



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PESQUISA
PRODIR – PROGRAMA DE POS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**MARCAS SONORAS, VOZ, A LEI DA EIRELI E INTERPRETAÇÃO
JURÍDICA**

Dissertação de mestrado apresentada ao Núcleo de Pós-graduação e Pesquisa em Direito, da Universidade Federal de Sergipe, como parte dos requisitos exigidos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Autor: Mauricio José dos Santos Bezerra

Orientadora: Prof^{fa} Dr^a Carla Eugenia Caldas Barros

São Cristóvão/Se

2015



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE.
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PESQUISA.
PRODIR – PROGRAMA DE POS-GRADUAÇÃO EM DIREITO.

BANCA EXAMINADORA

Membro: Profª Drª

Membro: Profª Drª

Membro e orientadora: Profª Drª Carla Eugenia Caldas Barros.

São Cristóvão, ____ de _____ de 2015

Este exemplar corresponde à versão final da dissertação final de Mestrado em Direito do PRODIR – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

Profª Drª Carla Eugenia Caldas Barros.

É concedido ao PRODIR, Núcleo responsável pelo Mestrado em Direito de Universidade Federal de Sergipe, permissão para disponibilizar e/ou reproduzir esta dissertação, podendo emprestar e/ou vender tais cópias.

Mestrando: Mauricio José dos Santos Bezerra

Universidade Federal de Sergipe

Profª Drª Carla Eugenia Caldas Barros

Universidade Federal de Sergipe

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação à Josefa Fátima Fontes Bezerra, minha dileta e dedicada esposa, e às minhas duas filhas (gêmeas) Júlia Maria Fontes Bezerra e Maria Beatriz Fontes Bezerra, nascidas em fevereiro de 2009.

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Arquiteto do Universo, pela sua obra;

Aos meus pais, pela sua obra;

À minha orientadora Dr^a Carla Eugenia Caldas Barros, pela nossa obra;

Ao Coordenador do PRODIR, na pessoa de seu coordenador o Prof^o Dr^o Lucas Gonçalves da Silva, a todos os professores, colegas e funcionários que de alguma forma, direta ou indireta, colaboraram positivamente para esta obra.

O Preço

O preço que se paga às vezes é alto demais.
É alta madrugada, já é tarde demais.
Pra pedir perdão... Pra fingir que não foi mal.
Uma luz se apaga no prédio em frente ao meu,
"sempre em frente" foi o conselho que ela me deu.
Sem me avisar que iria ficar pra trás.
E agora eu pago meus pecados.
Por ter acreditado que só se vive uma vez.
Pensei que era liberdade.
Mas, na verdade, eram as grades da prisão,
O preço que se paga às vezes é alto demais.
É alta madrugada, já é tarde demais.
Mais uma luz se apaga no prédio em frente ao meu.
É a última janela iluminada.
Nada de anormal... Amanhã ela vai voltar.
Enquanto isso eu pago meus pecados.
Por ter acreditado que só se vive uma vez.
Pensei que era liberdade.
Mas, na verdade, me enganei outra vez.
Eu pago meus pecados.
Por ter acreditado que só se vive uma vez.
Pensei que era liberdade.
Mas, na verdade, era só solidão.

Engenheiros do Havaí (Humberto Gessinger).

ABREVIATURA E SIGLAS

BENELUX - Union Économique Benelux, organização econômica da Europa, que gerou o que seria mais tarde a União Europeia, compreende a Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo;

BITs - Bilateral Investment Agreement (acordos bilaterais de investimentos);

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

CPC - Código de Processo Civil;

CUB – Convenção da União de Berna;

CUP – Convenção da União de Paris;

EARL - entreprise agricole à responsabilité limitée ou sociedade Individual Agrícola de Responsabilidade Limitada;

EIRELI – Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada;

EU – União Europeia;

EUA – Estados Unidos da América;

FTAs - Free Trade Agreement (Acordos bilaterais e/ou regionais de livre comércio);

GATT - General Agreement on Tariffs and Trade ou O Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio ou Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio;

INPI – Instituto Nacional de Propriedade Intelectual;

LEURS - entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée – com tradução - LRUE - *empresa unipessoal de responsabilidade limitada*;

LINDB - Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

OMC - Organização Mundial do Comércio;

OMPI ou WIPO - Organização Mundial da Propriedade Intelectual ou World Intellectual Property Organization;

ONU – Organização das Nações Unidas;

SELARL société d'exercice libéral à responsabilité limitée, representando Sociedade individual de Responsabilidade Limitada para Profissionais Liberais;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

STJ – Supremo Tribunal Federal;

TJSP e TJRJ – Tribunal de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro, respectivamente;

TRIPS ou ADPIC - Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights ou Acordo sobre Aspectos de Direito Intelectual Relacionados com o Comércio.

RESUMO

A registrabilidade das marcas sonoras e por consequência o da voz, instituto bastante polêmico no Direito Marcário brasileiro, posto que encontre resistência de registro pelo órgão regulador, a autarquia federal INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial – a reger o direito de registro de marcas sonoras a partir da utilização da interpretação literal do disposto no artigo 122 da lei 12.979/96, que, em sua parte final, dispõe que “os sinais distintivos visualmente perceptíveis”. Contudo, tal instituto tem algumas inserções no Direito brasileiro, a se falar do Código Civil e da Constituição Federal, ainda que tais disposições não tenham aplicação direta, ao menos até a edição da lei das EIRELI (Lei nº 12.441/2011). Nesse diapasão, a doutrina e a jurisprudência têm se valido da hermenêutica e dos processos interpretativos para evoluir o pensamento jurídico quanto ao direito das marcas sonoras e da voz, já que a legislação marcária estrangeira, seja a europeia, a americana e até mesmo de países da América Latina, já dispuseram a regular a matéria. Assim, o presente trabalho abordará conteúdos sobre registrabilidade de marcas sonoras e do direito de voz no Direito Brasileiro, levando-se em conta as regras de hermenêutica e o direito comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Hermenêutica. Interpretação jurídica. Marcas sonoras. Voz.

