demonstrado estar aquém da complexidade das relações sociais.

O resultado é uma mudança de perspectiva que permite aos advogados atuar mais proativamente no Direito. Em contrapartida, exige-se dele mais controle que antes. O cliente procura o escritório com dois objetivos, a prevenção da entropia ou a organização de uma desordem já estabelecida. Neste momento, o jurista pode ser comparado ao cibernético na tentativa de alcançar o controle.

Na busca da homeostase, o advogado precisa entender as consequências práticas das suas decisões. Apesar de seus pareceres serem elaborados no presente, baseiam-se na intuição dos seus efeitos no futuro. Em um trabalho conjunto, dinâmico e eficiente, a jurimetria e a inteligência artificial são capazes de fornecer as inferências de comportamentos futuros, através da modelística, aplicada aos estudos de fatos passados.

3.2. MODELOS PREDITIVOS DE ANÁLISE CAUSAL

O advogado preventivo possui dois objetivos: compreender as causas dos problemas recorrentes do cliente e orientá-lo ao prever as consequências de suas condutas. Porém, como saber quais as cláusulas imprescindíveis em determinados contratos ou as chances de êxito em um processo? Como compreender a origem daqueles conflitos que vêm prejudicando o cliente?

O processamento estatísticos de fatos jurídicos para a análise causal e previsão de comportamentos futuros constitui a base da jurimetria. As metodologias da cibernética e informática jurídica agregam ao estudo a criação dos modelos preditivos, possibilitando, assim, respostas aos desafiantes questionamentos.

Os modelos ou comportamento regra são criados pelos estudos científicos, com amostras aleatórias e realização de testes para validar as hipóteses relacionadas às variáveis. Através dos percentuais de resultados, eles respondem “o que provavelmente vai acontecer”, ou “o que provavelmente acontecerá se o cliente tiver determinada conduta”, podendo também confrontar fatos passados como “o que aconteceria se tivesse agido diferente”.

Os modelos são formados por diversas variáveis que podem influenciar no resultado de um processo. São os atributos que explicam as probabilidades dos cenários apresentados. Portanto, cabe ao advogado extrair as características mais relevantes à estratégia traçada.

Ainda assim, o resultado da interação destas variáveis nunca será exato, e o jurista precisa lidar com as suas variações em conjunto. Se for constatado que o comportamento desviou a regra, o advogado terá que descobrir a causa para retomar o equilíbrio do sistema.

Ao mapear um cenário global, os resultados da jurimetria proporcionam o enfrentamento pelo advogado da raiz do conflito. Na advocacia tradicional, que foca na individualidade de cada conflito, não é fácil compreender efetivamente problemas estruturais do cliente. Já a análise causal, contextualizada no tempo e espaço, possibilita a participação do advogado na estratégia, como agente transformador do Direito e tomador de decisão.

O conceito de probabilidade é importante para a estatística devido à sua capacidade de produzir modelos capazes de estimar a ocorrência de eventos futuros sem determinismos. Nunes (2019, p. 126-131) afirma que estes padrões resultantes de um trabalho quantitativo de comportamentos pretéritos constituem subsídios para uma estratégia jurídica consistente.

Assim como o cientista, o advogado que compreende o funcionamento do sistema possui maior consciência de seu estado presente e de suas regras de transformação, podendo se antecipar aos eventos futuros. A Jurimetria, aliada à inteligência artificial oferece um conhecimento que vai além das leis e das experiências pessoais do tomador de decisão. As amostras são amplas e combinadas de forma técnica, no intuito de oferecer racionalidade às estratégias, sem intuição ou achismo. Porém, o advogado precisa conhecer o funcionamento deste universo para utilizar as aplicações tecnológicas e poder influenciar os comportamentos futuros.

Os modelos preditivos e de análise causal são aliados do advogado por oferecerem um material científico capaz de direcionar e respaldar seu processo de tomada de decisão. Porém, não substitui a sua atuação criativa e estratégica. Ao contrário, deixa o advogado consciente dos riscos de se enfrentar um entendimento majoritariamente divergente para que compreenda as causas daquele resultado. Com base nesta compreensão, poderá buscar a origem dos problemas para pensar em soluções inovadoras.

3.3. A INTERAÇÃO COM O CLIENTE E O CONTROLE NA ADVOCACIA

A necessidade de controle, através dos meios cibernéticos, fomentou uma nova tendência denominada *legal design*. A digitalização dos processos judiciais e a difusão de uma cultura de armazenamento dos documentos “em nuvem” vem proporcionando a utilização da inteligência artificial nos departamentos jurídicos. Isto porque, o agrupamento de uma quantidade significativa de dados pode transformá-los em informação que auxilia na tomada de decisão.

O *legal design* utiliza a modelística para criação de técnicas de análise das informações, geradas pelos dados, no intuito de entregar a melhor solução possível ao cliente. A jurista Margaret PIDCC, Aracaju/Se, Ano XI, Volume 01 nº 01, p.014 - 033 MAR/202 A JUN/2023 | www.pidcc.com.br

Hagan (2017), referência desta metodologia, centraliza a construção dos padrões (*design*) no destinatário do serviço jurídico. Desta forma, desenvolveu seu método em Stanford Legal Design Lab (2018) com a trajetória de identificação do problema, seguido da caracterização do cliente.

Realiza-se o mapeamento da ideia principal para prototipagem e validação através de testes, devendo ser confirmado por outros especialistas e pelo destinatário do serviço. Somente com a validação, o advogado passa para execução.

O objetivo principal do *design* jurídico é engajar o cliente para solução dos problemas. Assim, as técnicas auxiliam na identificação do conflito e nos possíveis caminhos para a sua solução, com foco nas necessidades do destinatário dos serviços. Para alcançar este objetivo com eficiência, o escritório de advocacia precisa investir em ferramentas que possam ser customizadas pelo próprio cliente.

A utilização da inteligência artificial é importante, principalmente para adequar a linguagem natural no trabalho de prototipagem, pois a máquina realiza a compreensão contextual e semântica. Porém, sem a preparação da equipe para mudança de cultura, o melhor *software* do mercado provavelmente será subaproveitado.

Os operadores do direito têm atualmente muitos dados à sua disposição, apresentados em sistemas diferentes e sem padronização. O início do trabalho de organização dos dados em conformidade com os temas e problemas jurídicos a serem enfrentados é trabalhoso. Porém, de acordo com Holtz (2020), somente após este mapeamento é possível transformá-los em informações a serem utilizadas na compreensão dos indicadores para tomada de decisão. O estudo dos indicadores que possibilita traçar a trajetória e as ferramentas necessárias para solucionar os mais complexos problemas.

COELHO (2018) recomenda começar o projeto em uma área de cada vez, definindo-se, por exemplo, as cláusulas e as variáveis recorrentes dos contratos costumeiramente elaborados pelo advogado. A fase de testes da prototipagem é constante, então, a equipe precisa estar focada na atualização do banco de dados. Caso contrário, novas situações fora do padrão não serão contempladas automaticamente no contrato. Como consequência, o contrato estará incompleto ou o advogado precisará realizar a inclusão manual no programa de edição de textos.

O *legal design* reflete o desenvolvimento da Jurimetria através da cibernética e informática jurídica. Suas técnicas de pesquisa e modelagem, muitas vezes, começa com os dados fornecidos pelo próprio escritório de advocacia (*small data*). Retrata, portanto, um movimento da advocacia de utilização de técnicas de controle, fora do âmbito do achismo ou intuição.

3.4. LEGALTECHS

O mercado vem exigindo dos escritórios de advocacia uma participação no processo de tomada de decisões relacionadas ao *core business* do cliente. Assim, o conhecimento multidisciplinar de questões societárias, elaboração de contrato, operacionais e comerciais ganha destaque. Para armazenar e combinar tantas informações com eficiência, estes profissionais necessitam da ajuda de ferramentas tecnológicas.

No início, um simples programa de automação resolvia, mas a complexidade e quantidade de dados passou a demandar o uso da inteligência artificial. Este tópico expõe um trabalho jurimétrico, apresentado em 2006, com poucos recursos tecnológicos, e um programa atualmente aplicado no departamento jurídico de empresas.

A imprevisível alta da cotação do dólar, em 1999, e sua indexação a contratos motivou o desenvolvimento de programas de computador com técnicas estatísticas⁹. Muitos contratantes ingressavam com ações judiciais para alterar a forma de pagamento das prestações. Assim, foram desenvolvidas ferramentas com base no critério de ganho financeiro para auxiliar na decisão de processar ou não a contratada. Um modelo atuou em função de variáveis relacionadas ao perfil do cliente e teve como parâmetro a análise de jurisprudência. O estudo de BONASSI (et al., 2006) observou que a economia do contratante era diretamente proporcional ao prazo de duração do processo, ao número e valor das parcelas remanescentes, e à agilidade para ingressar com a ação.

A empresa de tecnologia a seguir está em constante desenvolvimento. Trata-se da Finch, que além de utilizar técnicas de automação para escritórios de advocacia, vem desenvolvendo a inteligência artificial, compreendida no conceito de *machine learning*. A Finch foi contratada para conduzir a avaliação de julgados dos Tribunais brasileiros sobre planos de saúde. Um advogado auxiliou no ensinamento da máquina ao treinar os algoritmos na identificação, compreensão e interpretação das variáveis presentes nos documentos analisados. Os dados foram estruturados para registrar o julgamento das ações com ou sem procedências dos pedidos, e os fundamentos mais importantes.¹⁰

O modelo de negócio da Finch objetiva a automação e inteligência artificial. Na automação de atividades repetitivas, é capaz de buscar informações nos sistemas dos Tribunais, incluindo documentos. Já as ferramentas de inteligência artificial possibilitam sua interpretação, a análise estatística de comportamento passados e aprendizado do robô em linguagem natural (SPERANDIO, 2018).

A Finch Analytics (2019) declara que é capaz de realizar a Jurimetria com predição de decisões futuras, através de uma plataforma de levantamento, análise e avaliação de jurisprudência. Assim, com

⁹ Ferramentas Desenvolvidas: Programa “Verifica Saldo”: com o enfoque determinístico, verifica a diferença entre os gastos totais ingressando ou não na Justiça; Programa “Apoiador de Decisão”: o enfoque é probabilístico, considerando os aspectos aleatórios, e os gastos de honorários advocatícios. O resultado do saldo é confrontado com as despesas para estimar a provável vantagem de se ingressar com processo.

¹⁰ A divulgação dos resultados, oportunizou a Finch a realização de parceria com a empresa IBM, para inclusão do robô Watson em seus sistemas.

a utilização da estatística, histórico de comportamentos e técnicas de aprendizado, elabora argumentos jurídicos baseados em processos vencedores.

Atualmente as empresas de tecnologia estão auxiliando os escritórios de advocacia, a partir do desenvolvendo das teorias apresentadas neste artigo. A Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (2020) reuniu as startups conforme suas funcionalidades, exemplificadas como *analytics* e jurimetria, automação, entre outras. As plataformas são importantes para auxiliar na tomada de decisão do advogado, mitigando o risco e maximizando o controle.

3.5. O CONTROLE E A RELAÇÃO DO ADVOGADO COM O RISCO

Os advogados enfrentam constantemente situações de incertezas, incrementadas pela imprevisibilidade das decisões judiciais no Brasil. É impossível antecipar-se absolutamente aos *veredictos*, porém, nas palavras do doutrinador Coelho (2015, p. 243) “a insegurança jurídica passa a existir quando é extrapolada a tolerável margem de previsível imprevisibilidade”.

No Direito Comercial, influenciado fortemente pela dinâmica do mercado, é comum surgirem disputas envolvendo situações que sequer possuem previsão legal. É o que já vem ocorrendo, por exemplo, com a hiporregulação das startups. Assim, para Nunes (2019), os juristas que ignoram os costumes da relação mercantil não conseguem enquadrar adequadamente o fato ao ordenamento.

Em meio a tantas incertezas, o conhecimento multidisciplinar aliado às metodologias desenvolvidas neste artigo objetivam oferecer ao Direito previsão. Trata-se da capacidade aproximada de se antecipar aos efeitos jurídicos futuros, reduzindo e controlando as possíveis consequências atribuídas à conduta.

O estudo quantitativo dos fatos passados possibilita a análise prospectiva, que considera dois ou mais eventos possíveis, com os respectivos percentuais de probabilidade. Assim, a compreensão dos comportamentos das variáveis, influenciando umas às outras, e o mapeamento dos resultados esperados viabiliza o controle da incerteza. As chances de ocorrência de um evento passam a ser mensuradas, fazendo parte da estratégia do advogado.

Os modelos preditivos de eventos futuros podem mudar conforme o sujeito adquire mais informações sobre o objeto, assim como ocorre com as teorias científicas. Afinal, admitir a inexistência de teses absolutas faz parte do conhecimento, e renovar-se às pesquisas e soluções é essencial para minimizar e controlar os efeitos.

As incertezas inerentes às relações jurídicas exigem dos advogados treinamentos constantes de relacionamento com o risco. Como demonstrado, o primeiro estudo com aplicação da estatística ao direito, analisou justamente os contratos de seguros, de alto risco. Assim, a busca do domínio sobre os resultados futuros é capaz de transformar as incertezas em oportunidades e quanto maior o conhecimento do advogado, menor tende a ser o risco.

CONCLUSÕES

A sociedade contemporânea é ávida pelo controle e, ainda que com certo atraso, o Direito passou a acompanhar a evolução da tecnologia. Porém, importantes teorias relacionadas ao domínio de fenômenos para solução de problemas jurídicos foram desenvolvidas ao longo da história. A compreensão de seus conceitos de forma contextualizada oferece ao operador do direito, em especial, aos advogados uma criticidade em relação às novas exigências de seus clientes e aos serviços de inteligência artificial disponíveis no mercado.

A teoria da retroalimentação cibernética e a informática jurídica possibilitaram a construção da modelística no direito, compreendida como a confirmação do fato estudado ao comportamento padrão. Neste contexto, foi possível aplicar a robótica nos fenômenos jurídicos. A jurimetria também vem ganhando o protagonismo ao demonstrar a eficácia do estudo estatístico na previsão de decisões judiciais e investigação de causas raízes de problemas.

A grande quantidade de *software* jurídico no mercado, com promessas de soluções para diversos problemas enfrentados pelo advogado contribuiu para o desenvolvimento da metodologia do *legal design*. Baseada nos princípios juscibernéticos criados no século passado, esta metodologia propõe a organização de documentos para gestão e testagem de comportamentos, os quais podem ser judiciais, do cliente ou do próprio departamento jurídico.

O desenvolvimento tecnológico no Direito vem ocorrendo graças a sua interdisciplinaridade com as ciências da comunicação, computação, estatística, entre outras disciplinas outrora distantes da advocacia. Desta união, surgem diferentes ferramentas de controle de fenômenos jurídicos. É justamente o estudo multidisciplinar que oferece ao pesquisador a sensação de segurança.

Assim como em qualquer área da ciência, há fatos no Direito que estão fora da previsão de *software* ou do estudo mais sofisticado no momento. A criatividade do advogado na negociação ou nos argumentos de um processo impossibilita a obtenção da certeza de eventos futuros. Porém, o estudo científico das previsões proporciona um processo de tomada de decisões consciente das prováveis consequências.

REFERÊNCIAS

Associação Brasileira de Jurimetria. Quem somos. Missão. Disponível em: <http://abjur.org.br/quem-somos-missao.php>. Acesso em: fev. 2016.

Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs. Radar de Lawtechs e Legaltechs. Disponível em: <https://ab2l.org.br/radar-lawtechs/>. Acesso em: jun. 2020.

BISQUERRA, Rafael; SARRIERA, Jorge C., MATÍNEZ, Francisc. Introdução a Estatística: enfoque informático com o pacote estatístico SPSS. Porto Alegre, Artes Médicas, 2007.

BONASSI, F.V. et al. Relatório de análise estatística sobre o projeto: “Análise Econômica do Direito aplicada a decisões judiciais: o caso dos contratos de arrendamento mercantil para compra de veículos com cláusulas de reajuste associadas ao dólar”. São Paulo, IME-USP, 2006.

Coelho, Alexandre Zavaglia. As 7 tendências para o uso de inteligência artificial no Direito em 2018. Ed. Thomson Reuters.

COELHO, Fábio Ulhoa. O Projeto de Código Comercial e a proteção jurídica do investimento privado. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 17 n. 112 Jun./Set. 2015 p. 237-255.

Finch Analytics. Jurimetria. <http://www.finchsolucoes.com.br/pt_br/analytics>. Acesso em ago. 2020.

FROSINI, Vittorio. Cibernética, derecho y sociedad. Madri: Tecnos, 1982, p 25-26.

GLOSH, Pallab. Cientistas criam robô capaz de construir sozinho outros melhores. BBC Brasil, ago. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812_robos_criadores_lab>. Acesso em: mar. 2016.

GUIBOURG, Ricardo A. Informática jurídica decisória. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 36-40.

HAGAN, Margaret. Law + Design Workbook. Disponível em <<http://www.legaltechdesign.com/2017/10/law-design-workbook/>>. Acesso em mai. 2020.

HEISE, Michael. The importance of being empirical. Pepperdine Law Review, Ithaca, NY, 26 v., n. 4, 1999. Disponível em <<http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol26/iss4/3>>. Acesso em: jan. 2016:

HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law. 10 Harvard Law Review, v. 457. 1897. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm> Acesso em out. 2015.

HOLTZ, Ana Paula Ulandowski; COELHO, Alexandre Zavaglia Coelho. Legal Design Visual Law. Comunicação entre o universo do Direito e os demais setores da sociedade. 2020.

LOEVINGER, Lee. Jurimetrics: the methodology of legal inquiry. Duke University School of Law. Law and Contemporary Problems, Durham, NC, 28 v, n. 1, winter 1963, p. 5-35.

LOSANO. Mario G. Lições de Informática Jurídica. São Paulo: Resenha Tributária, 1974.

MOACYR, Karina Reis. Jurimetria. A Estatística e a Importância da Previsão de Comportamentos no Direito”. PIDCC, Aracaju/Se, Ano VIII, Volume 13 nº 01, p.110 a 131 Fev/2019. Disponível em <<http://pidcc.com.br/06022019.pdf>>. Acesso em jul. 2020.

NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria. Como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Phenomenal Education, Re-thinking from Finland! Disponível em <<http://www.phenomenaleducation.info/home.html>>; Acesso em: jul. 2020.

PIMENTEL, Alexandre Freire. O direito cibernético. Um enfoque teórico e lógico aplicativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAQUEL, Mario. Informática jurídica documental. 7. ed. Santiago, Chile: Infojuris, 2001.

SERRA, Márcia Milena Pivatto. Como utilizar elementos da Estatística descritiva na Jurimetria. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, Curitiba, PR. Ano IV, nº 10, 2013.

Stanford Legal Design Lab, Faculdade de Direito de Standford. Disponível em <<http://www.legaltechdesign.com/>>. Acesso em jun. 2020.

SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. Desafios da inteligência artificial para a profissão jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito Aplicado aos Negócios) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23977>>. Acesso em set. 2019.

STYLIANOU, Nassos et al. Will a robot take your job? BBC News, set. 2015. Disponível em <<http://www.bbc.com/news/technology-34066941>>. Acesso em: abr. 2016.

TRECENTI, Julio Adolfo Zucon. Diagramas de influência: uma aplicação em Jurimetria. Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2020/03/trecenti_20160301.pdf>. Acesso em jan. 2020.

WIENER, Norbert. Cibernética e sociedade: O uso humano dos seres humanos. Cultrix, 1970

TÍTULO: INVASÕES BÁRBARAS – OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO DE AUTOR REQUERIDAS COMO MARCAS

Patricia Pereira Peralta¹

Elizabeth Ferreira da Silva²

Ingrid Jensen Schmidt³

RECEBIDO 05/06/2023

APROVADO 15/06/2023

PUBLICADO 22/07/2023

Editor Responsável: Carla Caldas

Método de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN: 2316-8080

DOI:10.16928

Resumo

Marcas e direitos autorais fazem parte da propriedade intelectual. Destinam-se, enquanto tipos de proteção, a garantir a exploração exclusiva de bens imateriais. As primeiras protegem sinais distintivos que servem para diferenciar produtos e serviços no mercado. Os direitos autorais têm por escopo proteger obras literárias e artísticas. Apesar das diferenças, obras autorais vêm sendo requeridas como marcas, invadindo a proteção garantida aos sinais distintivos. Este artigo

¹ Servidora Pública do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Cidade do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil. Tecnologista em propriedade industrial e docente permanente da Academia de Propriedade Intelectual e Inovação do INPI. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil. Endereço eletrônico: patricia.peralta@gmail.com e ppereira@inpi.gov.br. Orcid: 0000-0003-3092-9040; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3479238992958178>; Google acadêmico: <https://scholar.google.com/citations?user=HbRPYbwAAAAJ&hl=en>

² Servidora Pública do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Cidade do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil. Pesquisadora em propriedade industrial e docente permanente da Academia de Propriedade Intelectual e Inovação do INPI. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil. Endereço eletrônico: b.fer.silva.efs@gmail.com. Orcid: 0000-0001-9899-2834; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9384248704175019>;

³ Servidora Pública do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Cidade de Niterói – Rio de Janeiro – Brasil. Tecnologista em propriedade industrial e examinadora de segunda instância do INPI. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil. Endereço eletrônico: ingridjst@gmail.com e ischmidt@inpi.gov.br. Orcid: 0000-0001-7093-1204; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2647263259561237>; Google Acadêmico: https://scholar.google.com.br/citations?hl=pt-BR&user=NFPk6BsAAAAJ&view_op=list_works&citft=1&citft=2&citft=3&email_for_op=ingridjst%40gmail.com&gmla=AJsN-F63jiaQGq4bUKb9Tzxkp1MFVEDOW3xO-HbwE-sXqGBapjoduKsOqNKdr2-x7xcFq2Kf4formw61fsKk3OzwBq2aUbNfy75LdgN5tugv5NfMsR9CP2lkOvBQNviMdSQPC2pBhMARdkquu_v_SYscYEhgyT41t-eMx5CuAXyyLhvvsf4902h-a-O_1YCqNQo1K6Y7h4mKf-jT1UiaKjyZzq9NzIVzVm0BT4wns_zoA9Ga2t9EGb14RNdmb-GU9jSJcq7kwbIf

tem por objetivo analisar os problemas que envolvem a cumulatividade das proteções autoral e de marcas a partir casos extraídos da base de dados do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), confrontando estes com a literatura sobre marcas e direitos autorais. Por conclusões, entende-se que o uso do sistema de marcas para a proteção de obras autorais pode não ser interessante para o equilíbrio dos sistemas de proteção, mitigando o interesse público que justifica as proteções reconhecidas.

Palavras-chave: Propriedade intelectual. Direito autoral. Marca.

TITLE: BARBARIAN INVASIONS – WORKS PROTECTED BY COPYRIGHT REQUIRED AS TRADEMARKS

Abstract

Trademarks and Copyrights are different types of Intellectual Property Rights. They are intended to guarantee the exclusive exploitation of immaterial goods. Trademarks protect distinctive signs that are used to identify goods and services in the market. On the other hand, Copyrights protect literary and artistic works. Despite the differences between them, Copyright works have been claimed as Trademarks, overlapping the guaranteed protection of distinctive signs. This article aims to analyze the problems of overprotection such as those involving cumulative protection of Copyright and Trademarks based on cases extracted from the database of Brazilian National Institute of Industrial Property (INPI) comparing these with the literature on Trademarks and Copyrights. Drawing conclusions, it is understood that the use of the Trademark System to protect Copyright work may not be interesting for the proper balance of the Intellectual Property System, mitigating the public interest that justifies the recognized protection.

Key-words: Intellectual property. Copyright. Trademark.

TÍTULO: INVASIONES BÁRBARAS - OBRAS PROTEGIDAS POR DERECHOS DE AUTOR REQUERIDAS COMO MARCAS COMERCIALES

Resumen

Las marcas registradas y los derechos de autor son parte de la propiedad intelectual. Están destinados, como tipos de protección, a garantizar la explotación exclusiva de los bienes intangibles. Los primeros protegen signos distintivos que sirven para diferenciar productos y servicios en el mercado. Los derechos de autor están destinados a proteger las obras literarias y artísticas. A pesar de las diferencias, las obras protegidas por derechos de autor han sido requeridas como marcas, invadiendo la protección garantizada a los signos distintivos. Este artículo tiene como objetivo analizar los problemas que involucran la acumulabilidad de las protecciones de derechos de autor y marcas a partir de casos extraídos de la base de datos del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI), comparándolos con la literatura sobre marcas y derechos de autor. Por conclusiones, se entiende que el uso del sistema de marcas para la protección de obras de autor puede no ser interesante para el equilibrio de los sistemas de protección, mitigando el interés público que justifica las protecciones reconocidas.

Palabras-clave: Propiedad Industrial. Derecho de autor. Marca

Introdução

A propriedade intelectual vem sendo entendida como um sistema a abrigar a proteção aos direitos autorais e à propriedade industrial⁴. Esta, por seu turno, abarca as proteções de marcas, patentes, desenhos industriais e, no caso do Brasil e alguns outros países, a das indicações geográficas. Cada um desses direitos de propriedade intelectual encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no artigo 5º da Carta Magna, em seus incisos XXVII e XVIII. Diferente do direito autoral, a propriedade industrial, em sua previsão constitucional, tem que a mesma será concedida visando o desenvolvimento tecnológico, econômico e social do Brasil.

No mercado globalizado, o interesse das empresas promotoras e provedoras de conteúdo aumenta de forma significativa quando o assunto versa sobre a proteção à propriedade intelectual. Na arena internacional⁵, há pressões significativas, realizadas por grandes empresas,

⁴ Denis Borges Barbosa utiliza definição constante do sítio da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), na qual a propriedade intelectual é gênero do qual são espécies o direito autoral e a propriedade industrial. BARBOSA, Denis Borges. **Introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁵ Tema que pode ser consultado na pesquisa desenvolvida por Marisa Gandelman. GANDELMAN, Marisa. **Poder e conhecimento na economia global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

visando ao empolamento das proteções conferidas às marcas, às patentes, aos desenhos industriais, às indicações geográficas e aos direitos autorais.

Esse movimento de constante pressão em torno do aumento significativo dos direitos de propriedade intelectual pode se dar, para fins desta discussão, a partir de algumas estratégias e de duas formas aqui aventadas: pela expansão de cada um dos direitos individualmente ou pelo uso de proteções cumulativas sobre um mesmo bem imaterial⁶. Esta última forma expõe-se como de interesse particular da discussão a ser aqui empreendida, pela relevância que a mesma pode possuir não apenas no campo jurídico, com também no campo econômico, pois, conforme Barbosa⁷:

Veja-se, portanto, que a criatividade humana (especialmente para expedientes ardilosos e embusteiros) tende ao infinito, inclusive quanto a métodos de *artificialmente* dilatar o termo que antecede o domínio público (art.99, I do CC) e de praticar atos ilegítimos de interdição da concorrência.

Especificamente, interessa a este trabalho a possível cumulatividade dos direitos autorais com o direito de marcas, na tentativa de “(...) *artificialmente* dilatar o termo que antecede o domínio público”⁸. Os direitos autorais incidem sobre as criações do espírito que podem ser manifestadas por qualquer forma de expressão. Geralmente, a proteção autoral recai sobre as obras literárias e artísticas.

Basta-nos dizer que o direito de autor pressupõe uma obra, que não há direito de autor sem obra, seja essa obra ou não tecnicamente o objeto do direito; ou dizer, mais vagamente ainda, que a obra é o objeto da proteção no Direito de Autor. (...) O Direito de Autor tutela necessariamente criações do espírito.⁹

Por seu turno, a proteção de marcas é destinada aos sinais distintivos que, no mercado, têm por função identificar produtos e / ou serviços, distinguindo-os dos demais.

Pelo disposto, são diversas as funções e razões de cada proteção. Destarte, em que medida as mesmas se aproximam? Não se faz nova a situação de titulares de obras autorais

⁶ A matéria da cumulatividade dos direitos de propriedade intelectual vem ganhando espaço nas discussões acadêmicas. Todavia, a mesma ainda revela-se incipiente no Brasil. Há os que a defendam como Gusmão José Roberto d’Affonseca. “Desenhos industriais”. In.: CANTO, Flávio Ulhoa (Org.). **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 6, p. 281-303; MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Marcas tridimensionais**. São Paulo: Saraiva, 2009; SILVEIRA, Newton. **Direito de autor no desenho industrial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982 entre outros e os que não concordem com a mesma Ascensão (ano), BARBOSA, Pedro Nunes. “A vedação da sobreposição de direitos de propriedade intelectual na ordenação brasileira”. In.: **Revista da ABPI**. nº 162 – Set/Out de 2019, para citar apenas alguns.

⁷ BARBOSA, Pedro Nunes. “A vedação da sobreposição de direitos de propriedade intelectual na ordenação brasileira”. In.: **Revista da ABPI**. 2019.

⁸ Para uma compreensão sobre o domínio público, no direito brasileiro, sugere-se a obra de BRANCO, Sergio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Complementando, sugere-se a leitura de artigo que trata do direito português de GUEDES, João Miguel de Magalhães. “Breves considerações sobre o direito de autor e o domínio público”. In.: **Revista da Ordem dos Advogados de Portugal**. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bb5749bb5-be74-4035-bd93-91149c74e563%7D.pdf>

⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 27.

recorrerem à proteção conferida às marcas, solicitando títulos de obras e personagens como marca. Há autores que denominam tal situação como merchandising de direitos de autor, como Carvalho¹⁰. Para esta autora, um bem imaterial que possui uma função primária passa a ter uma utilização secundária quando requerido como marca.

O assunto revela-se pouco debatido no Brasil. Contudo, a prática, como dito, tornou-se corriqueira em muitos países, apenas sendo intensificada com o passar dos anos. Dispostas estas palavras introdutórias, este artigo tem por objetivo analisar quais questões problemáticas envolvem a cumulatividade da proteção autoral com a proteção de marcas.

Para tanto, parte-se de uma metodologia qualitativa e exploratória, amparada na revisão bibliográfica sobre o tema e na discussão pontual de alguns casos nos quais se identifica a cumulatividade dos citados direitos. De forma a apresentar estes casos, utilizar-se-á a base de dados de livre acesso do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), denominada de “Busca Web”¹¹, que reúne os depósitos de marcas requeridos no Brasil. Os casos serão selecionados a partir de empresas brasileiras, de forma a obter dados sobre as mesmas no sítio da Receita Federal¹², de forma a revelar a situação atual da questão no Brasil. A ideia não é apresentar diversos casos, mas selecionar alguns para a discussão.

Visando a atender ao objetivo, este artigo está dividido em algumas seções, além desta introdução e de uma conclusão. Dessa forma, o próximo tópico terá por objeto o sistema de proteção autoral. A ideia é fornecer um panorama sobre as especificidades da proteção autoral no Brasil. Após esta seção, apresentar-se-á o sistema de marcas. Da mesma forma como no primeiro tópico, destina-se a discussão para a exposição das principais características desse sistema. Na sequência, far-se-á a discussão sobre a cumulatividade de proteções de direito autoral e marcas sobre o mesmo bem imaterial, seja este constituído por um título de uma obra ou pelo nome ou forma de um personagem. Por fim, traçar-se-ão algumas palavras a guisa de conclusão.

1- A proteção conferida pelo direito de autor

¹⁰ Para uma apreciação da questão indica-se o trabalho de CARVALHO, Maria Miguel. **Merchandising de marcas**. Coimbra: Almedina, 2003.

¹¹ www.inpi.gov.br

¹² http://servicos.receita.fazenda.gov.br/Servicos/cnpjreva/Cnpjreva_Solicitacao.asp

O direito autoral pode ser considerado uma das proteções que possuem longa data naquilo que hoje pode ser denominado como sistema de propriedade intelectual. Souza¹³ aponta para a existência do reconhecimento da autoria desde a Antiguidade, dispondo que:

Assim, apenas nos espaços onde houve viabilidade econômica para a reprodução dos originais estabeleceu-se uma produção e circulação lucrativa de bens culturais sustentáveis – livros, no caso – e a demanda por uma proteção. É equivocado, portanto, falar da inexistência de uma proteção à prioridade literária na Antiguidade, especialmente em Roma.

Todavia, a invenção da imprensa de Gutemberg e do papel, conforme aponta Souza¹⁴, além da emergência de um público leitor, inicia um movimento de proteção à obra impressa de maior eficácia, pois sua impressão representava o dispêndio com investimentos daqueles que se propusessem a fazê-lo, “os intermediários”. “A primeira configuração jurídica específica para a proteção dos direitos de criação foram os privilégios concedidos pela Coroa aos livreiros, em razão de seus investimentos de impressão, protegendo-os assim da concorrência alheia.”¹⁵

A proteção da obra enquanto objeto da criação de uma pessoa, o autor, contudo, faz-se mais recente. Apenas com os ideários das Revoluções Inglesa e Francesa, o autor passa a gozar de direitos sobre suas criações por serem as mesmas frutos de seu trabalho criativo.

A proteção autoral, portanto, ganha o desenho que possui atualmente, principalmente, com o findar do século XVIII e com todas as transformações transcorridas ao longo do século XIX. Dessa época para a atual, tal proteção não só veio ganhando mais extensão em termos temporais, como, também, ampliou o escopo de obras a serem abrigadas pela mesma. O que foi iniciado pelos movimentos de impressão de obras literárias, passa a englobar os diversos tipos de arte (música, pintura, gravura, escultura, arquitetura), incluindo as novas formas de expressão surgidas nos séculos XIX e XX (fotografia, cinema, programas de computador).

No Brasil, a proteção autoral, atualmente, vem regulamentada pela Constituição Federal, por meio do inciso XXVII do artigo 5º, bem como pela Lei de Direitos Autorais (LDA), a 9610/1998. Nesta, tem-se nos artigos iniciais o escopo de proteção garantido no Brasil. Em seu artigo 7º, por exemplo, encontra-se que são obras protegidas “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (...)”¹⁶. Segue o citado artigo de Lei com um rol exemplificativo daquilo que pode ser considerado como objeto da proteção autoral.

¹³ SOUZA, Allan Rocha de. “Direitos autorais: a história da proteção jurídica”. In.: **Revista da faculdade de direito de Campos**, Ano VI, nº 7, Dezembro de 2005, p. 12.

¹⁴ SOUZA, “Direitos autorais: a história da proteção jurídica”, 2005.

¹⁵ SOUZA, “Direitos autorais: a história da proteção jurídica”, 2005, p. 13.

¹⁶ BRASIL, 1998.

Por seu turno, o artigo 8º da mesma Lei dispõe o que não será considerado protegido pela LDA, como são os casos de tratados e leis, conceitos matemáticos, informações de uso comum, “o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras”¹⁷ e – de interesse particular para a discussão a ser aqui travada – os nomes e títulos isolados.

Os títulos e nomes isolados não possuem abrigo na LDA, conforme prevê o artigo 8º dessa Lei acima disposto. Não obstante, o artigo 10º da mesma lei dispõe que a “proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor”¹⁸. Ascensão¹⁹ desenvolve classificação em que podem ser enquadrados títulos formados por termos ou expressões: “criativas”, “genéricas” e “distintivas”. Observa o citado autor que a lei não permite que o título surja como algo separado da obra, sendo autonomamente protegido. Sem esgotar o assunto, mas tendo em vista o interesse que o mesmo assumirá para o objetivo deste artigo, apensa-se, ainda, o posicionamento de Ascensão sobre o que seriam obras do mesmo gênero, apontando, o citado autor, serem de gêneros diferentes a ópera e a poesia e indicando que “há por acento, mas que uma distinção dos gêneros em abstrato, na própria susceptibilidade de confusão que é a *ratio* da regra. Desta forma, defende o autor ser o “(...) critério fundamental o da confundibilidade. Saberemos se um gênero é diferente ou não consoante subsista a possibilidade de confusão de obras.”²⁰

A proteção autoral é garantida independente de o seu registro vir a ser requerido em uma das instituições designadas no Código de Direitos Autorais de 1973, substituído pela atual LDA que manteve as disposições do citado Código em relação aos locais destinados aos registros das obras, pelas suas especificidades. Entende-se ser a proteção aos direitos autorais garantida a partir do momento da criação da obra. Não sem razões, ao discutir o sistema de proteção autoral, Otero Lastres²¹ dispõe ser o direito de autor um direito exclusivo quando comparado aos direitos de propriedade industrial, incluindo as marcas, considerados pelo autor como direitos exclusivos e excludentes. São exclusivos e excludentes, pois os direitos de propriedade industrial pressupõem o registro em instituição competente para tal que avaliará requisitos demandados pela lei e que deverão ser cumpridos de forma a conceder-se ou não tais direitos. Além disso, por passarem pela análise de uma instituição e por constituírem direitos excludentes, a propriedade industrial, seja da marca, da patente ou do desenho industrial, deverá

¹⁷ BRASIL, 1998.

¹⁸ BRASIL, 1998.

¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 1997, p. 528.

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 1997, p. 529.

²¹ OTERO LASTRES, José Manuel. **Manual de la propiedad industrial**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

ser publicada de forma a comunicar a terceiros o que vem a ser protegido a partir da concessão dada por meio de cada um dos citados direitos.

Por não estar restrito à análise e possível concessão por uma instituição que irá aferir requisitos constantes na lei autoral, o direito concedido ao autor é entendido como um direito apenas exclusivo, conforme dito. Por isso, a proteção incide apenas em relação à cópia e não à criação independente, ainda que esta seja igual ou muito parecida. Essa característica da proteção autoral pode ser um dos seus limitadores em termos da eficácia que a mesma possa ter no seu uso contra terceiros. Todavia, há outras especificidades do direito de autor que garantem uma proteção atraente, como poderá ser observado na sequência.

O autor, a partir de sua criação, passa a contar com um rol de direitos morais e de direitos patrimoniais. De acordo com Bittar²²:

Com efeito, cada bloco de direitos cumpre funções próprias: os direitos de cunho moral se relacionam à defesa da personalidade do criador, consistindo em verdadeiros óbices a qualquer ação de terceiros com respeito à sua criação; já os direitos de ordem patrimonial se referem à utilização econômica da obra, representando os meios pelos quais o autor dela pode retirar proventos pecuniários.

Consoante ao disposto por Bittar, afere-se que os direitos morais se veem atrelados à personalidade da pessoa do autor, estando previstos, principalmente, no contido do artigo 24 da LDA brasileira, revelando-se, como aponta o autor citado, “(...) vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade”²³. Entre os direitos morais estão o direito de paternidade, de arrependimento e de impedir modificações ou a destruição da obra, entre alguns outros. “Características fundamentais desses direitos são: a pessoalidade; a perpetuidade; a inalienabilidade; a imprescritibilidade; e a impenhorabilidade”²⁴.

Por outro lado, há a previsão também dos direitos patrimoniais do autor. Estes encontram-se previstos principalmente no artigo 29 da citada Lei, versando sobre as formas de autorização que são necessárias de serem obtidas junto ao autor, permitindo a este a exploração econômica de sua criação.

Direitos patrimoniais são aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação a obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público.²⁵

²² BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária 2005, p. 46.

²³ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 2005, p. 47.

²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 2005, p. 48.

²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 2005, p. 49.

Em conformidade ao previsto na Lei, dispõe Ascensão²⁶: “O art. 29 não dá ao autor apenas o direito de utilizar e autorizar a utilização. Fala também no direito de fruir e de autorizar a fruição, e no direito de dispor”. Adenda o autor com ressalvas ao uso privado da obra que se encontra fora das prerrogativas garantidas ao autor pelos direitos patrimoniais: “Daí a ressalva do uso privado. O que a lei reserva ao autor são formas de utilização pública da obra. O uso privado é por natureza alheio ao Direito de Autor (...)”²⁷.