ABSTRACT

The registrability of sound marks and therefore the voice, very controversial Institute on Law Brazilian trademark,, post to find record of resistance by the regulatory agency, the federal agency INPI - National Institute of Industrial Property - the regrar the right to record sound marks from the use of the literal interpretation of Article 122 of Law 12,979 / 96, which, in its final part, provides that "visually perceptive distinctive sign". However, this institute has some inserts in Brazilian law, to speak of the Civil Code and the Federal Constitution, even if such provisions have direct application, at least until the issue of the law EIRELI (Law No. 12,441 / 2011). In this vein, the doctrine and jurisprudence have made use of hermeneutics and interpretative processes to develop legal thinking about the right of sound marks and voice, as the foreign trademark legislation, whether European, American and even countries Latin America, already willing to regulate the matter. Thus, this paper will address content on registrability of sound marks and the voice of law in Brazilian law, taking into account the rules of hermeneutics and comparative law.

KEY-WORDS: Comparative law. Hermeneutics. Legal interpretation. Sound marks. Voice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO 01: AS MARCAS SONORAS NO DIREITO BRASILEIRO E ESTRANGEIRO.....	23
1.1. Conceito e evolução histórica das marcas. As marcas sonoras.....	25
1.2. Tipos de marcas.....	28
1.3. O poder das marcas: as marcas registráveis e não registráveis.....	29
1.4. Procedimentos de registro.....	33
1.5. A legislação marcária no Direito internacional.....	38
1.6. O Acordo TRIPS.....	41
1.7. Direito comparado e marcas sonoras.....	46
1.7.1. Da superioridade das normas inseridas no sistema jurídico via tratado internacional.....	48
1.8. Regulação jurídica das marcas sonoras no Brasil.....	51
1.9. As marca sonora nos EUA e na União Europeia.....	55
1.10. As marcas sonoras no Brasil e sua registrabilidade. A lei 9.279/9.....	57
1.11. A lei da EIRELI.....	59
CAPÍTULO 02: A VOZ E REGULAÇÃO JURÍDICA.....	62
2.1. O direito de voz na Europa.....	63
2.2. O direito de voz nos Estados Unidos.....	68
2.3. O direito de voz no Brasil.....	71
2.3.1. Constituição Federal de 1988.....	71
2.3.2. A voz e o direito autoral.....	74
2.3.3. A voz e o direito de radiodifusão.....	78

2.3.4. A voz no Código civil Brasileiro. A voz e os direitos da personalidade.....	81
2.4. Marcas sonoras, voz, dignidade da pessoa humana e direito fundamental.....	91
CAPÍTULO 03: MARCA SONORA, A LEI DA EIRELI E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	100
3.1. A voz no Direito Comparado.....	101
3.2. EIRELI em França. A Comunidade Europeia.....	103
3.3. O Acordo TRIPS e o direito a marca sonora e ou a voz.....	106
3.4. Código Civil antes da lei nº 12.441/2011.....	108
3.5. A marca sonora e a voz na lei da EIRELI.....	111
3.6. A marca sonora e a hermenêutica constitucional.....	113
3.6.1 Hermenêutica e interpretação.....	115
CONCLUSÃO.....	129
REFERÊNCIAS.....	130

INTRODUÇÃO

A preocupação com as regras de Direito Marcário não é recente, contemporâneo, mas remonta à tempos imediatos e de passagem do alto medievo ao início da era moderna, cisão de tempos provocado essencialmente pelo evento conhecido por revolução industrial, mas precisamente ao tempo das corporações de ofício, onde o produtor de inovações tinha como escopo a identificação do local de origem das mercadorias por ele produzidas, assim como a identificação da sua pessoa como o artífice, como forma tão somente de vincular a qualidade do produto através desses dois elementos – a pessoa do artífice e origem do produto -, além da serventia da identificação das corporações de ofício às quais estavam ligados tais produtos (DOUGLAS, 1984, p. 1).

Mas essa ideia evoluiu e passou por diversas fases: a marcação do local de origem do produto e a identificação do artífice ou a corporação de ofício a que se refere tal produção, ou a identificação do produto para também identificar o artesão – e sua capacidade de produzir com qualidade -, trazendo, com isso, maior confiabilidade na qualidade do que se produz. Em sequência e em uma fase mais avançada, os signos marcário passaram a ter a função de identificar a empresa, a partir do local – diga-se o país de origem -, como forma de indicar a sua qualidade, a vinculação do consumidor a determinado produto, etc. Hodiernamente, a preocupação do direito marcário está centrada em proteger a marca na perspectiva de bem abstrato, signo detentor por si só de valor econômico agregado, a partir de um resultante da produção e propriedade intelectuais (MORO, 2003, p. 29).

Assim, e de início, as regras de Direito Marcário foram concentradas em formas de proteger a indústria de atos de contrafações a partir de falsificações ligadas ao produto, conforme se extrai das análises do CUP – Convenção da União de Paris - e CUB – Convenção da União de Berna -, onde essa proteção voltava-se mais precisamente para o controle dos registros de patentes industriais. Mas, com a evolução do comércio e dos serviços, a preocupação do Direito Marcário voltou-se para a proteção não só do produto em si, mas ao da própria marca, já que o desenvolvimento tecnológico de inovação foi capaz de conferir, muitas das vezes, maior valor à marca do que no produto ou na própria empresa representados por tais signos.

A questão acerca do direito marcário principalmente a partir das novas tecnologias de inovação é a centralidade da preocupação dos mercados internacionais, implementando e/ou exigindo uma diversidade de regramentos, seja de natureza multilateral – de origem do consenso dos países interessados nesse tipo de regulação – e com mais preocupação as regras derivadas dos acordos de natureza bilateral (existem casos em que são considerados unilaterais, dado a imposição muitas vezes coercitiva de países detentores de tecnologias a países de baixo crescimento tecnológico), que criam regras jurídicas de conteúdo fora ou até mesmo além daquelas contidas em acordos multilaterais (BASSO, 2005, p. 11).