Internacionalmente, tem-se a Convenção da União de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas. O Brasil é um dos países a compor a Convenção de Berna. Por esta, a proteção conferida ao autor será por toda a sua vida, acrescentando-se mais 50 anos a contar de 1º de janeiro do ano subsequente à sua morte. Desta forma, o prazo estipulado por Berna envolve toda a vida do autor, mais cinquenta anos após a sua morte. No caso do Brasil, esse prazo foi um pouco mais alargado, incluindo toda a vida do autor, mais 70 anos após a sua morte.

Há, pelo disposto supra, algumas disposições que caracterizam a proteção autoral que será de fundamental relevância para a discussão a ser encaminhada na sequência. O autor de uma obra não está condicionado à nenhuma formalidade para a obtenção da proteção conferida pela LDA, tendo em vista a mesma ser consagrada com a criação da obra. Desfruta esse mesmo autor de direitos morais e patrimoniais, direitos, portanto, bem mais abrangentes que os meros fins econômicos de exploração de uma obra. O prazo de proteção conferido pela legislação autoral vem sendo considerado um dos mais dilatados e, portanto, abrangentes de toda a propriedade intelectual. O capítulo dos limites ao direito autoral, na legislação brasileira, vem sendo compreendido como um dos mais tímidos em matéria das limitações impostas aos direitos do autor diante de diplomas legais de outros países. Essas características tornam o direito de autor atraente para aqueles que são autores e titulares. Não sem razões, são extensas as pressões pelo respeito à proteção garantida pelo direito autoral por parte de países desenvolvidos.

Dispostas essas caracterizações de forma generalista, a questão que se põe versa sobre a necessidade de, diante da existência de proteção própria, conferida pela legislação autoral, titulares de direitos autorais estarem se utilizando da proteção conferida pelo direito de marcas, requerendo como marca, títulos de obra, nomes de personagens, bem como os próprios

²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 1997, p. 158.

²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 1997, p. 159.

personagens. O que tem levado a tal conduta? Antes de problematizar essa disposição, cabe traçar algumas linhas caracterizadoras da proteção conferida pelo direito à marca.

2- A proteção conferida pelo direito à marca

A marca, dentro da seara da propriedade industrial, pode ser caracterizada como um sinal distintivo do comércio. Para Olavo²⁸, os sinais distintivos do comércio: “(...) são, pois, os sinais individualizadores do empresário, do estabelecimento e dos respectivos produtos ou mercadorias, que conferem notoriedade à empresa e lhe permitem conquistar ou potenciar a sua clientela.” Da definição, extrai-se que a marca é espécie de um gênero que comportará outros tipos de sinais como títulos de estabelecimento e nomes comerciais. Cada um tem a sua função. Há consenso que a marca exerce a função de identificar e distinguir o produto e / ou serviço no qual a mesma é aposta e / ou veiculada. Já não se pode falar de concordância quando o assunto versa sobre a defesa da função de origem que alguns autores ainda entendem ser exercida pela marca²⁹

Gonçalves³⁰ fala em um ressignificação da função distintiva, atrelada esta à função de origem. Tal ressignificação seria decorrente das transformações pelas quais o direito à marca passou ao longo do último século, passando a permitir o licenciamento e a cessão da mesma independente do fundo comercial. A marca passou, destarte, a constituir um bem autônomo em relação à empresa. Em função de tais transformações, Ascensão³¹ defende que só há uma função protegida quando da concessão de uma marca, qual seja, a função distintiva e, ao dialogar com Gonçalves, aponta não ter sentido falar em uma possível função de indicação de origem empresarial, exatamente pelo processo de dissociação que permitiu a marca ser livremente transacionada sem o fundo comercial.

Fernandez-Nóvoa³² destaca que a marca só existe quando posta no mercado realizando a sua função, ou seja, permitindo ao consumidor criar o vínculo entre o produto e / ou serviço e o sinal que o identifica. De acordo com Ramello³³, para os teóricos da área econômica, a

²⁸ OLAVO, Carlos. **Propriedade industrial**. Sinais distintivos do comércio e concorrência desleal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 24.

²⁹ OLAVO, Carlos. **Propriedade industrial**. Sinais distintivos do comércio e concorrência desleal 2005 e FERNANDEZ-NÓVOA, Carlos. **Tratado sobre derecho de marcas**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

³⁰ GONÇALVES, Luís Couto. **Função distintiva da marca**. Coimbra: Almedina, 1999.

³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. “As funções da marca e os descritores (metatags) na internet”. In.: **Estudos de direito do consumidor**. Vol. 4, n.1, 2002, p. 99-120.

³² FERNANDEZ-NÓVOA, Carlos. “El uso obligatorio de la marca registrada”. In.: **Actas de derecho industrial - 1976**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1977.

³³ RAMELLO, Giovanni. What’s in a sign? Trademark law and economic theory. In.: *Journal of economic surveys*. Blackwell Publishing, v. 20, n. 4, p. 547-565, 2006.

marca passou a ser aceita como um objeto a ser protegido pela propriedade industrial, por conta dos papéis que a mesma desempenha no mercado, quais sejam, o do combate à assimetria de informação e o da redução dos custos de busca empreendidos pelo consumidor no desejo de aquisição do bem almejado.

Pela relevância do papel desempenhado pela marca no cotidiano das atividades de compra e venda, a mesma foi inserida dentro do sistema de propriedade industrial, passando a compor um dos direitos constantes nesse sistema, somando-se, portanto, às patentes e aos desenhos industriais. Ao ser incorporada à propriedade industrial, a marca ganhou especificidades que ajudaram a definir a proteção pela mesma garantida e das quais se falará brevemente aqui.

Há dois princípios basilares para a compreensão da proteção conferida à marca: o da territorialidade e o da especialidade. Por este, determina-se que a proteção à marca será garantida no segmento de mercado para o qual a mesma venha a ser requerida. Para tanto, na requisição de um sinal como marca, dever-se-á indicar os produtos e serviços aos quais o sinal se vinculará por meio do uso da Classificação de Produtos e Serviços de Nice³⁴. Esta prevê da classe 01 a 34, diversos tipos de produtos e da classe 35 a 45, os serviços.

Quanto ao princípio da territorialidade, compreende-se, por meio do mesmo, que a proteção da marca ocorre apenas no território no qual o sinal venha a ser requerido ou usado, dependendo do sistema de proteção adotado pelo país, se aquisitivo – que prevê a requisição do direito em órgão competente – ou declarativo – que estipula a proteção à marca a partir do uso da mesma no mercado.

Aos dois princípios, há exceções brevemente mencionadas aqui. À especialidade, há países que garantem proteções especiais a marcas que por suas notoriedade e reputação transbordam o segmento inicial, garantindo proteção contra a diluição da mesma. No Brasil, tal proteção foi consagrada pela Lei da Propriedade Industrial (LPI), 9279/1996, por meio do seu artigo 125 no qual se encontra que a marca protegida no Brasil, considerada de alto renome, terá proteção especial em todas as classes³⁵.

³⁴ A Classificação de NICE é uma classificação internacional de produtos e serviços que determina a área de atuação das marcas. Então, quando se realiza o pedido de registro marca no INPI, é necessário indicar quais produtos ou serviços a marca visa proteger. Assim, a Classificação Internacional de Produtos e Serviços de Nice (NCL, na sigla em inglês), possui uma lista de 45 classes com especificações de produtos e serviços pertencentes a cada classe. Informação constante da página do INPI: <https://123marcas.com.br/classificacao-de-nice/#:~:text=A%20Classifica%C3%A7%C3%A3o%20de%20NICE%20%C3%A9,servi%C3%A7os%20a%20marca%20visa%20proteger.>

³⁵ BRASIL, 1996.

À territorialidade, consagrou-se, internacionalmente, a proteção à marca notoriamente conhecida em seu segmento, mas que pode ser usurpada por terceiros, sendo usada ou requerida em território no qual o seu titular não tenha garantido a proteção da mesma em função da fama obtida no segmento nos quais os produtos ou serviços assinalados pela marca se encontram.

No caso específico do Brasil, país tomado como exemplo para a discussão a ser travada, a proteção à marca depende de sua concessão por instituição governamental designada para tal. Cabe, portanto, ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal, a análise e possível concessão de um registro como marca. A proteção quando conferida pelo INPI começa a contar da data do depósito, tendo por duração dez anos e podendo ser infinitamente renovada. Por ter que ser concedida pelo INPI, atendendo aos requisitos presentes na LPI, afirma-se ser o sistema de proteção da marca adotado no Brasil o denominado aquisitivo de direito, em detrimento do declarativo³⁶.

A legislação brasileira prevê mais algumas especificidades para garantir a proteção como marca. Uma dessas são os tipos de sinais passíveis de serem requeridos. Estes devem ser distintivos, visualmente perceptíveis e não compreendidos nas proibições legais. Por proibições legais entendem-se aquelas que dizem respeito ao interesse público e as que dizem respeito a interesses de terceiros, portanto privados.

Não se concedem sinais que sejam necessários, comuns, genéricos e enganosos como marca por conta de um interesse que envolve toda a sociedade, de forma a que a mesma possa usar livremente termos para indicar aquilo que os assinala ou que não seja enganada pelo uso de outros termos que possam indicar origem, qualidade, vinculação com instituições públicas o que tornaria os sinais deceptivos. Bem como não se concedem sinais que já tenham outro titular ou direito incidente sobre os mesmos, como são os casos dos direitos de personalidade e demais direitos de propriedade intelectual, por exemplo. Entre estes, destaca-se a proibição contida no inciso XVII do artigo 124 da LPI, onde se lê que não serão concedidos como marcas: “Obra literária, artística e científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo como consentimento do autor ou titular.”³⁷ Destarte, compreende-se que obras protegidas pelo direito autoral, inclusive o título

³⁶ Há autores que defendem que no Brasil o sistema é misto, por existirem algumas exceções ao registro, como o utente de boa-fé, a marca evidentemente conhecida e a marca notoriamente conhecida. Indicam-se as obras de MORO, Maria Cecília Fabbri. **Direito de marcas**. Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003 e OLIVEIRA NETO, Geraldo Honório de. **Manual de direito de marcas**. São Paulo: Pílares, 2007. para aprofundar a discussão.

³⁷ BRASIL, 1996.

das mesmas, poderão ser objeto do direito de marca, desde que o titular do direito autoral autorize tal registro.

A LPI estipula alguns tipos de marcas, encontrando-se em seu artigo 123 definições para marcas de produto, serviço, coletiva e certificação. As duas primeiras visam a assinalar ou produto ou serviço. A coletiva, por seu turno, assinala produto ou serviço provindo de uma entidade coletiva. Por fim, a de certificação visa a atestar que o produto ou serviço no qual a mesma é aposta apresenta determinadas características que deverão constar de documentação entregue ao INPI.

No caso do Brasil, importante observar a existência da necessidade de o requerente de uma marca, que pode ser pessoa física ou jurídica, ter que exercer atividade efetiva e lícita para poder requerer tal proteção. Como dito anteriormente a partir de Fernandez-Nóvoa³⁸, a marca existe para ser posta no mercado, assinalando produto e serviço, de forma a permitir a identificação do mesmo por parte do consumidor. A proteção da marca não é meramente a proteção a um sinal, e, sim, o cumprimento de uma função de identificação e diferenciação de um produto e / ou serviço por esse sinal. Por isso, faz-se necessário que aquele que venha a solicitar uma marca possua capacidade de efetivamente utilizá-la nas relações consumeristas.

Como um bem, considerado imaterial, a marca, pela LPI 9279/1996, é tipificada como móvel. Por ser um bem móvel, a marca pode ser cedida e licenciada, sendo tais atos previstos na lei como direitos do titular. A mesma lei prevê alguns condicionantes à manutenção do direito sobre a marca. A caducidade, por exemplo, vem disposta em lei de forma a permitir que sinais não utilizados possam vir a ser caducados por demandas realizadas por terceiros, quando o titular da marca não comprovar o uso desta ou não puder apresentar razões legítimas para o seu desuso. A caducidade pode ser considerada um remédio salutar para tornar a marca cumpridora de sua função, evitando a proteção de sinais com o fito de apenas impedir outros concorrentes.

Das caracterizações gerais acima propaladas sobre a proteção da marca, interessa, em especial para os objetivos deste artigo, a questão da função da marca. Como apontado, a marca é concedida por e para exercer a função de identificar e distinguir. Ao dirigir-se ao mercado, o consumidor tem na marca um aliado nas suas práticas de escolha, economizando o seu tempo na busca do produto ou serviço desejado, e não sendo enganado em função da proteção que garante o uso exclusivo de dado sinal em determinado segmento de mercado. Como dito, a

³⁸ FERNANDEZ-NÓVOA, Carlos. “El uso obligatorio de la marca registrada”. In.: **Actas de derecho industrial – 1976**. 1977.

marca não vem a ser concedida pela proteção do sinal em si, mas pela capacidade de identificar e diferenciar os bens, otimizando os processos de compra e a manutenção de práticas leais entre os concorrentes.

A marca, como coloca Corroza³⁹, nasce vazia. Todavia, assim que a mesma passa a atuar no mercado, auxiliando nos processos de compra dos consumidores, a mesma passa a identificar o produto e / ou serviço de forma clara e objetiva. Destarte, a questão é saber se um sinal que não nasce vazio para exercer a função de marca, mas passa a ser usado como tal a partir de uma significação prévia, por exemplo, como obra autoral, poderá vir a cumprir a função de marca, conforme será discutido no próximo tópico.

3- Das invasões bárbaras - a interface entre marca e direito de autor: discussão sobre as consequências da cumulatividade de proteções

Conforme visto ao longo desta exposição, marca e direito autoral são formas de proteção a compor a propriedade intelectual. Não são proteções que podem ser compreendidas como idênticas. Possuem especificidades que justificam a existência de cada uma. Além disso, recaem sobre objetos distintos, sendo o direito autoral destinado a proteger as obras artísticas e literárias e as marcas os sinais distintivos.

Em que pese serem proteções distintas, podem as mesmas possuírem interfaces? Consoante ao já apresentado, há uma tendência de empolamento dos direitos de propriedade intelectual. Uma das formas de proceder a esse empolamento advém do uso conjunto de diversas proteções sobre um mesmo bem imaterial. Destarte, uma obra artística, protegida pelo direito autoral a partir de sua criação, pode vir a ser requerida como marca, geralmente, obtendo tal proteção, conforme visto pela citação do inciso XVII do artigo 124 da LPI. Tal fato vem aqui validado por alguns exemplos que podem ser pesquisados na base de dados do INPI do Brasil, por meio da ferramenta Busca Web, de livre acesso⁴⁰.

Em um primeiro acesso à base do INPI, buscou-se pelo termo “Peixonauta”. Este termo, antes de tudo, designa o nome de uma série de animação transmitida na TV. Além disso, serve como nome do personagem principal da citada série. Por consequência, afere-se que há proteção de direitos autorais a recair sobre a obra audiovisual e, conforme o discutido no tópico do direito

³⁹ CORROZA, Hermenegildo Baylos. **Tratado de derecho industrial**. Propriedade industrial, propriedade intelectual, derecho de la competencia economia, disciplina de la competencia desleal. Madrid: Editorial Civitas, 1978.

⁴⁰ https://gru.inpi.gov.br/pePI/jsp/marcas/Pesquisa_classe_basica.jsp

autoral, não necessariamente ao termo entendido como título ou nome do personagem. Não há como negar a incidência dos direitos autorais, não apenas sobre a obra audiovisual, como sobre o próprio desenho do personagem principal, que, neste caso, foi requerido como parte da composição da marca.

A primeira marca composta pelo termo “Peixonauta” foi requerida em 2004 (processo de número 826464955) para assinalar serviços relacionados à atividade principal da empresa, qual seja, àquelas vinculadas ao setor de entretenimento. Tal informação pode ser obtida por meio da classificação de produtos e serviços utilizada pelo INPI. Cabe ao requerente do sinal informar a classe na qual o seu produto ou o seu serviço enquadra-se. No caso do processo acima informado, o requerente o classificou na classe 41. Esta, entre outros serviços, inclui aqueles destinados ao entretenimento.

Na pesquisa realizada por meio do Busca Web, algumas informações são apresentadas na tela. Há, por exemplo, uma coluna na qual se tem referência sobre a titularidade da marca. Esta vem a ser constituída pela pessoa jurídica “PG Produções de Cinema Vídeo e TV LTDA”. Outras informações que podem ser visualizadas na busca dizem respeito ao tipo de sinal. Aqueles que possuem a letra M são constituídos por marcas requeridas na forma de apresentação mista, ou seja, composta pelo termo nominativo Peixonauta, acrescido da imagem do mesmo. Tem sido um movimento natural o requerimento de formas protegidas pelo direito autoral como marca para assinalar as atividades daqueles que são os desenvolvedores da obra audiovisual. Neste caso, tem-se o personagem e o seu nome requeridos como marca, passando os mesmos a gozar não só de uma possível proteção pelo direito autoral, como também pelo direito de marcas.

O direito de autor pode vir a garantir a expressão gráfica do personagem como objeto de proteção, consoante ao discutido. Esse direito garante ao seu titular um exclusivo de reprodução de sua obra. Quanto ao nome do mesmo, conforme visto, não há proteção possível de acordo com o previsto no direito autoral. Carvalho⁴¹ aponta que a AIPPI indica aos países que, se os títulos de obras e nomes de personagens não forem protegidos por meio da legislação autoral, que o sejam através da legislação de marcas ou da concorrência desleal. Como não há óbices intransponíveis ao requerimento como marca de nome de personagem e do próprio personagem, apenas o cumprimento do disposto no inciso XVII do artigo 124 da LPI, que, como já visto, exige autorização do titular, quando não for ele a solicitar a marca, fez-se prática comum à proteção de títulos de obras e nomes de personagens como marca no Brasil.

⁴¹ CARVALHO, Maria Miguel. **Merchandising de marcas**. 2003, p. 39.

Acrescenta-se que no caso do “Peixonauta”, como nos demais a serem posteriormente discutidos, a proteção como marca, pelo que pode ser observado nos dados levantados na pesquisa realizada, não se restringe ao segmento de atuação do titular da marca. Em consulta ao sítio da Receita Federal⁴², em busca realizada a partir do CNPJ, os dados encontrados sobre o titular da marca “Peixonauta” expõem que suas atividades estão principalmente relacionadas às atividades de entretenimento e culturais. Apenas no caso de uma das atividades descritas, tem-se algo que transcende o setor de entretenimento, qual seja, “Gestão de ativos intangíveis não financeiros”.

Em reportagem publicada no jornal Valor Econômico de 11 de setembro de 2013⁴³, os proprietários de uma produtora de conteúdo informam que eles passaram a ser gestores de suas próprias marcas, acrescentando ser a meta perseguida pela produtora obter 90% de faturamento por meio do licenciamento de suas marcas. Os proprietários comparam a ação de gestão de suas próprias marcas a uma entrada na terra prometida, não deixando de apontar os desafios enfrentados no cotidiano de suas transações que, à época, incluíam ao menos 15 fabricantes de diferentes produtos.

Dessa forma, a partir de 2010, o termo “Peixonauta” passa a ser requerido em classes que nada tem a ver com a atividade principal do titular da marca, incluindo, entre outros produtos, aqueles destinados ao segmento de vestuário, indicado pela classe 25. Ou seja, além da utilização da marca como possibilidade para estender a proteção finita do direito autoral, há uma expansão para segmentos não relacionados à atividade principal, ampliando o espectro do direito de marcas inicialmente requerido e, como consequência, defraudando o princípio da especialidade.

Esse movimento para setores distintos da atividade principal do titular da marca pode ser observado no caso do requerimento como marca de outra expressão pertencente à outra empresa do segmento de entretenimento, a “Galinha Pintadinha”. Neste caso, identifica-se a mesma trajetória do “Peixonauta”. Inicialmente, a expressão é requerida como marca em 2009 pela “Bromélia Promoções LTDA” para a classe 41, aquela destinada a abrigar, entre outros, serviços de entretenimento.