A partir dessas regras jurídicas, principalmente o acordo denominado TRIPS – Acordo sobre Aspectos de Direito Intelectual Relacionados com o Comércio -, proposições da Organização Mundial do Comércio, cuja adesão se impôs aos países-membros (explica-se: os países-membros da OMC são obrigados a aderirem ao TRIPS, mas as regras contidas nesse acordo são de natureza da flexibilidade, Nesse caso, a regra é flexível no que toca a discricionariedade que os países-membros da OMC têm na escolha da forma e de conteúdo quando da inserção de tais regras em suas legislações internas), são regulados os diferentes tipos de propriedade intelectual, seja sob a forma de produtos – as patentes -, seja pela produção literária ou artística, e principalmente sobre a produção intelectual na forma de signos distintivos diferenciados, as marcas.

Em diversos outros países e regiões do mundo têm permitido o registro de marcas sonoras, constatando-se que essa prática tem se deslocado para os países da América do Sul, tais como Chile, Argentina e Paraguai. Nos Estados Unidos o regramento jurídico acerca das marcas sonoras está nas legislações cognominadas como Trademark Act, de 1946 e Manham Act, de 1947. Já na União Europeia, as marcas sonoras são tratadas Diretivas 89/104/CEE, e na França, no LEURS e regras partir do artigo L 711-1 do Código de Propriedade Industrial, a Lei n° 91-7 de 04 de janeiro de 1991. Na Argentina o registro de uma marca sonora foi aceito desde 2000, e tratava-se do som da marca Intel¹.

¹Salomão, A. **Rugido patenteado?** In: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,ERT26361-16363,00.html>. Acessado em 06.06.2015.

No Brasil, as regras sobre direito marcário, de se ver, foi a partir da lei 9.279/97, onde os tipos de marcas evoluíram a partir de critérios baseados na finalidade do seu uso, a partir de critérios diferenciadores entre os produtos e serviços postos no mercado em posição de concorrentes, ou se refere a marcas de certificação, que trata de um produto ou de um serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material e metodologia nele aplicado, ou que tenha a função de indicar produtos e serviços oriundos de certa entidade, a qual deve regular a sua utilização, a partir, por exemplo, por parte de uma série de produtores diferentes (MORO, 2003, p. 33), demonstrando uma leitura do artigo 123 da lei 9.279/1996, que dispõe sobre os tipos de marcas reconhecidas pela legislação:

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e

III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

Alguns doutrinadores apontam tipos de marcas a partir de sua notoriedade (marcas conhecidas ou desconhecidas), e os tipos de marcas como registradas e não registradas (ou registráveis), tendo como base uma literalidade os artigos 122 a 124 da lei 9.279-96. Bem dizer, o artigo 124 em nada impede o registro das marcas sonoras, por não dispor, em seu rol, tal proibição. Tal proibição deriva de uma interpretação literal, feita pelo INPI, nas disposições do artigo 122 da citada lei.

A Legislação Brasileira acima indicada, nesse ponto, – o da registrabilidade das marcas –, passou a regular e reconhecer somente as marcas “visualmente identificáveis” (BARBOSA, 2003, p. 60), levando à vala do desprezo as marcas sonoras e principalmente a marca representada pelo signo da voz, contudo, em uma interpretação rasa, posto conter nesse mesmo artigo – em sua parte final – a indicação de que somente é proibido o registro se tais marcas estiverem “compreendidas nas proibições legais” (artigo 122, *in fine*). Tal tratamento legislativo e/ou interpretativo, além de antigo, vai na contramão de novos olhares da literatura jurídica estrangeira. Nesse ponto, a legislação dos diversos países globais tem se

ocupado com as marcas sonoras e com o direito que recai sobre a voz enquanto objeto de proteção do Direito de Propriedade Intelectual. O exemplo mais típico é o acordo internacional denominado TRIPS, de origem na OMC, e que trata do direito do autor, em sua seção 1 (artigos de 09 a 15) e que cuida, dentre outras matérias, a proteção de artistas-intérpretes, produtores de fonogramas (gravações sonoras) e organizações de radiodifusão (artigo 14). Portanto, este Tratado tem duas serventias: i) a possibilidade de incidir diretamente no sistema jurídico dado que tal acordo fora ratificado pelo Brasil (Convenção de Viena sobre tratados) ou que se lhe dê vestes de norma constitucional, ao menos na parte que versa sobre direitos fundamentais; ii) ou de observância como legislação hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais. Além disso, há a possibilidade de a doutrina e/ou a jurisprudência, ou quiçá o legislador - se valer das técnicas do conhecido direito comparado, que auxilia na construção e do aperfeiçoamento do sistema jurídico interno a partir da leitura de regras mais evoluídas do direito internacional.

No Brasil, o início do direito marcário começa com a utilização do Direito Penal e evoluiu com o Decreto 2.682 de 1875, que seguiu os passos da legislação Francesa. Depois vieram os Decretos 3.346, de 1887 e 7.903/1945, seguidos pelos Decretos-lei 254/1967 e 1.005/1969 e pela lei 5.772, de 21 de dezembro de 1971. Hoje, a matéria propriedade intelectual é regulada pela lei 9.279, de maio de 1996 (MARQUES, 2010, p. 77). Nesse ponto, a marca sonora como signo de identificação foi rechaçada da proteção legal, mesmo se apontando em alguns autores a possibilidade da existência de uma proteção extraída da Constituição Federal em vigor, a partir de uma interpretação teleológica da norma contida em seu artigo 5º:

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

É que se pode extrair da regra principiológica constitucional, a partir do fragmento “e outros signos distintivos” uma interpretação de que a legislação pátria protege todos os tipos de signos, desde que ele tenha a capacidade de distinguir os produtos e serviços a ele vinculados. Contudo, a doutrina se rebela sobre a interpretação literal da lei 9.279/96 que afasta a voz como objeto protegido como

direito de marca, passando a recomendar que se extraia o conteúdo da norma constitucional a partir de uma interpretação mais completa, principalmente pelas interpretações sistemáticas e teleológica a partir da evolução dos sinais marcário. Sistemáticos enquanto a real apuração do sentido dos conceitos de sinais registráveis como marca no Brasil, em especial a Constituição Federal, a partir de um entendimento de que a Carta Magna não autoriza a restrição imposta pela INPI (MARQUES, 2010, p. 135).

Nesse diapasão, o retro citado autor termina por realizar uma interpretação teleológica, com resultado fincado na parte final do artigo 5º, XXIX da CF/88, a dizer que “*a lei assegura (...) à propriedade das marcas (...) tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.*” (itálico do autor). Assim, poder-se-ia inferir que o excerto normativo contém comando às fontes jurídicas a ele inferiores para regularem a propriedade das marcas em sintonia com o interesse social e com o desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil (MARQUES, 2010, p.135). Mas, contudo, eis que com a publicação da Lei 12.441 de 11 de julho de 2011, cognominada como a lei das EIRELI – Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada -, foi introduzido o artigo 980-A no Código Brasileiro (Lei 10.406/2002) a discórdia poderá ser elidida, já que em seu quinto parágrafo a referida I (Constituição veio regular o direito das marcas sonoras e mais precisamente a voz enquanto direito marcário e possível de apropriação e valorização econômica).

Bem dizer, a EIRELI brasileira regrou a possibilidade de cessão de direitos de autor para as empresas constituídas na modalidade, desde que sejam empresas ligadas a prestação de serviços e que sejam compostas, como sócio, pelo próprio autor cedente. Nessa lei, o legislador foi enfático em reger a cessão de direitos, dentre eles os de marca e voz. Assim, o legislador inaugurou uma inovação legislativa em sede de lei ordinária – porquanto a voz já tenha sido objeto de previsão na Carta Constitucional -, a demonstrar que, ainda que de forma acanhada, a legislação brasileira tende a reconhecer o direito sobre as marcas sonoras, e a autorizar de vez a registrabilidade e consequente proteção. Enquanto isso não acontece, eis que a doutrina se vê forçada a se utilizar de regras de interpretação para sanar a omissão legislativa.

Destarte, a doutrina se inquina em registrar que o método interpretativo gramatical empregado pelo INPI, não é suficiente para resolver a questão acerca da registrabilidade de marcas sonoras, precisando da utilização de métodos mais amplos de interpretação. Uma interpretação conjunta da legislação (Direito Comparado, Tratado Internacional, Constituição Federal e Lei da EIRELI) certamente seria o caminho mais acertado, com emprego dos métodos de interação, tais como o histórico, extensivo e o teleológico.

Assim, o presente trabalho se debruçará sobre esse signo distintivo – a voz – como bem protegido e por si só, desvinculado dos produtos, da pessoa do produtor, ou do país de origem. O escopo é o estudo da voz na nova dinâmica da legislação brasileira, realizando uma hermenêutica desse dispositivo, cujo fim desejado foi o de dar-lhe uma natureza de norma constitucional, seja a partir da teoria da Constitucionalização do Direito Privado, seja através de uma hermenêutica finalística (interpretação teleológica), buscando um intercâmbio com as legislações internacionais, aos moldes da técnica do direito comparado, regras normativas afetas à proteção desse signo distintivo enquanto objeto do Direito Marcário, principalmente no Direito norte-americano e europeu (principalmente a LEURS da França, simétrica a lei das EIRELI brasileira), para que seja possível traçar uma perspectiva evolutiva do Direito Marcário, acerca das marcas sonoras e principalmente sobre a voz enquanto signo distintivo.

Portanto, esse é o ponto central da pesquisa: o estudo da marca sonora e da voz enquanto marca distintiva por si só agregada de valor comercial e merecedora da proteção jurídica, levando tal proteção, que ora tão somente de natureza infraconstitucional – no que se refere ao direito sobre a voz humana -, para norma de cunho constitucional, a partir de uma hermenêutica teleológica e sistemática das regras internas inter-relacionadas com as dos acordos internacionais subscritos pelo Brasil. Chegou-se à final ao objetivo da pesquisa, ao entendimento de que a proteção das marcas sonoras e da voz enquanto signos distintivos realmente encontra amparo na Constituição Federal e na Lei da EIRELI, conferindo-lhe uma maior proteção jurídica, capaz de atribuir ao Brasil maiores possibilidades de desenvolvimento comercial e de acesso às tecnologias das inovações.

Assim, o capítulo primeiro tem por escopo situar o Direito das marcas sonoras e o direito que recai sobre a voz humana enquanto objeto da legislação interna e internacional, estudando-o as marcas sonoras em sentido lato, levando-se em consideração: i) a sua conceituação e evolução histórica, buscando os elementos qualificadores e diferenciadores entre marcas, marca das sonoras e voz, enquanto espécie e gênero uns dos outros, mostrando como o direito de propriedade intelectual evoluiu desde os seus primórdios, na revolução industrial e período das navegações e do comércio internacional, evolução esta que se aprimora, hodiernamente, posto a revolução tecnológica e abertura de mercados globalizados; ii) demonstração dos tipos de marcas, desde aquelas produzidas pelo intelecto investigativo e científico da doutrina jurídica, até as que são objeto da própria *mens legislatoris*; iii) o poder das marcas, tendo como subitem as marcas registráveis e não-registráveis, clareando o leitor acerca do poder dos signos marcários e do que se entende por marcas registráveis e não registráveis; iv) a legislação marcária no Direito Internacional, com ênfase no acordo TRIPS. Para tanto, foram estudados a legislação Internacional de cunho multilateral (Acordos da União de Paris, de Berna, Acordo TRIPS e etc.), e o tratamento dado ao Direito Marcário pelos Estados Unidos e União Europeia; v) buscar entender as marcas sonoras no Brasil a partir da utilização das regras do direito comparado e superioridade das normas veiculadas em tratados subscritos pelo Brasil e até mesmo pela possibilidade de se lhe dar *status* de norma constitucional; vi) a análise das marcas e das marcas sonoras no direito brasileiro, onde será, foi analisada a legislação brasileira, mais precisamente a atual lei de 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e a atual lei 12.441/2011 (lei das EIRELI), que introduz o artigo 980-A ao Código Civil Brasileiro e que, pela primeira vez e de forma explícita, faz alusão à proteção jurídica ao Direito de voz; vii) as marca sonoras no direito internacional, com mais precisão nos Estados Unidos e União Europeia, com ênfase na legislação francesa; viii) o tratamento das marcas sonoras na Lei 9.279/96, mais precisamente acerca dos impedimentos de registrabilidade e, por fim, as marcas sonoras e a voz na lei da EIRELI (lei 12.441/2011).