De acordo com a pesquisa realizada na base de dados do INPI, a partir de 2011, a “Bromélia Produções LTDA” promove diversos pedidos de marcas em classes que não mais tem a ver com a marca inicial requerida na classe 41, portanto, para assinalar os serviços de entretenimento. Destacam-se, por meio do resultado da busca efetuada no sítio do INPI, a

⁴² http://servicos.receita.fazenda.gov.br/Servicos/cnpjreva/CNPJREVA_solicitacao.asp

⁴³ <https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2013/11/11/os-donos-de-um-peixe-grande.ghtml>

presença de diversas classes além da 41. A expressão “Galinha Pintadinha” surge requerida como marca para assinalar, entre outros produtos, cosméticos (classe 03), roupas (classe 25), brinquedos (classe 28) e alimentos (classes 30 e 32). Tal qual a situação encontrada no caso dos proprietários da empresa e marca Peixonauta, no sítio da Receita, a “Bromélia Produções LTDA” tem como principais atividades aquelas ligadas ao setor de entretenimento. Da mesma forma que no caso anterior, a única atividade que surge relatada a distinguir-se daquelas referentes ao setor de entretenimento, vem a ser a gestão de ativos intangíveis não financeiros.

Consentâneo com o já disposto, esse movimento de proteção de títulos de obras, nomes de personagens, bem como dos personagens em si por meio do direito de marcas, internacionalmente, vem sendo denominado merchandising de direitos de autor. Gonçalves⁴⁴ assim define o mesmo:

O merchandising, em sentido jurídico e amplo, é a actividade de exploração comercial do valor publicitário ou atractivo de uma coisa incorpórea (objecto da propriedade autoral ou industrial), pela qual o titular do bem concede a outrem a sua utilização como sinal distintivo de produtos ou serviços ou como elemento integrante do produto ou respectivo continente, com objectivo promocional.

No caso específico do direito de autor, a designação que vem sendo utilizada é a do *character merchandising*, que, de acordo com Carvalho⁴⁵, corresponderia, inicialmente, “(...) à autorização dada pelo titular dos direitos de autor sobre personagens – *characters* – fictícias, a outra pessoa para que esta as utilize com o fim de promover a venda de produtos ou serviços que não estão relacionados a actividade do primeiro(...)”. Quando do surgimento do merchandising atrelado a obras abarcadas pelo direito autoral, o mesmo em muito se assemelhava a práticas do marketing até hoje corriqueiras. Distinto vem a ser o movimento dos titulares do direito autoral quando requerem marcas compostas por obras, mitigando a possibilidade de domínio público de tais obras, nomes de personagens e títulos, bem como, ao estender a proteção à marca para além da atividade principal, mitigando também o princípio da especialidade, que norteia o direito de marcas em relação à função que tal sinal deve cumprir no mercado.

Destarte, o fenômeno observado inclui a proteção da obra autoral, ou mesmo dos nomes de personagens ou títulos, para muito além da atividade na qual o titular da marca atua no mercado, invadindo ramos completamente diferentes, nos quais, pelo observado sobre as atividades, os titulares das marcas “Peixonauta” e “Galinha Pintadinha” não atuam. Requerem

⁴⁴ GONÇALVES, Luís M. Couto. **Função distintiva da marca**. 1999, p. 231-232.

⁴⁵ CARVALHO, Maria Miguel. **Merchandising de marcas**. 2003, p. 18.

tais expressões com o fito de apenas, no exercício de um dos direitos garantidos pela propriedade industrial, licenciar o uso das marcas.

A proteção da marca, como visto, pode ser indefinidamente renovada, enquanto a proteção do direito autoral é finita no tempo, quando a obra adentra no domínio público. Como equacionar os interesses em jogo expõe-se como uma das questões em aberto e que leva a reflexão ao domínio da função da marca. Estariam os personagens, bem como seus nomes ou os títulos da obra, exercendo a função distintiva, identificando e distinguindo produto e serviço de outros concorrentes ou estaria apenas agregando valor aos bens sobre os quais são apostos ou com os quais são veiculados?

Outra questão que se coloca é se, diante do disposto na lei brasileira, de que o requerente de uma marca deve ter atividade efetiva e lícita, conforme o disposto no artigo 128 da LPI⁴⁶, poderiam os titulares das marcas citadas solicitarem as mesmas para a finalidade de gestão, incluindo, assim, os processos de licenciamento da marca.

Gonçalves aponta ser o mais correto tratar a questão pela ótica da licença dos direitos autorais. Em consonância com o disposto pelo citado autor⁴⁷:

Em relação ao nome de personagem ou título original de obra literária, o autor da obra não tem, (...), legitimidade para registrar uma marca com o escopo de celebrar licenças. O CPI exige que o interessado tenha legítimo interesse. O facto de um criador intelectual registrar para praticar *merchandising*, preencherá esse requisito? Pensamos que não.

Adenda ainda o autor que “[o] direito de marcas não deve ser usado de modo enviesado para um fim que é possível alcançar, de modo juridicamente correto, pelo direito de autor”. Os posicionamentos de Gonçalves foram ratificados por Carvalho⁴⁸ em obra posterior dedicada à temática equivalente, qual seja, o *merchandising* de marcas. De qualquer forma, a prática aqui apontada – que parece estender a proteção sobre a obra autoral para além daquela consagrada na legislação autoral – vem tornando-se recorrente, encontrando abrigo mesmo em textos da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO)⁴⁹.

No Brasil, tem-se ainda mais um exemplo a somar-se aos dois anteriores e que auxilia na compreensão da evolução e expansão da prática de *merchandising*. Trata-se do caso da expressão “Turma da Mônica” que também foi objeto de busca no sítio do INPI, em sua base

⁴⁶ BRASIL, 1996.

⁴⁷ GONÇALVES, Luís M. Couto. **Função distintiva da marca**. 1999, p. 250.

⁴⁸ CARVALHO, Maria Miguel. **Merchandising de marcas**. 2003.

⁴⁹ https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/wo_inf_108.pdf

de dados de marcas, por meio do Busca Web. A expressão intitula a obra inicialmente dedicada ao universo das histórias em quadrinhos destinadas ao público infantil.

Da busca realizada na base do INPI, pode-se identificar alguns primeiros registros de marcas contendo a expressão “Turma da Mônica” em nome de “Maurício de Sousa Produções LTDA.”, juntamente com outros registros, todos extintos, nos quais a expressão em questão passa a compor novo conjunto de marca com o termo “Nissin”. Nestes últimos casos, entende-se que a expressão “Turma da Mônica” foi licenciada pelo titular dos direitos autorais, de forma a ser utilizada em conjunto com a marca “Nissin” de titularidade de “Nissin Ajinomoto Alimentos LTDA.”. Esta empresa, inclusive, surge na busca efetuada como titular das marcas em que “Turma da Mônica” aparece como elemento componente.

Em dados que puderam ser visualizados ainda na sequência da busca realizada no sítio do INPI em que se encontram os últimos depósitos e registros de marcas contendo a expressão “Turma da Mônica”, configurando-se como os mais recentes, não se pode mais observar titular distinto de “Maurício de Sousa Produções S.A.”. Infere-se, portanto, que este último caso segue a mesma linha encontrada nos dois casos anteriores. Os próprios titulares de marcas, que possuem atividade primária vinculada ao setor de entretenimento, passam a registrar títulos de obras, nomes de personagens e mesmo obras compostas por personagens como marcas nas mais diversas classes, incluindo cosméticos e correlatos (classe 03), produtos relacionados a cuidados médicos (classe 05), serviços de telecomunicações (classe 38).

Todas essas marcas, compostas pela expressão “Turma da Mônica”, são de titularidade de “Maurício de Sousa Produções S.A.”. Tal fato indica que o titular do direito autoral não mais faz uso das licenças próprias desse instituto, permitindo a terceiros que possuam atividade no segmento para o qual a marca venha a ser requerida, solicitar a mesma. Pelo contrário, tudo passa a ocorrer da mesma forma como as observadas no caso do “Peixonauta” e da “Galinha Pintadinha”, ou seja, o próprio titular dos direitos autorais arvora-se a ser titular de marcas nas mais diversas classes, abrangendo distintos segmentos.

Os casos aqui trazidos e exemplificados poderiam ser ampliados em função da infinidade de titulares de direitos autorais a usar a proteção da marca, como são casos também identificados os da Warner e da Disney. Todavia, apresentar outros exemplos apenas ratificaria o que os anteriores já bem ilustraram. Marcas e direitos autorais vêm sendo utilizados como sistemas complementares na escolha por estratégias de proteção cada vez mais eficazes. Obras protegidas por direitos autorais invadem sem pudor o espectro de proteção dos sinais distintivos.

Em uma economia na qual a informação se transforma em seu principal insumo, não há como olvidar o quanto os bens imateriais assumem um papel de destaque. A busca por proteções pujantes e estendidas ao infinito reflete a relevância que os bens inicialmente protegidos por direitos autorais possuem para os seus titulares. As consequências do uso dessas proteções como complementares e cumulativas, de certa forma, parecem mitigar o desenho de cada proteção, bem como o escopo das mesmas.

Conclusão

A relevância econômica de bens imateriais deve ser levada em consideração na medida exata do papel a cumprir na sociedade e em função do desenho constitucional planejado para tais bens. A livre concorrência e a livre iniciativa estão previstas na Constituição brasileira, tanto quanto os direitos de propriedade intelectual e os direitos de acesso à cultura e à informação. Sendo assim, os direitos de propriedade intelectual devem ser concedidos e reconhecidos na medida exata da função que devem cumprir. Para além desta função, criam-se monopólios que podem se revelar danosos à livre concorrência, à livre iniciativa, bem como ao interesse de acesso e uso dos bens culturais.

O objetivo deste artigo, proposto no início, versando sobre analisar quais questões problemáticas envolvem a cumulatividade da proteção autoral com a proteção de marcas, entende-se cumprido. Tais questões envolvem desde as funções, a temporalidade, a titularidade, o escopo de cada proteção, entre outras, que parecem permanecer silentes, enquanto os titulares de direito ampliam a proteção aos seus bens imateriais.

Tais bens, originalmente protegidos por direitos autorais, invadem, sem pudores e receios, a estrutura do sistema de proteção das marcas, tornando-se marcas registradas, sem que se perceba se os mesmos tornaram-se ou não sinais distintivos do comércio, se cumprem, portanto, a função destes últimos. O sistema de proteção à marca prevê a renovação de sua proteção indefinidamente. Há que se pensar se esse não seria o momento de requerer a prova de se tais bens, inicialmente protegidos por direito de autor, estão ou não a cumprir a função de marcas, qual seja, a de identificar e distinguir produtos e / ou serviços.

Destaca-se que tal cuidado não visa a punir os titulares de direitos, mas tornar o uso do sistema de marcas escoreito, evitando-se o mero abuso de tal proteção sem que a mesma cumpra o equilíbrio entre interesses público e privado para o qual foi pensado e estruturado todo o sistema de propriedade intelectual. A tendência seguirá em torno do aumento dos direitos de propriedade intelectual. Sublinha-se que a sociedade transfere ao Estado o cuidado com o

equilíbrio entre os interesses envolvidos, de forma a tornar o sistema de proteção claro e eficiente, cumprindo o desenho constitucional para o qual foi projetado.

Desta forma, não há como se falar apenas no aumento da proteção sem contrabalançar tal aumento com todos os interesses envolvidos.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. “As funções da marca e os descritores (metatags) na internet”. In.: **Estudos de direito do consumidor**. Vol. 4, n.1, 2002, p. 99-120.

_____. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Pedro Nunes. “A vedação da sobreposição de direitos de propriedade intelectual na ordenação brasileira”. In.: **Revista da ABPI**. nº 162 – Set/Out de 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRANCO, Sergio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Maria Miguel Rocha Morais de. **Merchandising de marcas**. (Comercialização do valor sugestivo das marcas). Coimbra: Almedina, 2003.

CORROZA, Hermenegildo Baylos. **Tratado de derecho industrial**. Propriedade industrial, propriedade intelectual, derecho de la competencia economia, disciplina de la competencia desleal. Madrid: Editorial Civitas, 1978.

FERNANDEZ-NÓVOA, Carlos. **Tratado sobre derecho de marcas**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. “El uso obligatorio de la marca registrada”. In.: **Actas de derecho industrial - 1976**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1977.

GANDELAN, Marisa. **Poder e conhecimento na economia global**. O regime internacional da propriedade intelectual da sua formação às regras de comércio atuais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

GONÇALVES, Luís M. Couto. **Função distintiva da marca**. Coimbra: Almedina, 1999.

GUEDES, João Miguel de Magalhães. “Breves considerações sobre o direito de autor e o domínio público”. In.: **Revista da Ordem dos Advogados de Portugal**. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bb5749bb5-be74-4035-bd93-91149c74e563%7D.pdf>

GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca. “Desenhos industriais”. In.: CANTO, Flávio Ulhoa (Org.). **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 6, p. 281-303.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Marcas tridimensionais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito de marcas**. Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003.

OLAVO, Carlos. **Propriedade industrial**. Sinais distintivos do comércio e concorrência desleal. Coimbra: Almedina, 2005.

OLIVEIRA NETO, Geraldo Honório de. **Manual de direito de marcas**. São Paulo: Pilares, 2007.

OTERO LASTRES, José Manuel. **Manual de la propiedad industrial**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

RAMELLO, Giovanni. What’s in a sign? Trademark law and economic theory. In.: **Journal of economic surveys**. Blackwell Publishing, v. 20, n. 4, p. 547-565, 2006.

SILVEIRA, Newton. **Direito de autor no desenho industrial**. São Paulo: Editora dos tribunais, 1982.

SOUZA, Allan Rocha de. “Direitos autorais: a história da proteção jurídica”. In.: **Revista da faculdade de direito de Campos**, Ano VI, nº 7, Dezembro de 2005.

**A APROPRIAÇÃO PENAL DO AUTOR NOS SÉCULOS XVI E XVII:
CENSURA E PRIVILÉGIOS NA FRANÇA E NA INGLATERRA**

*THE CRIMINAL APPROPRIATION OF THE AUTHOR IN THE 16TH AND 17TH CENTURIES:
CENSORSHIP AND PRIVILEGES IN FRANCE AND ENGLAND*

*LA APROPIACIÓN PENAL DEL AUTOR EN LOS SIGLOS XVI Y XVII:
CENSURA Y PRIVILEGIOS EN FRANCIA E INGLATERRA*

Autor: Marco Antônio Sousa Alves
Titulação: Doutor em Filosofia pela UFMG
Contato: marcofilosofia@gmail.com
Vínculo institucional: Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFMG)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4885-8773>
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3781743161897964>
Google Acadêmico: <https://scholar.google.com.br/citations?user=sA6mqYAAAAAJ&hl=pt-BR>
Belo Horizonte, outubro de 2021.

RECEBIDO 05/06/2023
APROVADO 15/06/2023
PUBLICADO 22/07/2023
Editor Responsável: Carla Caldas
Método de Avaliação: Double Blind Review
E-ISSN: 2316-8080
DOI:10.16928

Resumo

O autor não surge no direito, em um primeiro momento, como um detentor de direitos de ordem patrimonial ou moral sobre sua obra. Antes de ser um proprietário, o autor aparece como uma ameaça, como um possível transgressor que deve ser controlado e eventualmente punido. Essa tese é defendida por Michel Foucault em uma conferência proferida em 1969, na qual explora o tema e sustenta a anterioridade da apropriação penal dos autores sobre a civil. Neste artigo, procura-se avaliar essa breve consideração do filósofo francês por meio de uma investigação histórica mais aprofundada, centrada nos direitos francês e inglês dos séculos XVI e XVII. Nessa investigação, o foco será direcionado para a prática da censura prévia e para o sistema dos privilégios reais. Argumenta-se que esse modelo regulatório, centrado na repressão e no controle corporativo e estatal, entra em crise no século XVIII, no contexto de emergência dos dispositivos disciplinares, quando um novo arranjo legal é construído. Ao invés de transgressor, o autor passa a ser, no seio do direito moderno, acima de tudo, um proprietário. Assim, este estudo conclui, em linhas gerais, pela afirmação do acerto da tese foucaultiana.

Palavras-chave: Direito de autor. Privilégios reais. Censura. França. Inglaterra.

Abstract

The author does not appear in law, at first, as a holder of patrimonial or moral rights. Before being an owner, the author emerges as a threat, as a possible transgressor that must be controlled and eventually punished. This thesis is defended by Michel Foucault in a lecture given in 1969, in which he explores the theme of authorship and sustains the anteriority of the authors' criminal appropriation. In his view, the civil appropriation of the author only happened later, through modern copyright. In this article, we seek to assess this brief consideration of the French philosopher through further historical investigation, centered on French and English laws of the sixteenth and seventeenth centuries. In this research, our focus will be directed on the practice of prior censorship and the system of royal privileges. We argue that this regulatory model, centered on repression and control by corporations and the state, faces a crisis in the eighteenth century, in the context of the emergence of disciplinary mechanisms when a new legal arrangement is built. Instead of a transgressor, the author becomes, within modern law, above all, an owner. Thus, our study, broadly speaking, confirms Foucault's thesis.

Keywords: Copyright. Royal privileges. Censorship. France. England.

Resumen

El autor no aparece ante la ley, en primer lugar, como titular de derechos patrimoniales o morales sobre su obra. Antes de ser dueño, el autor aparece como una amenaza, como un posible transgresor que debe ser controlado y eventualmente castigado. Esta tesis es defendida por Michel Foucault en una conferencia celebrada en 1969, en la que explora el tema y apoya la precedencia de la apropiación criminal de los autores sobre la concesión de derechos civiles. Este artículo busca evaluar esta breve consideración del filósofo francés a través de una investigación histórica más profunda, centrada en los derechos franceses e ingleses en los siglos XVI y XVII. En esta investigación, el foco estará dirigido a la práctica de la censura previa y al sistema de privilegios reales. Se argumenta que este modelo regulatorio, centrado en la represión y el control corporativo y estatal, entra en crisis en el siglo XVIII, en el contexto del surgimiento de disposiciones disciplinarias, cuando se construye un nuevo arreglo jurídico. En lugar de ser un transgresor, el autor se convierte, ante todo, en un propietario dentro del derecho moderno. Así, este estudio concluye que la tesis de Foucault es correcta en sus líneas generales.

Palabras clave: Derecho de autor. Privilegios reales. Censura. Francia. Inglaterra.