O segundo capítulo destina-se ao estudo das conceituações do direito de voz e de outros direitos “transversais” ligados à voz (tais como os direitos do autor, o direito de radiodifusão, os direitos ligados à personalidade) no direito internacional e

no direito interno, a partir das premissas constantes tanto na Constituição Federal de 1988, como também das regras de direito civilista, numa tentativa de se descobrir se o legislador ordinário, na lei da EIRELI, ao regular a voz, estaria ele estendendo tal previsão às marcas sonoras como um todo. Assim, ter-se-á uma leitura do direito que recai sobre a voz humana a partir de uma análise da regulação jurídica estrangeira e nacional assim disposto: i) análise do direito que recai sobre a voz humana na legislação da União Europeia e ênfase na legislação francesa (LEURS); ii) o direito que recai sobre a voz humana na legislação norte-americana; iii) a voz no Direito brasileiro, buscando-se a previsão legal na Constituição Federal, no Código Civil e na lei da EIRELI, assim como no Direito da Radiodifusão, buscando elementos para entender a natureza jurídica da voz; a saber se ela é elemento do direito autoral ou direito de personalidade (com possibilidade de se averiguar se a voz é elemento constitutivo do direito de imagem ou se possui autonomia); iv) por fim, investigar se o direito que recai sobre a voz humana se insere no conceito das garantias constitucionais ligados à dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais.

O terceiro e último capítulos cuidam das marcas sonoras e do direito de voz a partir de uma leitura do Direito Comparado e da interpretação jurídica constitucional, em conjunto com a nova lei das EIRELI (Lei Federal 12.441/2011) que introduziu o artigo 980-A no Código Civil, com finalidade de se realizar uma dupla hermenêutica – hermenêutica constitucional e hermenêutica da lei -, seja essa interpretação de natureza sistemática e/ou teleológica, para se chegar ao fim proposto na pesquisa. Assim, ter-se-á: i) o estudo da marca sonora da voz na França e na Comunidade Europeia como um todo; ii) a análise da marca sonora e do direito que recai sobre a voz humana a partir do TRIPS; iii) a análise das marcas sonoras a partir do regramento do direito da voz, no Código Civil, antes da modificação que se lhe impôs a lei da EIRELI; iv) a análise das marcas sonoras a partir do regramento do direito da voz, no Código Civil, depois da modificação que se lhe impôs a lei da EIRELI; v) as marcas sonoras e direito que recaem sobre a voz humana a partir da hermenêutica e da interpretação jurídica, na tentativa de desvendar uma inter-relação entre a proteção dada a voz e a sua extensão às marcas sonoras como um todo.

O objetivo geral é o estudo e o desvendar da proteção das marcas sonoras, sonegados por derivação da interpretação literal feitas pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual, em dispositivos legais previstos no âmbito da lei 9.279/96, dando entendimento da não registrabilidade, fato que muda a partir de inovações ao Código Civil por força de um novo direito apontado pela lei das EIRELI. Quanto ao objetivo específico, a pesquisa voltou-se ao estudo do direito de voz e sua inovação na legislação interna, buscando desvendar, através da interpretação jurídica extensiva e teleológica, se a proteção dada a voz se estende às marcas sonoras.

O objeto da pesquisa é a regulação e proteção do direito marcário, mais especificamente as marcas sonoras o direito que recai sobre a voz humana e a sua inovadora previsão legal na lei da EIRELI. Nesse diapasão, o interesse maior é se discutir a extensão da proteção do direito que recai sobre a voz humana às marcas sonoras, a partir da hermenêutica e interpretação constitucional do artigo 5º, inciso XXVIII, alínea a, em uma leitura interpretativa do § 5º do artigo 980-A do Código Civil, inserido pela lei 12.441/2011.

Metodologicamente partiu-se da premissa que a pesquisa científica ora proposta se insere no âmbito da ciência social, econômica e jurídica (abstraindo-se aqueles entendimentos ser o Direito um fato social e não uma ciência autônoma), onde existe a constatação da impossibilidade de se lhe aplicar este ou aquele método, posto que no campo do Direito Contemporâneo não se tenha aplicação pura e simplesmente do método cartesiano do tipo fechado. Muito pelo contrário, a sociedade é dinâmica, exigindo um método de pesquisa mais moderno, considerado do tipo aberto, evolutivo e complementar. Firmando o entendimento em GIL (1999, pág. 05), eis que ele registra dois tipos de métodos: i) o que proporciona bases lógicas da investigação e ii) os que indicam os meios técnicos de investigação. Na pesquisa foram utilizados o método dedutivo e o descritivo analítico. Para a fundamentação teórica, foi realizada pesquisa de acervo legal pessoal e de bibliotecas públicas e privadas, além de aquisições de obras de relevante importância.

Tem como justificção de pesquisa o seu próprio objeto, o direito marcário, especificamente as marcas sonoras e o direito que recai sobre a voz humana, enquanto bem de valor econômico agregado capaz de exigir do Estado uma

proteção legal. Assim, de um direito excluído do sistema legal, agora com possibilidade de se inserir no campo do Direito Constitucional. A fundamentação esgota-se tão somente no campo da teoria, posto ser da essência da pesquisa o estudo de um direito – marcas sonoras e voz – a partir da legislação posta e a partir de uma teoria normativa hipotética.