Introdução

De forma geral, as questões relativas à criação intelectual não foram matéria para o direito até o século XV, quando o advento da impressão conferiu uma nova dimensão e importância ao mundo do livro. Até então, existiam, evidentemente, regras sociais e morais que

regiam o universo da criação, semelhante às regras de etiqueta ou aos princípios de honradez, mas não havia qualquer previsão legal que conferia direitos ou deveres aos atores envolvidos. Já existiam também regramentos, instituições e práticas comerciais que diziam respeito ao mundo do livro, como verificamos nos centros universitários europeus do final da Idade Média, em que um sistema corporativo, a *pecia*, permitia ordenar a reprodução manuscrita em grandes ateliês e conferia assim maior estabilidade e autenticação às obras, que eram copiadas a partir de um mesmo exemplar. Tratava-se, contudo, ainda de uma regulação que ocorria no seio da universidade, em termos corporativos, sem a intervenção direta do Estado.¹

É somente a partir dos séculos XV e XVI que começaram a aparecer na Europa, especialmente em Veneza, Paris e Londres, as primeiras regulamentações do mundo do livro, através da atribuição de patentes a certos impressores e privilégios reais a determinadas corporações de livreiros, concedendo-lhes um monopólio de exploração. Quanto ao autor, de forma geral, ele figurava nas leis apenas como uma personagem a ser vigiada, potencialmente perigosa, que deveria assumir a responsabilidade sobre sua obra. Não se confere, nesse momento, qualquer direito pessoal ou título de propriedade ao autor, a não ser um direito real sobre a coisa, ou seja, em relação ao manuscrito, direito esse que se perdia no ato mesmo de sua transmissão ao livreiro. Essa prática era, aliás, geralmente obrigatória para que a obra pudesse ser colocada no mercado, pois as leis nessa época costumavam proibir os autores de

¹ A partir do século XII, a produção cultural não se limita mais ao trabalho dos copistas monacais no seio das *scriptoria*, passando a ter lugar também nos centros urbanos ao redor das universidades. Em 1200, o sistema da *pecia* já está em pleno funcionamento em Bolonha, espalhando-se em seguida para outras grandes cidades universitárias, como Paris, Londres ou Colônia (EISENSTEIN, 1998, p. 24; HOBBS, 2009, p. 7). A palavra ‘*pecia*’ designa um pedaço ou peça de algo, em particular de um manuscrito ou caderno. Nas universidades, circulavam várias “peças” formadas a partir de notas de cursos (*relationes*), que eram conservadas e copiadas para serem consultadas. A partir delas, um texto supostamente “oficial” era produzido e publicado (LE GOFF, 1957, p. 96; NEBBIAI, 2001). O sistema da *pecia* era baseado no controle estrito da universidade, que verificava e autenticava o texto de referência (*exemplar*), fiscalizava a qualidade dos livros e assegurava a fidedignidade das cópias, e, além disso, estabelecia tarifas e fixava os preços, impedindo a especulação. Tal sistema insere-se em um contexto no qual a universidade adquiriu maiores poderes e uma relativa autonomia frente à Igreja e ao soberano (LE GOFF, 1957, p. 76). A universidade concedia privilégios aos livreiros/copistas que faziam juramento, chamados de *magni librarii* ou *librarius juratus* (diferentemente dos demais, os *parvi librarii*) (BARBIER, 2006b, p. 81-82; BONCOMPAIN, 2001, p. 28). Novos agentes apareceram, como os membros da corporação ou guilda (*stationarii*), que gozavam de privilégios concedidos pelas universidades, e os livreiros/copistas em geral (*librarii* ou *cartolai*), que já trabalhavam em uma escala razoavelmente grande. Assim, a imagem medieval do livro manuscrito que circulava em pequeno número e era, sobretudo, objeto de consulta, empréstimo, doação e troca, transforma-se radicalmente, inserindo-se cada vez mais no seio de uma lógica de mercado, baseada na busca de lucro, no estoque, na venda em regiões mais extensas e na tendência à concentração e ao monopólio (GRAFTON, 1999, p. 16; EISENSTEIN, 1998, p. 41; FEBVRE; MARTIN, 1958, p. 36; HOBBS, 2009, p. 188; LE GOFF, 1957, p. 97).

imprimirem e levarem, eles mesmos, suas obras à venda, o que consistia em uma clara estratégia monopolística para tentar controlar o mundo da edição.

Portanto, antes de aparecer, no século XVIII, como detentor de direitos patrimoniais e morais sobre suas criações, o autor emerge como transgressor no seio da regulação do impresso estabelecida ao longo dos séculos XVI e XVII. Ao invés de proprietário, portador de um direito supostamente natural, o autor tem sua entrada no universo das leis de forma eminentemente negativa, criminal, enredado no sistema da censura prévia e dos privilégios reais de edição. A emergência do autor como personagem jurídica ocorre em um contexto no qual se encaixam, de modo mais ou menos harmonioso, o moralismo da Igreja, a arbitrariedade repressora do poder soberano e as práticas monopolísticas e corporativas do mercado livreiro.

Essa tese foi esboçada por Michel Foucault na célebre conferência intitulada *O que é um autor?*, proferida em 1969 na Sociedade Francesa de Filosofia. Segundo Foucault (2001, p. 827), antes de ser apropriado civilmente, como proprietário de um bem e portador de prerrogativas de natureza moral ou pessoal, o autor teria sido alvo de uma “apropriação penal” (*appropriation pénale*), visto como um indivíduo perigoso que deveria ser identificado para que pudesse ser controlado e eventualmente punido. O filósofo francês sugeriu que os livros passaram a ter autores à medida que se tornaram potencialmente transgressivos. Trinta anos depois, na mesma Sociedade Francesa de Filosofia, o historiador Roger Chartier (2000, p. 19) considerou acertada, em seu fundo, essa tese foucaultiana da antecedência da apropriação penal sobre a civil, mas defendeu a necessidade de mais estudos e aprofundamentos sobre o tema.

Pretendemos levar adiante essa investigação aqui. O objetivo deste trabalho consiste em avaliar o acerto da tese sustentada por Foucault por meio de um estudo mais aprofundando de como essa apropriação penal do autor ocorreu, com atenção especial para o direito francês e inglês dos séculos XVI e XVII. A escolha desses dois países decorre do fato de serem considerados o berço das duas principais tradições do direito moderno de autor: o *copyright* e o *droit d’auteur*. Para empreender tal tarefa, tomaremos por base documentos legais da época (ENGLAND, 1538, 1557, 1624, 1637, 1662, 1710; FRANCE, 1566, 1723, 1810) e os estudos de diversos historiadores e juristas, como Roger Chartier (1990, 1992, 1998, 2000, 2001, 2003), Robert Darnton (1984, 2010), Daniel Roche (1988, 1990a, 1990b), Frédéric Barbier (2006a, 2006b), Laurent Pfister (1999), Carla Hesse (1989, 1991), Elizabeth Eisenstein (1998), Lyman Patterson (1968), Leo Kirschbaum (1946), Robert Netz (1997), Mark Rose (1993), Alain Viala (1985) e Lucien Febvre e Henri-Jean Martin (1958).

Este artigo está estruturado em três partes. Em um primeiro momento, o foco será direcionado para a censura prévia que emergiu em resposta aos novos perigos do mundo

impresso, com destaque para o casamento entre a Igreja, a Universidade e a Coroa. Em seguida, trataremos da conformação do sistema dos privilégios reais, desenvolvendo um estudo da legislação francesa e inglesa, com destaque para os interesses em jogo do poder real e das corporações de livreiros de Paris e Londres. Por fim, na terceira e última parte, pretendemos olhar por detrás do direito para fazer aparecer as práticas de valorização, de submissão e de resistência, destacando a estrutura policial de controle que ganha forma a partir do século XVIII e põe em funcionamento novos dispositivos disciplinares.

1. Censura: conjurando o perigo da palavra impressa

Ao longo dos séculos XVI e XVII, os reis estabeleceram uma relação ambígua com os autores. Por meio do mecenato real, eles protegeram e valorizaram alguns escritores, artistas e intelectuais. Mas, ao mesmo tempo, um aparato estatal foi posto em funcionamento, assimilando e domesticando a criação humana. Mais do que um incentivador e apoiador dos autores, o soberano é, sobretudo, uma autoridade que faz uso de táticas repressivas de poder, como vemos especialmente na prática da censura. O autor, mais do que alguém a ser protegido e valorizado, é um potencial transgressor, um sujeito perigoso, que deve ser vigiado e punido exemplarmente quando contrariar os interesses monárquicos. Em suma, mais do que um benfeitor que concede aos autores pensões e prêmios, o rei faz seu poder funcionar negativamente, mandando prender e castigar aqueles que atentam contra a ordem soberana, a moral estabelecida ou a religião oficial.

Certamente, a censura, o medo da escrita e a necessidade de conjurar seu perigo são experiências muito antigas. Não seria exagero dizer que a censura, ou algum tipo de repressão e controle das criações intelectuais, sempre existiu. Mas, ainda assim, é preciso reconhecer que a censura não teve o mesmo significado nem o alcance que passará a ter após a introdução da impressão. Foi somente a partir da difusão massiva de livros impressos que a censura se sistematizou na Europa e ganhou maior constância e centralidade. Em suma, foi a partir do século XVI que uma política inédita de controle dos livros, e de repressão dos responsáveis, foi colocada em funcionamento. Nela, o nome do autor foi tornado público, investigado e classificado no seio de uma apropriação penal, como um indivíduo que, por deter a palavra e difundi-la, deveria ser identificado, nomeado e vigiado.

Embora seja algo antigo, que já assumiu diferentes contornos ao longo dos tempos, o medo da palavra desordenada e descontrolada foi reavivado pelo aparecimento da impressão de

uma forma talvez nunca vista. Nesse sentido, Filippo di Strata, um dominicano veneziano do século XV, ao observar a difusão de panfletos políticos, de versos eróticos latinos e de mitologia pagã, bem como de bíblias em língua vulgar, acentuou os três pecados da imprensa: ameaça a ordem social, a moral e a religião. Também o rei inglês Henrique VII, em 1487, expressou esse tipo de receio e reprovação, exigindo a eliminação das “notícias e estórias forjadas” (*forged tydings and tales*) e dos “rumores sediciosos” (*sedition Rumors*), assim como a “descoberta dos autores responsáveis” (*discouery of the authors*) (PATTERSON, 1968, p. 23).²

A aventura de levar um livro ao público nos séculos XVI e XVII era árdua e arriscada. O retorno financeiro era ainda baixo, o ganho em termos de capital simbólico era, quando muito, limitado e efêmero, e a possibilidade de ser punido severamente estava sempre aberta, sobretudo aos autores marginais, aos vendedores ambulantes e aos pequenos impressores ou livreiros distantes da capital, dado que as importantes famílias de livreiros parisienses ou londrinos dificilmente eram perseguidas ou condenadas. No século XVII, mesmo os livreiros dóceis, próximos ao poder, sofriam com os rigores da censura. Raros foram aqueles que nunca foram perseguidos ao menos uma vez (FEBVRE; MARTIN, 1958, p. 227).

A partir do início do século XVI, começa uma política mais dura de repressão e censura, com uma série de execuções espetaculares. Na França, por exemplo, em 1534, um impressor e um livreiro foram levados à fogueira por terem publicado os livros de Lutero. Em 1547, Henrique II na França instituiu no Parlamento uma Câmara Criminal encarregada de reprimir a heresia, o que produziu, em pouco mais de dois anos, mais de sessenta condenações à morte e algo próximo a quinhentas sentenças condenatórias (FEBVRE; MARTIN, 1958, p. 428-429). Em 1526, na Inglaterra, a censura prévia foi explicitamente instituída, obrigando todo livro a, antes de ser publicado, obter o *imprimatur* do *Council of Ten*. Em 1529, Henrique VIII, preocupado com os “hereges” (*Heretykes*) e com os “perversores da religião cristã” (*perverters of Christes Relygion*), exibiu a primeira lista inglesa de livros proibidos, procedimento que foi refeito em 1530 e 1536 (ROSE, 1993, p. 11; PATTERSON, 1968, p. 23). As Injunções (*Injunctions*) de 1559 e o Decreto (*Decree*) de 1586 desenvolveram ainda mais o funcionamento da censura prévia inglesa, prevendo um detalhado sistema especializado, no qual obras religiosas, por exemplo, deveriam passar pelo crivo do bispo de Canterbury ou de Londres, e as obras jurídicas tinham de ser aprovadas por autoridades do Judiciário (*chief justices* ou *chief baron*) (PATTERSON, 1968, p. 118).

² Todas as traduções são de responsabilidade do autor.

No século XVII, na França, muitos autores foram presos, como Théophile, Beys, Girou ou Sarasin, e muito outros foram executados, como Siti, Vanini, Fontanier, Le Petit ou Morin (VIALA, 1985, p. 119). Milhares de pessoas foram encarceradas na Bastilha ou, como se dizia, “embastilhadas” (*embastillées*), por crimes ligados ao mundo da edição (*faits de lettres*). Tratava-se de um segmento particularmente privilegiado pela perseguição real do *Ancien Régime*, dado que eles correspondiam, a partir de meados do século XVIII, a cerca de um terço dos presos na Bastilha (ROCHE, 1990b, p. 105-108; CHARTIER, 1990, p. 95).

O excesso e a crueldade eram a tônica dessas punições, estando simbolicamente a serviço da afirmação do absoluto e completamente desproporcional poder que o soberano tinha em relação aos seus súditos (FOUCAULT, 1975, p. 44). Partindo das análises foucaultianas, visualizamos com maior precisão o porquê de tantos rituais aparentemente exagerados, como a queima de livros em praça pública e o embastilhamento de um enorme contingente de indivíduos ligados de alguma forma à imprensa. Rituais que, embora severos, eram descontínuos, seguindo o fluxo dos caprichos do soberano. Fica mais fácil entender também porquê a tomada da Bastilha e sua destruição é o símbolo da Revolução Francesa, uma clara reação contra a censura, a repressão e o arbítrio real em geral.

É importante observar que, no caso da censura nos séculos XVI e XVII, haverá uma mistura evidente dos papéis do rei e da Igreja, em um típico casamento do *Ancien Régime*, que, como a maioria dos casamentos, também tem seus conflitos. Se as práticas de censura política são antigas, o mesmo se pode dizer da censura de natureza religiosa. Aliás, desde os primórdios da Igreja encontramos exemplos nesse sentido. A censura perpetrada pela Igreja Católica pode ser percebida desde o primeiro Concílio de Nicéia, organizado em 325 pelo imperador romano Constantino, que já expressava, na ocasião, uma preocupação com o controle e a eliminação da informação considerada heterodoxa. Mais tarde, com o aparecimento das universidades no final da Idade Média, várias medidas foram adotadas pela Igreja no sentido de reprimir a heresia, como vemos no Concílio de Sens de 1140 (BARBIER, 2006b, p. 132-133).

Com o advento da impressão no século XV, a posição da Igreja foi bastante dúbia. Por um lado, sobretudo em um primeiro momento, ela viu nessa nova técnica uma “arte divina”, um meio eficaz para divulgar a palavra de Deus, as obras teológicas e as publicações de religiosidade popular. Nesse sentido, não devemos esquecer que a primeira impressão realizada por Gutenberg foi justamente da Bíblia. E, em grande medida, os séculos XV e XVI foram marcados pela importância da impressão religiosa, pela edição das obras monumentais dos Padres da Igreja e pela criação de inúmeras bibliotecas monásticas (FEBVRE; MARTIN, 1958,

p. 248). Mas, com o passar do tempo, esse entusiasmo cedeu lugar ao temor da palavra potencialmente herética circular sem controle. Um acontecimento que contribuiu muito para a Igreja passar a condenar a imprensa e seus “desvios” foi, claro, a Reforma protestante. Entre 1522 e 1546, ano da morte de Lutero, mais de quatrocentas edições completas ou parciais de sua tradução da *Bíblia* foram publicadas, conhecendo uma difusão massiva para os termos da época (BARBIER, 2006a, p. 291, 2006b, p. 142; FEBVRE; MARTIN, 1958, p. 404-411).

A impressão e o impacto do livro protestante provocaram rapidamente o temor da Igreja, fazendo com que suas práticas de censura ganhassem novos contornos, extrapolando as universidades e os monastérios para adquirir uma dimensão muito maior e mais severa. Em 1501, o papa Alexandre VI, na bula *Inter multiplices*, estabelece o *imprimatur*, uma censura prévia extensiva a toda a Alemanha. E, em 1515, a bula *Inter sollicitudines*, estabelecida no seio do Concílio de Latrão, estendeu essas disposições ao conjunto da cristandade (FEBVRE; MARTIN, 1958, p. 344; BARBIER, 2006b, p. 135). A perseguição então se intensifica. Em 1520, vários livros considerados heréticos são apreendidos e atirados ao fogo. Em 1521, na França, em cumprimento à bula papal, o *imprimatur* concedido pela Faculdade de Teologia de Paris torna-se obrigatório para qualquer nova publicação, sobretudo para aquelas concernentes à Santa Escritura. Todo um sistema de autorização prévia começa a consolidar-se a partir de então. As primeiras traduções da Bíblia para o francês, que apareceram em 1528 e 1530, por exemplo, foram publicadas clandestinamente, sem indicação dos autores ou impressores (FEBVRE; MARTIN, 1958, p. 413). O mesmo se passa na Inglaterra, onde, a partir de 1520, o bispo de Canterbury assumiu a presidência de uma comissão de censura a novos títulos e de controle da importação de livros estrangeiros. Pouco após a ruptura com Roma, que se deu em 1534, o controle da censura inglesa passou a ficar apenas nas mãos da Coroa, que progressivamente confiou essa tarefa à corporação de livreiros/impressores de Londres.

A partir de meados do século XVI, os *Indices* começaram a ser redigidos e publicados periodicamente. O número de livros proibidos não parou de aumentar. A Faculdade de Teologia de Paris foi a primeira a publicar um *Index* em 1542, na forma de um catálogo de livros censurados, que recebeu em seguida diversas reedições. A classificação era organizada pelo nome do autor, que funcionava como princípio fundamental de identificação do livro: *secundum ordinem alphabeticum juxta authorum cognomina*. O modelo foi logo seguido por Louvain (1546), Coimbra (1547) e Veneza (1549) (CHARTIER, 1992, p. 57-58; BARBIER, 2006b, p. 149). Segundo Chartier (1998, p. 34), que confirma nesse ponto a tese sobre a apropriação penal dos discursos feita por Foucault, as primeiras ocorrências sistemáticas e ordenadas

alfabeticamente de nomes de autores encontram-se justamente nos Índices dos livros e autores proibidos, estabelecidos no século XVI pelas faculdades de teologia e pelo papado.

O primeiro *Index librorum prohibitorum* romano foi feito pelo papa Paulo III em 1549, possuindo um teor extremamente repressivo. Aproximadamente nove mil títulos foram condenados. Autores como Erasmo e Maquiavel, por exemplo, são prescritos, e títulos como *Decamerão* de Boccaccio também. Em 1564, o *Index* do Concílio de Trento aprimora a política de repressão e fixa um modelo para as publicações posteriores desse gênero (MARTIN, 1999, p. 7). Logo depois, em 1571, a Congregação do *Index* se encarregará dessa tarefa, vindo a realizar cerca de 2.400 condenações apenas até o final do século XVI. E o mais impressionante: o *Index* só será suprimido oficialmente pela Igreja em 1966.

Por vezes, o *Index* realizava uma espécie de condenação *ad hominem*, a proibição do conjunto da obra de um autor (*opera omnia*). Por exemplo, o *Index librorum prohibitorum et expurgatorum* da Inquisição espanhola, publicado pelo Inquisidor Geral Bernardo de Rojas y Sandoval em 1612, praticava esse tipo de condenação de toda a obra de um autor (*todas sus obras*), limitando-se não apenas às já escritas, mas estendendo a condenação também àquelas que poderiam vir a ser escritas e publicadas no futuro (CHARTIER, 2003, p. 23). Como ressalta Chartier (2001, p. 579), trata-se, nesse caso, de uma “condenação completamente foucaultiana” (*condamnation tout à fait ‘foucaldienne’*), que atinge e faz emergir, no seio de uma prática repressiva, a figura moderna do autor.

Se a Igreja tinha motivos para temer os novos tempos trazidos pela palavra impressa, o mesmo acontecia com os monarcas. Além da heresia, temia-se a palavra sediciosa. Assim, em conjunto com a censura da Igreja, nasceu também uma legislação real que procurava controlar a impressão e circulação dos livros. Por vezes, a Igreja encontrou nos soberanos um forte aliado, mas, outras vezes, uma tensão ficará latente, visível, sobretudo, no conflito entre os interesses religiosos, os políticos e os econômicos. Em Veneza, no final do século XV, por exemplo, as disposições papais praticamente não surtiram efeito, em razão, sobretudo, da força dos livreiros/impressores da nascente indústria editorial veneziana. Na França, em um primeiro momento, os soberanos tenderam a ser mais flexíveis com a heterodoxia protestante, contrariando, em grande parte, os interesses da Igreja. Na Espanha, por outro lado, desde 1478 uma Inquisição integrada às estruturas administrativas da monarquia foi organizada com a aprovação do papa (BARBIER, 2006b, p. 134-135).

2. Privilégios reais

Para fazer frente a esses novos perigos, um novo sistema de censura prévia e regulação da edição foi construído ao longo dos séculos XVI e XVII. Trata-se do sistema dos privilégios reais, que ficou inicialmente nas mãos da Igreja e das universidades para, aos poucos, ser assumido pelo poder soberano. Um privilégio (*privilège, royal grant*) é um instituto jurídico que consiste na concessão de um monopólio ou um direito de fazer ou vender algo com exclusividade. O privilégio incorpora-se ao corpo do livro, sendo impresso em seu interior, e manifesta explicitamente a intervenção do poder real no processo de publicação. Para se publicar algo, somente *cum privilegio regis*.