1. AS MARCAS SONORAS NO DIREITO BRASILEIRO E ESTRANGEIRO

A preocupação com as marcas, como se verá, nem sempre foi objeto de preocupação do homem. Foi somente em finais da idade média e início da era moderna, com o surgimento de meios de produção hoje denominados primário e secundário – comércio e indústria – foi que o *oeconomica hominem* passou a perceber a relevância da marca e da importância da sua proteção, principalmente pelo surgimento de novas formas de produção tecnológica do período industrial e a expansão do comércio por derivação das grandes navegações. Nos primórdios, as marcas eram percebidas apenas como indicativo do país ou quicá da região de origem do produto, como forma de comprovação da sua qualidade e até mesmo identificador do artífice autor do produto. Conforme leciona Mallmann (2014, p. 2):

O homem-produtor, desde a Antiguidade, teve a inclinação de assinalar, de modo característico, a sua produção. Na Idade Média era comum empregarem-se marcas figuradas, constituídas de linhas retas ou curvas, sendo reconhecido como direito privado absoluto, protegido que era pelas corporações de mercadores. Em 1386, por exemplo, D. Pedro IV, rei de Aragão, ordenou que os tecelões do Reino pusessem a marca da cidade nas peças de tecidos, aparecendo, em 1445, marcas individuais determinadas pelas corporações de fabricantes de mantas.

Como se verá mais adiante, o foco estava mais no produto ligado à indústria (v.g., o linho industrializado) ou até mesmo aos produtos do agronegócio (vinhos, queijos). Não se avistava o artífice como autor intelectual de uma obra derivada do seu espírito criativo, e menos ainda como algo capaz de ter valor por si só, desgarrado do valor do produto ou do valor da empresa (valor patrimonial dos seus bens ou do fundo de comércio). Com a evolução conceitual de marca, eis que ela, além de agregar valor que às vezes supera até mesmo ao do produto ou ao da empresa que o produz, posto estar ligado ao caráter criativo do espírito humano.

Assim, não se tem na marca apenas como algo capaz de identificar a origem ou a autoria do produto, e muito mais como algo que possui valor econômico agregado. Desta forma, e diante dessa evolução, eis que passou a merecer proteção jurídica, seja para limitação da ação no campo da concorrência – uso do direito de autor -, seja para proteger os direitos do próprio autor. Com a evolução científica, eis que o campo da produção intelectual também se expandiu, aumentando o campo de incidência do Direito autoral. As criações ligadas à gênese e ao caráter humano daquele que criada também se fez cobrar da proteção. Nesse diapasão, as marcas sonoras exigiram proteção, assim como a proteção de características intrínsecas da personalidade humana, e como se verá, da proteção da voz humana como elemento capaz distinguir e individualizar o seu emissor. Para início do tema, importa, antes de tudo, traçar uma evolução história das marcas, com escopo também entender o seu evolutivo modelo de conceituação até se chegar aos modelos jurídicos protetivos das marcas, seja no âmbito do direito internacional, seja no âmbito do direito interno. Tal ofício, de início dito como tormentoso, dado aos modelos impostos pelas fases em que o tema fora tratado, a proteção conforme se verá, afastou-se, *a priori*, da essência conceitual – o ser do objeto cognoscível – para uma derivação conceptual da marca a partir da origem, procedência, finalidade, destinação daquilo que era produzido.

As marcas sonoras evoluíram conjuntamente com o que se costuma chamar de evolução tecnológica, com a aparição do rádio e da televisão, surgindo elementos diferenciados, de cunho sonoro, ínsito da criação intelectual humana, a requisitar proteção jurídica do direito do autor. Nesse ponto há que se tratar das marcas sonoras e da voz humana começando da sua origem – as marcas -, pelo conceito, evolução histórica das marcas e da evolução dos marcos jurídicos nacionais e internacionais.

1.1. Conceito e evolução histórica das marcas. As marcas sonoras.

Os modelos construtos da legislação e da doutrina para melhor definir conceitualmente o que seja marca passam obrigatoriamente pelo seu caráter histórico-evolutivo, dado a cada fase experimentada pela economia. Certo é que a finalidade da proteção das marcas tem, *ultima ratio*, o caráter econômico que tais

marcas representam. Assim, tem-se uma fase inicial, de caráter não econômico, que a doutrina passa a rejeitar como direito das marcas, posto que a proteção seja destinada a pessoa do proprietário do bem, em sua natureza corpórea. Está a falar das evidências arqueológicas do uso dos signos distintivos pelos antigos egípcios, gregos e romanos, para marcarem os seus objetos da propriedade e/ou do trabalho, e em especial os das artes.

Ainda assim, Domingues (1984, p. 1) traça um histórico evolutivo das marcas, a falar que na remota antiguidade já se podia encontrar marcas usadas como sinais distintivos e de identificação de coisas e animais, assim como sinais de propriedade (em coisas, animais, armas e outros utensílios), a indicar precisamente o sujeito e o objeto, tornando possível a transmissão da propriedade. Afirma o autor (tomando como referência Colonne, Franceschelli e Cozo) que era possível identificar nos achados arqueológicos sinais indicativos dos fornos, e que tais sinais são capazes de precisar a data das edificações e a conexão entre o produto e o seu produtor. Mas, ao final, informa que (1984, p. 2):

Evidentemente, naqueles tempos não encontramos a função comercial que depois as marcas vieram a adquirir e conservarem até os nossos dias, e Franceschelli ressalta que nem sempre detectamos uma separação distinta entre o instituto da marca e aquele outro nome, sigla, insígnia ou sinete que serviam para distinção da pessoa e seus bens, ou coisas que produziam.

Gama Cerqueira (*apud* OLIVEIRA NETTO, 2007, p. 21) afirma que o aparecimento desses sinais não implica em dizer que a marca se origine daquele tempo, pois essa proteção é remota e tem cunho personalíssimo, não tinha em conta a marca em si e visava apenas à proteção do usuário e o seu vínculo com a propriedade, desprovido, por si só, de valor econômico. Nesse diapasão, poder-se-ia dizer que o conceito de marca estaria ligado precipuamente ao seu valor econômico. Portanto, o objeto do direito marcário é, sem dúvida, aquele representável por um valor comercial, posto que Moro (2003, p. 24) afirma que “a essa época, é certo, não se podia atribuir à marca o sentido comercial, pois não visava a clientela. Sentido este atualmente constatável. Sua função era restrita à indicação da propriedade do objeto, uma relação de pertinência.” Desse modo, o caráter comercial foi preponderante para a formatação, em um sentido evolutivo do seu conceito, derivado dos tempos medievos. Moro (2003, p. 25), ao estudar as lições de

Waldemar Ferreira, afirma que os aspectos mais importantes se deram a partir do momento em que o comércio adquiriu relevantíssimo papel econômico e jurídico e, passo a passo, “as marcas se revestiram do sentido jurídico que hoje têm”.