A origem do instituto jurídico do privilégio real remonta ao final do século XV, quando foram expedidas as primeiras cartas patentes sobre invenções ou atividades industriais, dando origem à ficção legal da propriedade intelectual. Em 1469, em Veneza, foi a primeira vez que um impressor, Johannes von Speyer, foi agraciado com uma carta patente. Depois, em 1486, também em Veneza, foi a primeira vez que um autor recebeu uma carta patente protegendo a sua obra, foi o caso de Marc'Antonio Sabellico por seu *Decades rerum Venetarum*. É importante lembrar que a *Signoria veneziana* não visava com a concessão dessa patente reconhecer algum tipo de direito devido ao autor, mas apenas oferecer uma recompensa oficial aos serviços prestados, agindo como patrono dos homens valorosos. Além disso, convém ter em mente que a obra contava a história da Sereníssima República de Veneza, gozando Sabellico do *status* de historiador oficial, responsável pela biblioteca San Marco, já sendo merecedor de um estipêndio anual de 200 ducados por seus serviços (ROSE, 1993, p. 17).

Na França e na Inglaterra, os primeiros privilégios de impressão datam do início do século XVI. Tratava-se, em suma, de um instrumento de proteção e apoio a certas atividades que se tinha o interesse de atrair ou fomentar, o que se fazia mediante a concessão de uma carta patente real que conferia ao seu titular o direito de explorar comercialmente com exclusividade determinada atividade por certo tempo. Historicamente, portanto, as patentes antecederam aos direitos de autor e esses, por sua vez, também têm sua origem no sistema de privilégios, baseados na graça real, e não em alguma teoria sobre o direito natural de propriedade dos inventores ou criadores. Aos poucos, as cartas patentes de impressão tornaram-se mais generosas, concedendo prazos de proteção mais extensos e até mesmo indeterminados, cobrindo inclusive classes inteiras de obras, como almanaques, livretos de preces ou livros didáticos (LONG, 1991, p. 875-878; DOCK, 1962, p. 65; ROSE, 1993, p. 10-12; PATTERSON, 1968, p. 82-90; FEATHER, 1994, p. 192-193; KIRSCHBAUM, 1946, p. 47-48; PFISTER, 1999, p. 899; FEBVRE; MARTIN, 1958, p. 339-340).

O privilégio, que é um direito fundado na graça do rei, é visto como um meio para se recompensar alguém por um serviço prestado ao soberano e ao bem público. Trata-se de uma prerrogativa de natureza pública e não de um direito privado (PFISTER, 1999, p. 20). Fica claro o caráter arbitrário dos privilégios, que dependiam diretamente da graça do rei, como vemos no uso comum da expressão “pois tal é o nosso desejo” (*car tel est notre plaisir*), característica do exercício de poder soberano e expressão clara de sua magnanimidade e de seu caráter absoluto (PFISTER, 1999, p. 55).

No seio do instituto dos privilégios reais, não é difícil perceber como interesses políticos e econômicos são claramente articulados. Para além de realizar uma censura prévia, visando impedir a circulação de textos heréticos ou sediciosos, o sistema dos privilégios reais, em particular na França e na Inglaterra, tinha uma clara motivação comercial, que convém investigar mais de perto para se compreender como a figura do autor adquiriu seu espaço no seio desse poder soberano de regulação e controle discursivo. Se a união entre monarquia e Igreja tende a ser rompida do século XVI para o XVII, o mesmo não se pode dizer da aliança entre o rei e os livreiros dos grandes centros, como Paris ou Londres, organizados em corporações fiéis ao soberano. Pode-se dizer que temos aqui um casamento duradouro e bem feliz. Privilégios cada vez mais generosos e extensos são concedidos a poucos livreiros parisienses ou londrinos próximos à Coroa, fazendo nascer um verdadeiro monopólio (PFISTER, 1999, p. 168; NETZ, 1997, p. 24-25).

Na França, pelas mãos do rei Luís XIV, a partir de 1660, o poder de regulação da edição (*librairie*) será concentrado no Conselho do Rei (*Conseil du roi*), selando a aliança entre a Coroa e os livreiros parisienses. Um aresto do Conselho de 15 de outubro de 1663, por exemplo, transferiu a competência de registro dos privilégios do Parlamento para a Câmara sindical de Paris (*Chambre syndicale de Paris*), que era um órgão interno à corporação dos livreiros parisienses, evidenciando a relação promíscua entre a vontade real de realizar uma censura prévia e o interesse comercial dos livreiros de explorar com exclusividade a impressão e venda dos livros aprovados pelo rei (PFISTER, 1999, p. 171).

Em suma, temos diversos interesses em jogo, em especial o desejo do soberano de impedir a sedição, a vontade da Igreja de interromper o avanço do protestantismo e reprimir os heréticos, e o interesse comercial dos livreiros e impressores. E os autores, nesse cenário, eram quase que completamente reduzidos a meros objetos manipulados por essas forças em conflito: reprimidos pelo soberano e pela Igreja, e explorados ou ignorados pelos livreiros e seus monopólios perpétuos. Em geral, os autores apareciam apenas de forma negativa, como alvo

das regulações, ou seja, como portadores de diversos deveres e de praticamente nenhum direito. O autor aparecia nas leis apenas para se impor uma punição, para se dizer que ele corria o risco de ter de responder penalmente pelo que escrevia ou fazia circular, ou então para se estabelecer uma restrição, por exemplo, impedindo-os de imprimir e vender seus próprios livros, o que feria os monopólios comerciais vigentes e os interesses econômicos dos livreiros detentores de privilégios reais, que somente eles poderiam exercer o negócio livreiro. Para visualizar melhor a construção desse sistema de privilégios reais e a maneira como ele articulava, ao mesmo tempo, a censura prévia e a proteção dos interesses econômicos dos livreiros, convém acompanhar o desenvolvimento da legislação a respeito do tema, o que tentarei fazer adiante, seguindo os meandros do direito francês e inglês.

2.1. O sistema de privilégios reais na França

Na França, em 1529, encontramos o primeiro ato jurídico voltado para a censura do impresso e a regulação do direito de publicar, que consiste em uma ordem (*ordonnance*) do rei Francisco I que atribuiu à Faculdade de Teologia de Paris o poder de analisar previamente e proibir que qualquer obra considerada herética ou contrária aos bons costumes pudesse vir a público. Em 1537, o mesmo rei instituiu o depósito legal (*dépôt légal*), tornando obrigatório o envio de um exemplar de toda obra impressa no Reino para a Biblioteca do Castelo de Blois (*Bibliothèque du château*). A partir de 1629, dois exemplares tinham de ser depositados, um para ficar na *Bibliothèque royale* e o outro na Chancelaria, que passou a assumir o trabalho da censura prévia e da concessão de privilégios. A obrigatoriedade desses dois depósitos ilustra bem o papel duplo desempenhado pelo soberano: como controlador e repressor, por um lado, e como incentivador e promotor da cultura, por outro (investindo na *Bibliothèque du Roi* e na *Imprimerie royale*). Além de reprimir a sedição, o controle exercido pelo Soberano sobre a impressão era movido também por motivos ligados à manutenção de certo padrão de gosto, um ideal de erudição, uma defesa dos bons costumes e da moral. O termo “maus livros” (*mauvais livres*), por exemplo, permite visualizar essa ambiguidade da censura.

Em 1551, o rei Henrique II estabeleceu o *Édito de Châteaubriant*, que teve a clara intenção de reprimir o avanço do protestantismo na França, procurando “extirpar os erros e as falsas doutrinas que proliferaram” (*l’extirpation des erreurs et faulses doctrines qui ont pullulé*) (PFISTER, 1999, p. 70-71). Esse documento legal marca o apogeu da colaboração entre rei, Igreja, Parlamento e universidade, prevendo condenações severas para os autores, os livreiros ou os impressores, que poderiam ser conduzidos à fogueira. No artigo 8º desse édito, vemos,

pela primeira vez, uma menção direta à figura do autor em uma lei na França, ao obrigar que a obra indique o nome do autor (*nom de l'auteur*), o que será reiterado em vários textos legais posteriores, como, por exemplo, no art. 10 da Declaração de 16 de abril de 1571, no art. 1º da Declaração de 11 de maio de 1612, no Aresto do Parlamento de 1º de abril de 1620, no art. 52 da Ordem do Rei de janeiro de 1629 e no art. 8º do *Regramento sobre o comércio do livro* de 1723 (CHARTIER, 1992, p. 58; DOCK, 1962, p. 174-175; FRANCE, 1723). Como se pode perceber, essas exigências não dizem respeito a qualquer reconhecimento do direito moral de paternidade, mas sim a uma forma de controle e responsabilização dos transgressores.

Em 1566, essa cooperação entre rei, Igreja, Parlamento e universidade se rompe com o *Édito de Moulins* do rei Carlos IX, que retirou o poder de censurar das mãos da universidade, da Igreja e do Parlamento em prol de uma centralização dessa atividade na Chancelaria real, estabelecendo, de maneira clara, a obrigação de obter do rei, e apenas dele, um privilégio de impressão. Como assevera o artigo 78 desse documento legal: “Fica proibido a qualquer pessoa que seja imprimir ou levar à impressão livros ou tratados sem nossa licença, permissão ou carta patente (*lettres de privilèges*), expedidas com nosso grande selo real (*grand scel*)” (FRANCE, 1829, p. 210).

Em 1577, um aresto do Parlamento deixou claro que os autores não eram realmente aqueles a quem se queria beneficiar: a eles passou a ser estritamente proibido imprimir ou fazer imprimir seus próprios livros, assim como vendê-los. Alguns autores, no final do século XVI e no século XVII, tentaram assumir diretamente a impressão, nas chamadas impressões “por conta do autor” (*à compte d'auteur*). Na França, podem-se citar as tentativas de Saint-Amant e de Cyrano, além de outros que agiram de forma semelhante na Inglaterra e na Alemanha, onde, posteriormente, Klopstock tentou criar a República dos Pensadores (*Gelehrtenrepublik*). Tais tentativas, contudo, eram geralmente malvistas e enfrentavam a ferrenha objeção dos livreiros, que tentavam impedir esses empreendimentos a todo custo (FEBVRE; MARTIN, 1958, p. 238).

Para imprimir um livro, era preciso fazer um pedido junto ao síndico da Comunidade de Livreiros de Paris, e apenas os livreiros registrados poderiam fazê-lo. Esse mesmo tipo de disposição aparece no art. 3º da *Declaração que regulamenta a edição e impressão de Paris*, de 21 de dezembro de 1630, nos artigos 3º e 12 do *Édito do Rei sobre os novos estatutos e regramentos da imprensa*, de 1649, no *Aresto do Conselho de Estado* de 6 de outubro de 1667, nos artigos 6º, 10 e 13 do *Édito sobre o regramento dos impressores e livreiros de Paris*, de agosto de 1686, e, ainda, no art. 4º do Código da Edição (*Code de la Librairie*) de 1744. É basicamente assim, sem qualquer direito reconhecido, que a figura do autor aparecerá nas leis.

Em 1629, o *Código Michau*, estabelecido pelo rei Luís XIII, consolidou e detalhou, ao longo de seus 461 artigos, o sistema dos privilégios reais e da censura prévia na França, tornando obrigatório o envio do manuscrito para o Chanceler ou Responsável pelos Selos Reais (*Chancelier* ou *Garde des Sceaux*), que, de acordo com o art. 52 do referido documento jurídico, tinha o poder de apreciar discricionariamente a atribuição do privilégio real e da permissão de impressão no Reino (PFISTER, 1999, p. 66). De maneira geral, a censura francesa a partir da segunda metade do século XVII sofre um processo de laicização e o mundo da edição deixa de ser uma questão universitária ou religiosa para se tornar um problema basicamente de administração pública (ROCHE, 1990a, p. 90). Nesse novo sistema, baseado nos privilégios reais, a aprovação pelos teólogos torna-se um elemento secundário dentro do funcionamento das instituições de controle. Em suma, temos um deslocamento evidente do século XVI para o XVII na França, no qual a censura real, de natureza mais estritamente política, tendeu a ganhar espaço e prevalecer sobre a censura da Igreja, de natureza mais religiosa e moral.

O longo reinado de Luís XIV, entre 1643 e 1715, apenas confirmou essa tendência, como vemos na política intervencionista e centralizadora implementada por Colbert, controlador geral das finanças, movido por concepções claramente mercantilistas. Em suma, o sistema dos privilégios reais é um típico exercício de poder soberano, que funciona de maneira centralizada, de forma repressiva e expresso em prescrições legais. No reinado de Luís XIV, os privilégios de poucos livreiros parisienses são renovados regularmente, promovendo uma concentração da produção livreira e um controle mais estrito da edição (PFISTER, 1999, p. 900). Colbert chegou a reduzir pela metade o número de ateliês tipográficos, praticamente todos concentrados em Paris, geralmente nos arredores da Sorbonne, tornando a vigilância muito mais fácil e eficiente. Com essa redução e a generosidade na concessão de monopólios, o rei conseguiu reforçar a fidelidade dos poucos grandes livreiros e impressores beneficiados, que passaram, então, a auxiliar a monarquia na tarefa de censurar e punir os transgressores (DARNTON, 2010, p. 27).

Os síndicos e adjuntos da Comunidade de Livreiros de Paris, aliás, eram escolhidos a dedo entre os favoritos do soberano. E as ampliações concedidas aos monopólios e as restrições criadas para se impedir a entrada de novos agentes no mercado livreiro são de toda ordem. Nesse sentido, o *Aresto do Conselho do Rei* de 1665 assumiu uma postura bem concessiva, autorizando o prolongamento indefinido dos direitos exclusivos de impressão. E aqueles que ousassem desafiar as ordens reais e ferir os monopólios concedidos passaram a ser alvo de diversas penas corporais, como previa o *Aresto do Conselho do Rei* de 27 de fevereiro de 1682. No édito de 21 de agosto de 1686, encontramos mais uma legislação extremamente favorável

aos interesses dos livreiros fiéis ao rei, prevendo, entre outros benefícios, o prolongamento indefinido dos privilégios sem qualquer condição de aumento da obra, criando, assim, um verdadeiro monopólio perpétuo (NETZ, 1997, p. 26).

Para concluir essa breve crônica da legislação francesa sobre a instauração da censura real e do sistema de privilégios, resta mencionar o documento legal que foi talvez o ápice desse tipo de política de controle soberano sobre o mundo impresso, já no início do século XVIII: o *Regramento sobre o comércio do livro*, de 1723. Trata-se de um massivo regulamento dividido em 16 capítulos, tratando da composição da corporação, da censura, da polícia do livro, do direito dos autores e dos privilégios e permissões reais. Realizado em comum acordo entre a Comunidade de Livreiros de Paris e o soberano, o texto uniformizou a regulamentação sobre o tema em todo o Reino e foi mais um documento legal que aumentou o poder da corporação e as medidas de punição e vigilância. O art. 4º deixa claro que apenas os impressores, livreiros ou colportores registrados poderiam participar do comércio do livro. Sendo assim, o autor não tinha outra saída senão vender seu manuscrito a eles, o que era, aliás, dito expressamente. E uma vez vendido o manuscrito, o adquirente podia renovar indefinidamente seu privilégio, o que caracteriza um evidente monopólio perpétuo.

A propósito, cumpre notar que esse art. 4º é o único, dentre os 123 artigos do *Regramento*, no qual a palavra “autor” (*auteur*) aparece, mas, como se vê, não para lhe conceder algum direito. Ao contrário, ele é mencionado para reforçar uma proibição, sob pena de uma punição exemplar: o autor não pode imprimir ou vender seus próprios textos. E, se o autor não tem qualquer direito, muito menos terão seus herdeiros. No art. 6º e no Título II do *Regramento* (artigos 55ss.), ao tratar do direito das mulheres viúvas, menciona-se apenas o direito das mulheres dos impressores e dos livreiros, sem qualquer menção quanto à mulher do autor. Sem dúvida, nesse documento legal, o mundo do livro é uma questão de polícia e de repressão, e o autor um transgressor potencial a ser controlado (FRANCE, 1723; DARNTON, 2010, p. 26).³

³ Apesar do claro enfoque punitivo com relação ao autor presente nas legislações francesas dos séculos XVI, XVII e do início do XVIII, convém observar que algumas decisões dos Tribunais desse período concederam algum tipo de “proteção” aos autores, sobretudo de ordem pessoal ou moral, embora sem qualquer unificação ou regularidade. Cito alguns exemplos nesse sentido. Ainda no início do século XVI, em 5 de março de 1504, Guillaume Le Coq obteve na Justiça o direito de assinar os exemplares de seu Almanaque que tinha sido posto anonimamente à venda por um livreiro (PFISTER, 1999, p. 31-33). No mesmo ano, outro membro da Faculdade de Medicina da Universidade de Paris, André de La Vigne, obteve na Justiça o direito de imprimir e vender suas próprias obras (PFISTER, 1999, p. 36). Em 1538, foi a vez de Clément Marot, protegido do rei Francisco I, obter um privilégio real para publicar uma edição integral de suas obras (PFISTER, 1999, p. 44). Em 1606, Jacques Leschassier, que era filho de um secretário do rei e de uma mãe nobre, obteve na Justiça a condenação de um falsário que teria ferido sua honra e reputação (VIALA, 1985, p. 87-88). Convém destacar que os autores beneficiados por essas decisões eram, geralmente, protegidos ou próximos do rei, o que indica que se trata mais propriamente da concessão de uma graça do que do reconhecimento de algum verdadeiro direito.

2.2. O sistema corporativo inglês

Na Inglaterra, assistimos a um processo semelhante de controle real do impresso por meio da censura prévia e da concessão de privilégios. O autor foi, também, alvo de perseguição e objeto de punição nas leis inglesas dos séculos XVI e XVII. A principal diferença entre os modelos francês e inglês é que, enquanto o soberano assumiu uma centralidade maior e procurou controlar mais diretamente o mundo da edição na França, sobretudo com Luís XIV, o sistema inglês tendeu a ser mais corporativo, ocorrendo, em grande medida, no interior da Comunidade de Livreiros de Londres (*Company of Stationers of London*), ainda que sob a vigilância e o beneplácito do soberano.⁴ Essa foi uma barganha aparentemente muito vantajosa, tanto para a Coroa, quanto para os livreiros londrinos, o que talvez explique o sucesso e a longa duração desse sistema que, apesar das turbulências, funcionou na Inglaterra entre 1557 e 1710. Vejamos então uma breve crônica das legislações britânicas sobre o tema.

Em 1538, o rei Henrique VII estabeleceu o primeiro sistema de licenças reais (*royal licensing system*), marcando o início da censura prévia, que obrigava toda impressão religiosa a passar pelo exame do bispo ou do Conselho do Rei (*Privy Council*) (ENGLAND, 1538; PATTERSON, 1968, p. 24). Assim como ocorreu na França, o foco inicialmente estava voltado para a heresia e a proteção dos interesses político-religiosos. Pouco depois, em 1557, assistimos a um deslocamento que marcará o modelo inglês de controle da edição: a rainha Maria I concedeu um privilégio real (*Royal Charter*) à Comunidade de Livreiros de Londres, que será confirmado depois, em 1559, pela rainha Elizabeth I. Além do monopólio, um impressionante poder de polícia foi conferido à corporação, que podia queimar as cópias clandestinas e encarcerar as pessoas responsáveis (ENGLAND, 1557).