Portanto, a conceituação do que seja marca tem a sua origem a partir da idade média, e tinha como pressuposto a função por ela exercida. Assim, a marca, naquela época, tinha a função de indicar o estabelecimento ou a casa em que fora fabricado o artigo ou que o vendia, conforme Moro (2003, p. 25). Assim, na idade média, o uso da marca era uma obrigação imposta ao artesão, e que tinha como finalidade identificar a procedência de seus produtos como sendo de uma determinada corporação de ofício. Oliveira Neto (2007, p. 21) aponta duas espécies de marcas medievais: a) principal, corporativa ou geral, utilizada pelos mestres da corporação, que permitia ao adquirente associar o produto a ideia de qualidade, local ou modo de fabricação; b) a assessória ou particular, a indicar o artesão daquele ofício, e acompanhava obrigatoriamente a marca corporativa.

Contudo, e conforme se avista em Gama Cerqueira (*apud* OLIVEIRA NETO, 2007, p. 22), o que se alterou substancialmente foi o conceito de marca do ponto de vista da origem para o caráter individual do comerciante, a partir da lei 12.4.1803, que regulou as formas de organização e registros de marcas, culminando pena aos contrafactores. Mas, nessa lei, o legislador ocupou-se apenas em regular a identificação e distinção dos fornecedores de produtos e serviços. Assim, a preocupação era indicar a indústria fabril ou manufatureira, produtora do artigo, ou o estabelecimento comercial que o vendia, constituindo-se na função essencial de identificar o vendedor que se emitia entre o produtor e o consumidor.

Assim, a definição de marcas passa por diversos aspectos, comportando quatro diferentes correntes: a) o da procedência ou local que vende o produto; b) a distinção de um produtor para com os demais produtores; c) a conjugação das duas primeiras - origem do produto e a identificação do produtor-, e; d) a atratividade e conservação da clientela, que deve ser acrescentada a terceira corrente (MORO, 2003, p. 29).

Nesse diapasão, a doutrina de Maitê Moro (2003, p. 30) aponta os seguintes entendimentos doutrinários acerca do conceito de marca:

João da Gama Cerqueira: “Marca é todo sinal distintivo apostado aos produtos e artigos das indústrias em geral para identificá-los e diferenciá-los dos outros produtos idênticos ou semelhantes de origem diversa”; Carvalho de Mendonça: “consistem em sinais gráficos ou figurativos, destinados a individualizar os produtos de uma empresa industrial ou as mercadorias postas à venda em uma casa de negócios, dando a conhecer a sua origem ou procedência, e atestando a atividade e o trabalho de que são resultado.” Waldemar Ferreira: “... palavras, sinais ou figuras, isoladas ou em conjunto, de forma original, adotados e de uso exclusivo do fabricante ou comerciante, assegurado pelo registro, a fim de assinalarem-se seus produtos ou mercadorias as expõem-se á venda. A OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual): “Un signo visible que permite distinguir los bienes y servicios de una empresa de los bienes y servicios de otras empresas tratando-se de um bien incorporal, cuyo principal valor reside em el prestigio y reputación que representa.”

O conceito de marca imposto na legislação tem a seguinte conformação:

- a) Acordo TRIPS, art. 15: Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir, como condição para o registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.

Lei 9.279/96:

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada;

III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

Já as marcas sonoras, enquanto espécie daquele gênero, evoluiu em conformidade com a evolução das marcas e com a evolução tecnológica, a partir de da aparição dos meios de comunicação midiáticas do tipo radiofônico e televisivo, que se utilizam dos sons para atingir o consumidor. Nesse ponto, há várias áreas de ação em que a marca sonora se faz presente, tais como, marcas sonoras de empresa, sons capazes de identificar times de futebol e de programas esportivos e de seus locutores, de emissoras e de programas de rádio e televisão, de empresas de artistas da música, e tantos outros. Nessa esteira, a marca sonora, que evoluiu concomitante com as demais marcas, não obteve do Estado a proteção jurídica nem

o direito de registro e possuidor de elementos distintivos e individualizadores do autor, ao menos no Brasil.

Por tudo isso, há que se ter em mente que a marca passou a exigir do Estado a proteção jurídica, capaz de mitigar ou eliminar atos de comércio denominados de concorrência desleal, a se utilizar de marcas já sedimentadas para atos de comércio desleal da contrafação. Assim, e a seguir, passa-se à análise da legislação afeta à marcas.

1.2. Tipos de marcas

A Lei 9.279/1996 – em seu artigo 123 - regula a possibilidade da existência de três espécies de marcas, levando-se em conta os critérios a finalidade do seu uso. O inciso I diz respeito a marcas de produtos e serviços, cuja serventia é a de diferenciar a marca de um produto ou de um serviço, de outro, igual, similar ou afim; o Inciso II refere-se a marcas de certificação, que se traduz em apontar a conformidade de um produto ou de um serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material e metodologia nele aplicado. Já o inciso III regula o tipo de marca coletiva, que tem a função de indicar produtos e serviços oriundos de certa entidade, a qual deve regular a sua utilização, a partir, por exemplo, por parte de uma série de produtores diferentes (MORO, 2003, p. 33). Contudo, a doutrina tem se ocupado com os tipos de marcas, classificando-as como do tipo marca registradas e marcas não registradas. Nesse diapasão, têm-se como marcas registradas as marcas de produto ou serviço, as marcas de qualificação, as marcas coletivas, lhes acrescentando a marca de renome. Mallmann (2014, p. 03) aponta a existência de marcas de Produtos, de Serviços, Marcas de Alto Renome, Marcas Notoriamente Conhecidas, Marcas de Certificação e Marcas Coletivas.