Para cumprir essas funções, de proteção da exclusividade de comércio e de punição dos transgressores, foi estabelecido no seio da corporação um sistema de registro das licenças (*Stationers' Register*), que funcionava como um controle político-mercantil e, em pouco tempo,

⁴ A história dessa Comunidade remonta ao início do século XV, quando uma guilda de copistas, encadernadores, gravuristas e livreiros nasceu em Londres. A partir de meados do século XVI, um privilégio de exclusividade na impressão e venda de livros foi concedido a eles (FEATHER, 1994, p. 195; PATTERSON, 1968, p. 4). Esse mesmo tipo de deslocamento ocorreu em diferentes domínios e locais da Europa, fazendo dos corpos de ofício (*guilds* em inglês, *guilde* em francês, *Zünfte* em alemão, *Arti* em italiano, *gremios* em espanhol) uma corporação, baseada em monopólios reais. Da ênfase no ofício, o sistema mestre-aprendiz evoluiu para uma ênfase na classe (*status* econômico), tornando-se, basicamente, uma organização de “mestres” empregadores (WILLIAMS, 2008, p. 59). Economicamente, entre as corporações existentes na Inglaterra, os livreiros ocupavam uma posição humilde, bem atrás, por exemplo, dos merceiros (*grocers*) ou ourives (*goldsmiths*). Apesar disso, recebiam uma atenção muito especial da Coroa e tinham privilégios extremamente vantajosos, o que somente pode ser explicado pelo interesse da Coroa em controlar a impressão (PATTERSON, 1968, p. 30; FEATHER, 1994, p. 194-195).

deixou de ser visto como um mero testemunho do direito concedido pelo rei para assumir o papel de fonte do próprio direito de imprimir. Para realizar a entrada ou registro, era preciso indicar o título da obra e o nome da pessoa autorizada a explorá-la comercialmente com exclusividade. Em 1598, o órgão judicativo que funcionava no seio da corporação e agia de forma mais arbitral do que legal, visando a manter a ordem comercial, o *Court of Assistants*, impediu não membros de obterem direitos de cópia, decisão que foi reafirmada em 1607, tornando ainda mais estrito o monopólio de impressão na Inglaterra. Restava ainda a possibilidade de se obter uma permissão de impressão diretamente do rei, na forma de uma carta patente, o que se tornava, contudo, cada vez mais raro (FEATHER, 1994, p. 200; KIRSCHBAUM, 1946, p. 74-77; PATTERSON, 1968, p. 33).

Durante pouco mais de um século, conviveu no sistema britânico de controle da impressão uma dupla possibilidade de permissão: uma que decorria do registro junto à corporação, chamada de “direito de cópia” (*right in copies*), e outra que era conferida diretamente pelo rei, na forma de uma carta patente. Em 1624, um documento legal mais abrangente sobre o tema, chamado de *Ato ou Estatuto dos Monopólios* (*Act ou Statute of Monopolies*), procurou conferir uma base estatutária mais sólida para as patentes, reduzindo a discricionariedade real e atribuindo aos livreiros de Londres ainda mais poderes (ENGLAND, 1624). Como se pode perceber, ao contrário da França, o sistema inglês será bem mais corporativo, baseado nos registros e nas práticas do mercado livreiro. Em suma, a regulação corporativa tendeu a absorver, na Inglaterra, o antigo sistema de proteção por meio de cartas patentes concedidas diretamente pelo soberano. Mas, ao invés de uma adversária da Coroa, que lhe retirava suas prerrogativas, a corporação de livreiros era, acima de tudo, uma grande aliada, capaz de exercer uma vigilância e um controle muito mais estrito sobre a impressão.

Para ilustrar esse ponto, convém recordar o fato de que, em 1643, a corporação de livreiros de Londres enviou documentos ao Parlamento defendendo que, em matéria de impressão, era ela que estava em melhores condições para controlar e punir os abusos. No mesmo ano, uma ordem real conferiu à corporação o que ela pedia. Esse argumento extremamente convincente à época foi muitas vezes utilizado pela corporação para aumentar seus poderes de polícia e intensificar o monopólio existente, reduzindo o número de livreiros privilegiados (PATTERSON, 1968, p. 128). Nesse aspecto, aliás, verificamos na Inglaterra um processo similar ao da França, de concentração, na mão de poucos livreiros, do monopólio de impressão. Em 1615, o número de impressores habilitados a operar em Londres era de 22, o que foi paulatinamente reduzido, chegando a apenas 16 em 1660. E, fora de Londres e das

tradicionais Universidades de Oxford e Cambridge, praticamente não se permitia imprimir: na Escócia, por volta de 1680, havia apenas um impressor com privilégio real, assim como na Irlanda (EZELL, 1999, p. 86).

Verificamos a mesma tendência em um decreto de 1637 (*Star Chamber Decree*), que tornou obrigatória a exibição do registro corporativo que concedia a licença de impressão no início de todo livro, com a indicação do nome do autor, do impressor e do livreiro detentor do privilégio (PATTERSON, 1968, p. 120-121).⁵ Além disso, era obrigatório o assentimento do autor para a realização de uma impressão: “[...] impressores não poderiam imprimir ou reimprimir o que quer que fosse sem o nome e o consentimento do autor” (ENGLAND, 1637). Se o impressor não conseguisse identificar o autor, ele próprio deveria responder como se o fosse. Essa exigência prevista na lei pode parecer, à primeira vista, um reconhecimento dos direitos morais do autor ao ineditismo e à integridade, de decidir o que quer levar a público e como. Mas, ao situarmos esse preceito, percebemos que sua intenção era claramente responsabilizar os autores e impressores por possíveis transgressões. Trata-se de uma legislação de cunho penal, punitivo, e não civil, de proteção de direitos individuais, de ordem moral ou pessoal, e muito menos de concessão de direitos patrimoniais aos autores (ROSE, 1993, p. 22; KIRSCHBAUM, 1946, p. 79). Como bem percebeu Foucault (2001, p. 827), a apropriação penal do autor antecedeu claramente a civil.

O “regime de regulação” (*regime of regulation*) estabelecido em 1637 permaneceu basicamente o mesmo até o final do século XVII, com pequenas modificações aqui e ali, como vemos em 1662, no *Ato de licenciamento* (*Licensing Act*), que foi renovado diversas vezes (ENGLAND, 1662). Apenas em 1695 uma desordem maior seguir-se-á à expiração do ato de licenciamento, dando lugar a um intenso debate relacionado ao comércio livreiro e os direitos de liberdade de expressão, debate esse que colocou em conflito o regime tradicional de regulação (um sistema de privilégios e controles baseados em prerrogativas reais) e a emergente ideologia do mercado (ROSE, 1993, p. 33-34). A linha de argumentação dos livreiros londrinos, pela manutenção da censura prévia, do controle real e dos privilégios, foi rejeitada pela *House of Commons* em 1698 e em 1703, forçando-os a mudarem de estratégia.

Para resguardar seus interesses econômicos, ao menos parcialmente, os livreiros londrinos passam a defender o fim da censura prévia e a proteção do direito dos autores, na linha que veio a ser consagrada em 1710 pelo *Estatuto da Rainha Ana* (ENGLAND, 1710; PATTERSON, 1968, p. 115). Nesse sentido, vemos uma clara mudança de tática em 1706, em

⁵ O *copyright* moderno manteve uma exigência semelhante, do símbolo © seguido do nome do titular do direito.

uma petição apresentada pelos livreiros londrinos, intitulada *Reasons Humbly Offer'd for the Bill for the Encouragement of Learning, and Improvement of Printing*, na qual não se menciona mais a religião ou a segurança do Reino. Nada mais é dito sobre a luta contra a transgressão e a importância de se censurar e punir os responsáveis. Ao invés disso, a petição acentua a importância de se garantir a propriedade do autor sobre sua obra como um meio de proteção dos “intelectuais” (*Learned Men*) e suas famílias, assim como de incentivo para novas criações (PATTERSON, 1968, p. 142). Abre-se, assim, o caminho para o nascimento do *copyright*.

Temos aqui mais um exemplo histórico de como antigas práticas mercantis conseguem perpetuar-se sob nova roupagem. Muda o discurso, cai o rei, cria-se um novo direito, mas o negócio livreiro permanece vivo. Nessas mudanças, um novo sujeito, agora detentor de direitos, aparece e ganha destaque: o autor. A expiração do *Licensing Act* está ligada, assim, a uma importante mudança: o *copyright* moderno deixará de ser algo voltado para a censura, o monopólio e a punição soberana, tornando-se uma questão eminentemente de propriedade e assimilação do autor ao mercado.

3. Por trás do direito: proteção, resistência e novo controle disciplinar

O estudo do sistema de privilégios reais na França e na Inglaterra oferece à nossa análise, sem dúvida, uma visão mais acurada acerca da apropriação penal do autor nos séculos XVI e XVII. Mas é importante também olharmos para fora, e por detrás, da mera crônica da legislação. Além de uma operação jurídico-administrativa, os privilégios reais, que eram obrigatoriamente reproduzidos (às vezes com grande destaque, logo após a página de título) em todos os livros impressos legalmente, funcionavam também como um dispositivo de valorização e glorificação do autor e do soberano (SCHAPIRA, 2002, p. 123-134).

O privilégio era um mecanismo de legitimação da obra, como um selo de garantia. Simbolicamente, o rei assumia a posição da primeira instância leitora, uma espécie de leitor ideal que julga o texto antes dos leitores ordinários (LÉVY-LELOUCH, 2002, p. 147). Sua intervenção era duplamente protetora, como um grande pai: protegia os autores com sua graça e benevolência (concedendo benefícios e contribuindo para seu renome), e protegia também seus súditos, erigindo-se como o leitor primeiro e privilegiado que, após seu julgamento soberano, deixava apenas que obras verdadeiramente úteis e belas fossem levadas a público. O indivíduo que escrevia assumia, nessa relação, uma posição submissa, como fica claro na

expressão normalmente empregada nos pedidos de privilégios: o autor literalmente suplicava ao rei “muito humildemente” (*tres-humblement supplyé*). (LÉVY-LELOUCH, 2002, p. 150).

Por vezes, o rei não se limitava a conceder determinado direito de impressão, tecendo também elogios. O primeiro privilégio concedido pelo rei da França com esse perfil elogioso foi conferido a Ronsard em 1554. Nele, o rei Henrique II desenvolve um verdadeiro discurso sobre a questão do benefício que as *bonnes lettres* trazem para o Reino. Mais tarde, a partir de 1620, tal prática irá sistematizar-se, de modo que todo privilégio concedido comporta um discurso (ainda que mínimo) sobre o autor, informando seus títulos e seu *status* social. Há uma espécie de relação pessoal entre o rei e o beneficiário do privilégio, entrando o autor na esfera da benignidade, do favor e da proteção real (SCHAPIRA, 2002, p. 129-132).

Sendo verdade que, onde há poder, há resistência, também não será diferente com o sistema de censura prévia do poder soberano nos séculos XVI e XVII. Um amplo campo de clandestinidade formou-se no mundo do livro, fazendo das prescrições legais, em grande medida, letras mortas. Uma das armas da imprensa clandestina era justamente o anonimato. Muitos livros eram impressos e circulavam sem qualquer indicação de seus autores ou dos impressores e livreiros responsáveis.⁶ A motivação para fazer uso do anonimato pode, por certo, variar muito, dependendo das circunstâncias. Pode-se tratar de uma questão aristocrática (como vemos nas práticas dos *gentlemen writers*), de gênero (as mulheres deveriam agir segundo a “modéstia natural do sexo” e, no máximo, poderiam tomar parte na *écriture de salon*, restrita a círculos fechados) e, sobretudo, de medo de perseguição política ou religiosa. Esse apagamento da autoria mostra claramente como a indicação do nome do autor era uma peça importante no controle do mundo dos livros, e também de imposição de novos valores e deveres (GRIFFIN, 1999, p. 885; GRANDE, 2001, p. 126; COUTURIER, 1995, p. 22).

Quanto mais centralizadas e severas eram as práticas de repressão e censura, também mais explosivas tenderam a ser as reações e tanto maior ficou o mundo da clandestinidade. Os próprios livreiros mais próximos ao poder, quando havia um excesso muito significativo nas proibições e censuras, costumavam entregar-se à prática das edições clandestinas, dada a

⁶ Os livreiros clandestinos, ou piratas, ridicularizavam a repressão real e demonstravam possuir grande senso de humor, como vemos na criatividade que demonstram ao inventar endereços imaginários. Cito alguns exemplos curiosos: “No hospício, casa do autor” (*À l’hôpital de fous, chez l’auteur*), “Em pleno mar, na casa de Henrique Arenque” (*En pleine mer, chés Henry Hareng*), “Em todo lugar e para sempre” (*Partout et pour tous les temps*), “No céu” (*Au Ciel*), “Nos infernos” (*Aux Enfers*), “Impresso na imprensa, pelo impressor que a imprimiu, e vendido pelos livreiros que as têm. Ano 1688, que é o ano da enganação” (*Imprimé sous la Presse, chés l’Imprimeur qui l’a imprimée et se vend chez les Libraires qui l’ont. Anno 1688, qui est l’an de tromperie*) (SAUVY, 1990, p. 140).

ineficiência da vigilância existente e os lucros atrativos que a publicação dessas obras “impróprias” acarretava (FEBVRE; MARTIN, 1958, p. 424).

Mas o fim do sistema dos privilégios reais, que ocorrerá apenas no século XVIII na Inglaterra e na França, não deve ser visto como uma evolução natural e uma afirmação da liberdade dos autores e do comércio livreiro. A Revolução Francesa, por exemplo, não deve ser vista como tão revolucionária assim nesse aspecto, não sendo capaz de realmente mudar por completo o regime da edição do *Ancien Régime*. É verdade que, na noite de 4 de agosto de 1789, a *Assemblée nationale* aboliu vários privilégios reais e, formalmente, acabou com o antigo regime. É verdade também que o artigo XI da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* afirmou, expressamente, que a livre comunicação de pensamentos e opiniões era um dos direitos mais preciosos do homem, podendo todo cidadão falar, escrever e imprimir livremente. Mas isso não significa que, de uma vez só, por meio de uma simples “canetada”, toda a censura e o controle tenham sido eliminados. Mas, para compreender como o novo poder de repressão foi exercido, é preciso olhar por detrás da crônica da legislação e dos atos oficiais, o que nos permitirá perceber que, ao invés de acabar, a vigilância assumiu novas formas.

Podemos dizer, sim, que os privilégios reais acabaram. Mas, de uma maneira insidiosa e não “declarada”, muitas práticas de vigilância e controle permaneceram, nas brechas que foram deixadas abertas (HESSE, 1989, p. 73). Nesse sentido, logo após a abolição dos privilégios reais, um decreto transferiu certos poderes para a Câmara Sindical (*Chambre Syndicale*) da Comunidade de Livreiros e Impressores de Paris, perpetuando a exigência de que toda publicação indicasse o nome do autor quando de seu registro (HESSE, 1989, p. 77). Alguns livreiros “clandestinos”, que passaram então a ser os monarquistas, foram perseguidos e punidos. O rei caiu, os mestres mudaram, mas muitas práticas continuaram.

A Declaração de 1789 e a lei Le Chapelier de 1791, que aboliu a Comunidade de Impressores e Livreiros e todo controle sobre o comércio do livro, gerou um curto momento de desregulação e “caos” no mundo da edição francês, mas isso durou apenas até agosto de 1792, quando se iniciou uma grande perseguição que implicou no fechamento de diversos jornais e na prisão e condenação à morte de vários escritores e livreiros. Em 29 de março de 1793, a *Convention* restabeleceu, de forma clara, a censura repressiva e mesmo prévia, com previsões de penas severas, sobretudo contra aqueles que defendiam a volta da monarquia. Também o depósito legal, que estava associado à vigilância real, foi suprimido em 1789 e restabelecido logo depois, em 1793. Por certo, a instabilidade política pós-revolucionária fez com que algumas idas e vindas ocorressem nessas políticas repressivas. Com a queda de Robespierre,

por exemplo, certa liberdade de imprensa chegou a ser prevista na Constituição. Mas bastou a ameaça de um golpe de estado monarquista para, em 1797, uma nova lei ser aprovada impondo controles estritos à imprensa, processo esse que só se intensificou com a chegada de Napoleão ao poder. Nesse sentido, é interessante observar que o Decreto Imperial (*Décret impérial*), de 5 de fevereiro de 1810, já no período napoleônico, estabelecia claramente a exigência da indicação do nome do autor, se conhecido, em toda publicação, além de instituir um claro sistema de controle e repressão (FRANCE, 1810).

Napoleão Bonaparte, aliás, concedia grande importância à impressão como um veículo de propaganda política. Os jornais, a universidade, a Igreja e os livreiros/editores foram forçados a entrar no sistema da propaganda napoleônica, de modo que a arbitrariedade real do *Ancien Régime* foi simplesmente substituída por uma organização rígida do mundo impresso em nome da ordem imperial. Uma vigilância administrativa passou a informar detalhadamente o governo sobre todas as atividades literárias, por meio de um estudo do material publicado e de estatísticas. Assim, o governo napoleônico acompanhava e vigiava o mundo da edição sem que essa direção aparecesse claramente. É interessante perceber a diferença de estratégia, abandonando a via explicitamente repressiva. Por exemplo, a partir de 1811, um jornal passou a ser divulgado pelo próprio Estado anunciando todos os livros que seriam publicados, com a indicação do nome do autor e do editor, o número de exemplares e o respectivo preço. Dessa forma, a direção da impressão e da edição (*Direction de l'imprimerie et de la librairie*) podia reforçar sua vigilância sob a aparência de estar prestando um serviço público (VOUILLOT, 1990). Ao invés de uma polícia montada para perseguir e punir, entramos na era do estrito controle administrativo e da promoção comercial.

A Revolução representou uma mudança na economia do poder e nos mecanismos de controle. Mais do que uma libertação, a imagem da palavra completamente livre permaneceu algo assustador após a Revolução, vista ainda como uma espécie de confusão generalizada. Dar voz a todos significa colocar por terra o privilégio da palavra. Ao invés de plena liberdade, o que se verifica é uma mudança no tipo de controle, que deixa de coibir a sedição ou a heresia e abandona o modelo do poder soberano, que era explicitamente centralizador e repressor. Novos interesses e novos mecanismos emergiram: ao invés do crime de lesa majestade, passou-se a coibir a pretensão à realeza. Ao invés dos dogmas da Igreja, passou-se a proteger os valores republicanos e a boa moral cívica. Ao invés da Bastilha e da fogueira da inquisição, o controle passou a ser exercido por meio de um imenso aparato burocrático. Por trás da liberdade de expressão formalmente declarada, o que vemos é outra estratégia de vigilância e adestramento da palavra.

Embora as estratégias soberanas repressivas não deixem de ter seu lugar no regime de poder que caracterizará o século XVIII, podemos perceber alguns importantes deslizamentos e a emergência de novos sujeitos, envolvidos em novas práticas, no seio de instituições substancialmente reformuladas. A polícia, por exemplo, passará a adotar novos métodos de vigilância, baseados em técnicas mais estritas de investigação e captura de informação. Vista por muitos como a expressão do absolutismo real, a polícia é, mais propriamente, uma máquina administrativa que acrescenta uma função disciplinar ao arbítrio real, que estende e refina sua grade de atuação de modo a capturar praticamente qualquer pequena ilegalidade. Para tal, a polícia tende a acumular uma série de relatórios ao longo do século XVIII, em uma complexa organização documental que registra condutas, atitudes e desconfianças em uma observação permanente do comportamento dos indivíduos. Como ressalta Foucault (1975), o exame faz entrar a individualidade no campo documental: realiza-se a crônica de um homem, a narrativa de uma vida. À medida que a instituição policial se consolida, a tendência é o poder disciplinar fazer o espetáculo soberano apagar-se no exercício cotidiano da vigilância.

Em suma, inspirado em Foucault (1997, p. 164), podemos dizer que passamos, no século XVIII, da “censura dos enunciados” (*censure des énoncés*) para a “disciplina da enunciação” (*discipline de l'énonciation*), da “ortodoxia” (*orthodoxie*) para a “ortologia” (*orthologie*). A forma por excelência de controle do mundo impresso, a partir de então, será baseada em práticas disciplinares. Em linhas gerais, a dura repressão da Igreja e do soberano tinha um caráter arbitrário e pouco eficiente. As transformações ocorridas no século XVIII apontam para um novo funcionamento do nome do autor, no seio de uma nova economia de poder. Mais do que a afirmação de nobre ideais libertários ou o reconhecimento de direitos naturais dos indivíduos criadores, estamos diante de uma nova tecnologia de poder que, sobretudo, procura ser mais eficiente e onipresente. Em suma, da apropriação penal, de traços mais claramente negativos, ou seja, de um poder central que simplesmente pune e diz não, o autor passa a ser alvo de uma apropriação civil, de coloração mais positiva, como um poder que confere direitos e “protege” os criadores intelectuais.

Com o desenvolvimento da “polícia do livro”, sobretudo no século XVIII, o controle torna-se mais eficaz, a grade mais fina, e os autores mais domesticados.⁷ O mundo do livro

⁷ Na França, por exemplo, em meados do século XVIII, a Direção Geral da Edição (*Direction Générale de la Librairie*) exercia uma vigilância bem mais minuciosa. Um amplo aparato burocrático foi constituído para o exercício dessa função policial, envolvendo, por exemplo, o chanceler (*chancelier*), o encarregado da guarda do selo real (*garde des Sceaux*), o diretor de questões editoriais (*directeur de la librairie*), o presidente do escritório de negócios editoriais do Conselho Privado (*Président du bureau pour les affaires de librairie du Conseil privé*), o chefe de polícia (*lieutenant général de police*), os comissários de polícia (*commissaires*), os oficiais de justiça

passa a ser, basicamente, um problema da administração pública, sob o signo do registro e das práticas disciplinares, conferindo à ação de vigilância do impresso uma dimensão bem mais meticulosa, com fichas policiais bem detalhadas e levantamentos mais completos.

Um exemplo bastante ilustrativo do funcionamento dessa nova polícia do livro pode ser encontrado nos registros dos autores realizados pelo inspetor do comércio do livro (*inspecteur du commerce du livre*) Joseph d'Hémery, que foram estudados a fundo pelo historiador norte-americano Robert Darnton. Em cinco anos, entre 1748 e 1753, o inspetor escreveu mais de quinhentos relatórios sobre diversos escritores da época, tomando por base diversas fontes: jornais, interrogatórios realizados na Bastilha, espionagem, conversas de café e até boatos (“*son père disait...*”). Nessas fichas, encontramos uma descrição única do mundo literário parisiense da época, indicando a origem e profissão dos escritores (alguns viviam de renda, outros da pena como jornalista, professor ou secretário, outros recebiam bolsas, etc.) (DARNTON, 1984, p. 147). Sem dúvida, o recenseamento realizado por d'Hémery, na tentativa de identificar e eliminar os autores transgressores, confere à polícia do livro dessa época uma nova estrutura e um novo funcionamento, de tipo mais propriamente disciplinar.

Para visualizar melhor como ocorria essa vigilância policial, tomemos uma ficha específica: Diderot. Na ficha, aparece o nome do autor, sua data e local de nascimento, uma descrição de seus traços físicos, sua residência, uma curta biografia (sua origem, seu casamento e suas amantes), seus escritos, seus precedentes criminais (como sua prisão em Vincennes, em 1749, em razão da famosa *Lettre sur les aveugles*), além de uma análise de seu caráter e de sua “periculosidade”. Quanto a esse último ponto, Diderot é descrito como alguém que representa uma forma insidiosa de perigo: o ateísmo e o livre pensamento (*libre pensée*) (DARNTON, 1984, p. 173-174). É interessante perceber como o relatório realiza um misto de dados biográficos, documentos policiais e impressões pessoais, valendo-se de fontes heterogêneas e misturando a forma característica da escrita administrativa com algo que parece um texto de crítica literária ou uma narrativa sobre a vida dos investigados (DARNTON, 1984, p. 149-153).

Em suma, o século XVIII é marcado pela nova racionalidade administrativa da polícia, que supõe a constituição de um arquivo e de um registro uniforme e rigoroso, de modo a permitir a identificação e a perseguição dos “maus sujeitos” (*mauvais sujets*) (MALESHERBES, 1994, p. 26). O aumento significativo no volume de livros impressos

(*officiers de justice*), os inspetores da edição (*inspecteurs de la librairie*), os censores reais (*censeurs royaux*), os oficiais das câmaras sindicais de livreiros e impressores (*officiers des chambres syndicales*), entre outros, todos representantes da autoridade real. Até o final do século XVII, eles eram pouco mais de dez pessoas, na véspera da Revolução, já somavam mais de duzentos funcionários diretamente ligados à polícia do livro (ROCHE, 1990a, p. 91; 1990b, p. 99-103; HESSE, 1991, p. 14-15).

tornava quase impossível a tarefa da censura prévia nos mesmos moldes do século XVI ou XVII. De maneira geral, passou-se a perceber a ineficácia do sistema existente e a necessidade de alteração. Às vésperas da Revolução, aliás, a censura prévia funcionava sem produzir praticamente nenhum efeito (*la censure fonctionne à vide*) (ROCHE, 1988, p. 35). No novo controle instaurado pela apropriação civil dos autores, por meio do moderno direito de autor, a censura prévia perde espaço. Embora continue existindo, a censura assumirá uma posição secundária na ordenação do mundo impresso e no funcionamento do nome do autor a partir do século XVIII, não mais como faziam a Igreja e o soberano.

Conclusão

As análises empreendidas neste artigo confirmaram amplamente a tese sustentada por Foucault (2001, p. 827) acerca da anterioridade da apropriação penal do autor. De fato, o autor aparece inicialmente no seio da regulação do mundo do livro como alguém passível de punição, que deve ser identificado e responsabilizado por suas palavras. A inclusão do nome do autor na capa do livro, por exemplo, antes mesmo de ser uma estratégia editorial-comercial, foi uma obrigação legal, imposta expressamente a partir do século XVI. Além de estar na capa do livro, o nome do autor aparece, geralmente, também nos registros, nos depósitos legais, nas permissões e nos privilégios reais de impressão. O autor é tomado pelo direito, em um primeiro momento, como uma ameaça, como um possível transgressor. Ele só será erigido à condição de proprietário, detentor de prerrogativas de ordem patrimonial e moral sobre sua criação, algum tempo depois, a partir do século XVIII. Foucault (2001, p. 827) tem razão então ao afirmar que “[o discurso] foi historicamente um gesto carregado de riscos antes de ser um bem inserido no circuito das propriedades (*circuit de propriétés*)”.

Na primeira parte do artigo, mostramos como o autor foi enredado, nos séculos XVI e XVII, em um amplo e severo aparato de censura, que se constituiu no seio das universidades, da Igreja, das corporações e do Estado. A identificação do nome do autor nos livros publicados passou a ser legalmente imposta não para garantir algum tipo de direito moral à paternidade, mas sim como peça no interior de uma complexa engrenagem de controle discursivo e punição dos indivíduos considerados heréticos, sediciosos ou heterodoxos. Assistimos a um processo de intensificação da perseguição, com milhares de livros queimados e autores encarcerados ou mortos. Embora a relação entre autoria, responsabilidade e punição não seja algo completamente novo e característico apenas do *Ancien Régime*, é importante observar que nessa

época vimos aparecer formas inéditas de responsabilização explícita e sistemática dos autores, com um aparato institucional cada vez mais centralizado. Assim, novos contornos, significados e dimensão são conferidos àquilo que, anteriormente, era um conjunto de decisões isoladas e atos esporádicos, periféricos no seio das tecnologias de poder estabelecidas. Somente a partir do século XVI, depois da introdução da imprensa na Europa, que uma nova articulação se produz e o autor passa a exercer uma função eminentemente jurídico-penal, de natureza negativa, como um sujeito portador de deveres, que assume responsabilidades e riscos, podendo responder criminalmente por aquilo que escreveu e fez circular em seu nome. É dessa forma que o nome do autor aparece nos catálogos do *Index*, nos registros das corporações e nas condenações penais.

Na segunda parte deste artigo, analisamos o sistema dos privilégios reais que regulou o mundo dos livros na Europa ao longo dos séculos XVI e XVII. Tendo sua origem nas cartas patente, os privilégios de impressão são fruto de uma graça do rei e não de um suposto direito natural dos próprios criadores. Mostramos como interesses políticos e econômicos se articularam no seio desse sistema, em prol de uma lógica mercadológica monopolística, que beneficiava um pequeno e seletivo grupo de editores, livreiros e impressores sediados nas proximidades do rei. A lei claramente era voltada para o atendimento dos interesses corporativos e da Coroa, sendo o autor uma figura absolutamente secundária, que não detinha praticamente nenhum direito. Procuramos demonstrar isso por meio de uma análise mais detida dos direitos francês e inglês da época. Observamos que, na França, o sistema foi, especialmente após Luís XIV, mais centralizado e controlado pela Coroa. Já na Inglaterra, preponderou um modelo mais corporativo de regulação, com ênfase no registro.

Na terceira e última parte, nossa análise extrapolou o domínio do direito para mostrar as práticas de valorização autoral, no seio de uma estratégia de proteção real, e de resistência, valendo-se especialmente do anonimato e da clandestinidade. Por fim, tratamos do esgotamento desse modelo centrado na censura prévia e nos privilégios reais a partir do século XVIII. Entendemos que as legislações modernas no domínio do direito de autor e as novas declarações formais, em nome da liberdade e dos direitos de propriedade, não devem ser vistas simplesmente como uma libertação, como se velhas práticas regulatórias desaparecessem repentinamente em nome do respeito aos direitos naturais e sagrados dos criadores. Argumentamos que, apesar da retórica jusnaturalista, o direito moderno de autor permite a manutenção de velhas práticas comerciais baseadas na exclusividade da exploração econômica e insere os autores em uma nova estratégia de controle. Com o crescimento e a modernização dos aparelhos estatais, desenvolveu-se uma “polícia do livro”, que se valeu de novos

dispositivos propriamente disciplinares. Passamos então do sistema inquisitorial do *index* e da queima de livros para o sistema documental de controle baseado nos registros, nas permissões e na vigilância minuciosa e permanente. Ao invés de transgressor, o autor passa a ser, no seio do direito moderno, acima de tudo, um proprietário.

Referências bibliográficas

BARBIER, Frédéric. *L'Europe de Gutenberg: le livre et l'invention de la modernité occidentale* (XIIIe-XVIe siècle). Paris: Belin, 2006a.

BARBIER, Frédéric. *Histoire du livre*. 2. ed. Paris: Armand Colin, 2006b.

BONCOMPAIN, Jacques. *La révolution des auteurs: naissance de la propriété intellectuelle* (1773-1815). Paris: Fayard, 2001.

CHARTIER, Roger. *Les origines culturelles de la Révolution française*. Paris: Éd. du Seuil, 1990.

CHARTIER, Roger. *L'ordre des livres: lecteurs, auteurs, bibliothèques en Europe entre XIVE et XVIIIe siècle*. Aix-en-Provence: ALINEA, 1992.

CHARTIER, Roger. *A aventura do livro: do leitor ao navegador*. Tradução: Reginaldo de Moraes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

CHARTIER, Roger. Qu'est-ce qu'un auteur? Révision d'une généalogie. *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, n. 4, p. 1-37, 2000.

CHARTIER, Roger. Table ronde conclusive. In: ZIMMERMANN, Michel (Dir.). *Auctor & Auctoritas: invention et conformisme dans l'écriture médiévale*. Paris: École des Chartes, 2001. p. 569-587.

CHARTIER, Roger. Foucault's chiasmus: authorship between science and literature in the Seventeenth and Eighteenth centuries. In: BIAGIOLI, Mario; GALISON, Peter (Eds.). *Scientific authorship: credit and intellectual property in science*. New York/London: Routledge, 2003. p. 13-31.

COUTURIER, Maurice. *La figure de l'auteur*. Paris: Éd. du Seuil. 1995.

DARNTON, Robert. *Le grand massacre des chats*. Tradução: Marie-Alyx Revellat. Paris: Payot, 1984.

DARNTON, Robert. *Bohème littéraire et révolution: le monde des livres au XVIIIe siècle*. Tradução: Éric de Grolier. Paris: Gallimard, 2010.

DOCK, Marie-Claude. *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962.

EISENSTEIN, Elizabeth L. *A revolução da cultura impressa: os primórdios da Europa Moderna*. Tradução: Osvaldo Biato. São Paulo: Ática. 1998.

ENGLAND. A Proclamation Prohibiting Unlicensed Printing of Scripture (Henrician Proclamation). London, [1538]. In: HUGHES, P. L.; LARKIN, J. F. (Eds.). *Tudor Royal Proclamations*, vol. 1, New Haven/London: Yale University Press, 1964. p. 270-276. Disponível em: <http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk_1538>. Acesso em: 13 jun. 2013.

ENGLAND. Royal Charter of the Company of Stationers. London, [1557]. In: ARBER, E. (Ed.). *A Transcript of the Registers of the Company of Stationers of London, 1557-1640*. London, 1875-1894, p. xxviii-xxxii. Disponível em: <http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk_1557>. Acesso em: 13 jun. 2013.

ENGLAND. An Act concerning Monopolies and Dispensations with Penal Laws and the forfeitures thereof (Statute of Monopolies). London, [1624]. In: BENTLY, L; KRETSCHMER, M. (Eds.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. Disponível em: <http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk_1624>. Acesso em: 13 jun. 2013.

ENGLAND. A Decree of Star-Chamber concerning Printing. London, [1637]. In: ARBER, E. (Ed.). *A Transcript of the Registers of the Company of Stationers of London, 1557-1640*. London, 1875-1894. p. 528-536. Disponível em: <http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk_1637>. Acesso em: 13 jun. 2013.

ENGLAND. An Act for Preventing Abuses in Printing Seditious, Treasonable, and Unlicensed Books and Pamphlets, and for Regulating of Printing and Printing Presses (the Licensing Act). London, [1662]. In: RAITHBY, John (Ed.). *Statutes of the Realm*, v. 5 (1628-80), 1819. p. 428-435. Disponível em: <<http://www.british-history.ac.uk/report.aspx?compid=47336>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

ENGLAND. The Statute of Anne: an act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned. London, [1710]. In: BENTLY, L; KRETSCHMER, M. (Eds.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. Disponível em: <http://copy.law.cam.ac.uk/record/uk_1710>. Acesso em: 13 jun. 2013.

EZELL, Margaret J. M. *Social authorship and the advent of print*. Baltimore/London: The John Hopkins University Press, 1999.

FEATHER, John. From rights in copies to copyright: the recognition of author's rights in England law and practice in the sixteenth and seventeenth centuries. In: JASZI, Peter; WOODMANSEE, Martha (Eds.). *The construction of authorship: textual appropriation in the law and literature*. Durham/London: Duke University Press, 1994. p. 191-209.

FEBVRE, Lucien; MARTIN, Henri-Jean. *L'apparition du livre*. Paris: Albin Michel, 1958.

FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.

FOUCAULT, Michel. Qu'est-ce qu'un auteur?. In: FOUCAULT, Michel. *Dits et Écrits*. v. 1. Paris: Gallimard, 2001. p. 817-849.

FOUCAULT, Michel. *Il faut défendre la société*: cours au Collège de France (1975-1976). Paris: Seuil/Gallimard, 1997.

FRANCE. Ordonnance sur la réforme de la justice. Moulins, février, [1566]. In: ISABERT; DECRUSY; TAILLANDIER (Eds.). *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*. Tome XIV (juillet 1559 – mai 1571). Paris: Belin-Leprieur/Verdière, 1829. p. 189-212. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k517005/f388.image>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

FRANCE. *Règlement pour la Librairie et Imprimerie de Paris, arrêté au Conseil d'État du Roy, Sa Majesté y étant, le 28 février 1723*. Paris: L'Imprimerie Royale, [1723]. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9760291p.texteImage>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

FRANCE. *Décret contenant règlement sur l'Imprimerie et la Librairie. Au Palais des Tuileries, le 5 Février 1810*. Bulletin des Lois, n. 264, [1810]. Disponível em: <https://archive.org/details/dcretimprialcont00fran_1>. Acesso em: 30 mai. 2020.

GRANDE, Nathalie. Des auteurs honteux? Éthique et pratique de l'auctorialité chez les romancières du XVIIIe siècle. In: JACQUES-LEFÈVRE, Nicole; REGARD, Frédéric. (Dir.). *Une histoire de la "fonction-auteur" est-elle possible?: actes du colloque organisé par le Centre e recherche LiDiSa (Littérature et Discours du Savoir)*. Saint-Étienne: Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001. p. 125-140.

GRIFFIN, Robert J. Anonymity and authorship. *New Literary History*, v. 30, n. 4, p. 877-895, 1999.

HESSE, Carla. Economic upheavals in publishing. In: DARNTON, Robert; ROCHE, Daniel (Eds.). *Revolution in print: the press in France: 1775-1800*. Berkeley/London: University of California Press, 1989. p. 69-97.

HESSE, Carla. *Publishing and cultural politics in revolutionary Paris, 1789-1810*. Berkeley: University of California Press, 1991.

HOBBS, Daniel. *Authorship and publicity before print: Jean Gerson and the transformation of late medieval learning*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009.

KIRSCHBAUM, Leo. Author's copyright in England before 1640. *The Papers of Bibliographical Society of America*, v. 40, n. 1, p. 43-80, 1946.

LE GOFF, Jacques. *Les intellectuels au Moyen Âge*. Paris: Éd. du Seuil, 1957.

LÉVY-LELOUCH, Claire. Quand le privilège de librairie publie le roi. In: JOUHAUD, Christian; VIALA, Alain. (Orgs.). *De la publication: entre Renaissance et Lumières*. Paris: Fayard, 2002. p. 139-159.

LONG, Pamela O. Invention, authorship, "intellectual property", and the origin of patents: notes toward a conceptual history. *Technology and Culture*, v. 32, n. 4, p. 846-884, 1991.

MALESHERBES, Chrétien-Guillaume de Lamoignon de. *Mémoires sur la librairie. Mémoire sur la liberté de la presse*. Apresentação: Roger Chartier. Paris: Imprimerie nationale, 1994.

MARTIN, Henri-Jean. *Livre, pouvoirs et société à Paris au XVIIe siècle (1598-1701)*. Prefácio: Roger Chartier. Genève: Droz, 1999.

NEBBIAI, Donatella. L'*originale* et les *originalia* dans les bibliothèques médiévales. In: ZIMMERMANN, Michel (Dir.). *Auctor & Auctoritas: invention et conformisme dans l'écriture médiévale*. Paris: École des Chartes, 2001. p. 487-505.

NETZ, Robert. *Histoire de la censure dans l'édition*. Paris: PUF, 1997.

ROSE, Mark. *Authors and owners: the invention of copyright*. Cambridge, Mass./London: Harvard University Press, 1993.

PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.

PFISTER, Laurent. *L'auteur, propriétaire de son œuvre: la formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la loi de 1957*. Orientador : Jean-Michel Poughon. 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion, Université Robert Schuman (Strasbourg III), Strasbourg, 1999.

ROCHE, Daniel. *Les républicains des lettres: Gens de culture et Lumières au XVIIIe siècle*. Paris: Fayard, 1988.

ROCHE, Daniel. La censure. In: CHARTIER, Roger; MARTIN, Henri-Jean (Dir.). *Histoire de l'édition française*, v. 2 : le livre triomphant, 1660-1830. 2. ed. Paris: Fayard/Cercle de la librairie, 1990a. p. 88-98.

ROCHE, Daniel. La police du livre. In: CHARTIER, Roger; MARTIN, Henri-Jean (Dir.). *Histoire de l'édition française*, v. 2 : le livre triomphant, 1660-1830. 2. ed. Paris: Fayard/Cercle de la librairie, 1990b. p. 99-109.

SAUVY, Anne. Livres contrefaits et livres interdits. In: CHARTIER, Roger; MARTIN, Henri-Jean (Dir.). *Histoire de l'édition française*, v. 2 : le livre triomphant, 1660-1830. 2. ed. Paris: Fayard/Cercle de la librairie, 1990. p. 128-146.

SCHAPIRA, Nicolas. Quand le privilège de librairie publie l'auteur. In: JOUHAUD, Christian; VIALA, Alain (Orgs.). *De la publication: entre Renaissance et Lumières*. Paris: Fayard, 2002. p. 121-137.

VIALA, Alain. *Naissance de l'écrivain: sociologie de la littérature à l'âge classique*. Paris: Éd. de Minuit, 1985.

VOUILLOT, Bernard. La Révolution et l'Empire: une nouvelle réglementation. In: CHARTIER, Roger; MARTIN, Henri-Jean (Dir.). *Histoire de l'édition française*, v. 2 : le livre triomphant, 1660-1830. 2. ed. Paris: Fayard/Cercle de la librairie, 1990. p. 694-708.

WILLIAMS, Raymond. *Cultura*. 3. ed. Tradução: Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Paz e Terra, 2008.