Em outro plano, apontam também como não registráveis as marcas notórias, as evidentemente conhecidas e as marcas de fato. Por Moro, já se falou acerca das marcas de produto e serviço, das marcas de certificação e as marcas coletivas, devendo, destarte, se ocupar nas demais. Assim, e dentro das espécies das registráveis, estão as marcas de alto renome, são aquelas tão conhecidas pelos

consumidores quanto pelo público em geral, independente dos ramos da atividade, conforme dispõe o artigo 125 da lei 9.279/96 (OLIVEIRA NETO, 2007, p. 36).

Nesse compasso, estão as marcas não registradas, a regular a marca notoriamente conhecida, que não detém conceito técnico fechado, dado o caráter aberto do termo notoriedade, levando a crer ser aquela marca com alto e excepcional conhecimento do público, a lhe conferir valor econômico e, portanto deve ser protegido (a sua proteção está no artigo 126 da lei 9.279/96). Em um segundo plano, a marca não registrada encampa os direitos das marcas evidentemente conhecidas, a regular possível confusão ou associação de marcas nacionais com marcas estrangeiras, impedindo registro fraudulento no campo internacional. A sua regulação está no artigo 124, inciso XXVIII, da lei 9.279/96. Por outro lado, a doutrina aponta a existência de marcas da espécie não registrada, denominadas marcas de fato, definido como signo lícito e disponível para uso, sem registro. Mas, como a legislação protege as marcas a partir do seu uso reiteradamente, a sua existência também recebe proteção da lei, já que a propriedade de um bem presume-se, em determinados casos, a partir da sua posse e do seu regular uso (OLIVEIRA NETO, 2007, p. 40) .

1.3. O poder das marcas: as marcas registráveis e não registráveis

As marcas são, irremediavelmente, um patrimônio de grande valia no mercado atual, seja por derivação do acelerado desenvolvimento industrial ou das constantes inovações tecnológicas, tornando possível que um produtor possa expor ao mercado um produto com as mesmas especificações técnicas e padrões de qualidade, capazes de eliminar as suas diferenças físicas. Ao adquirir um produto, a população de consumidores não apreende apenas um bem, mas um conjunto de valores e atributos da marca. Algumas delas são capazes de apontar um padrão de excelência tanto do produto como da empresa que o produz, garantindo aos proprietários de produtos e serviços os resultados não somente do produto, mas da própria marca como propriedade intelectual passível de registro, chegando a casos em que a marca vale mais que própria empresa em si, e suas instalações. De outra banda, com o aumento da oferta de produtos e serviços, aumentou também a

possibilidade de escolha pelo consumidor, concorrendo, para o desempenho da atividade não somente a sua qualidade – do produto ou serviço – mas também resvalam o poder da marca em construir atributos ao produto, cujo valor é intangível (PINHO, 1996, p.7).

As marcas são sinais que indicam – entendimento que se extrai do próprio conceito estampado acima -, as diferenciações existentes nos produtos e serviços colocados a disposição no consumidor final, com poder e/ou funções distintivas, função de indicação de origem, qualidade do produto, conferindo proteção ao produto e ao próprio consumidor, tem função social e econômica e de publicidade (OLIVEIRA NETO, p. 25-35). A função distintiva, denominadas como função de distinção do produto ou função primária, tem o poder de diferenciar um produto de outro que se encontra no mercado e que lhe é similar e, de outro plano, também tem o caráter de se diferenciar das outras marcas, pois ser distintiva é também uma das condições de validade da marca.

Já as demais funções, consideradas secundárias, i) o poder de indicar a origem e tem dois usos: o poder de indicar a qualidade do produto e o poder de indicar a sua qualidade; ii) função econômica, representado pelo valor econômico da própria marca e iii) a função publicitária, representada pelo poder de formar uma imagem de si mesma e do produto ou serviço que representa (MORO, 2003, p. 35-450). Assim, pode-se entender a importância de se proteger esse bem intangível que é a marca, através de legislações rigorosas, seja no Direito Internacional, seja no Direito Interno.

Como se pode notar, a Constituição Federal dá ampla proteção a outros signos: Art. 5º, XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Desta forma, protege marcas como propriedade – inclusive imaterial -. Mas, o direito deve excluir somente a concorrência desleal, sem eliminar todo tipo de concorrência. Nesse caso, caso existe uma tensão entre liberdade de concorrência e exclusividade, já que o direito marcário encontra seus limites em determinados interesses socialmente relevantes (BARBOSA, 2007, p. 08).

Assim, o Direito Marcário regula as condições de registrabilidade em amarras de cunho constitucional e infraconstitucional. Pontes de Miranda (*apud* BARBOSA, 2007, p. 10) informa a existência de um Direito subjetivo constitucional, que há um direito público subjetivo constitucional de pedir registro e direito de exclusividade de registro da marca, mas que essa exclusividade está ligada a vinculação a uma atividade. Pelo princípio da especialidade, a apropriação de marca se faz da maneira mais restrita possível, dentro da finalidade de assimilação da marca – apenas no mercado ao qual a marca é dedicada -; um complexo de signos é apropriável: a) por já estar no domínio comum da língua; ou b) já foi apropriado por terceiros – como novidade -. O signo é apropriável enquanto jamais tenha sido apropriado por alguém – *res nullius* -. Dentro do *res nullius*, o signo passa a ser suscetível de reconhecimento, existência e propriedade (BARBOSA, 2007, p. 13).

Atualmente, as possibilidades de registro dos signos marcário encontram-se regulado, no campo internacional, pela Convenção de Paris e pelo acordo TRIPS. No direito interno, além da previsão na Constituição Federal, a matéria é regulamentada no artigo 122 da lei 9.274/1996 (CORREIA, 2007, p. 209-216). Nessa seara, temos que o TRIPS regula a matéria em seu artigo 15:

Art. 15 do TRIPS: Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir, como condição para o registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.

Já no Direito interno, a matéria é regulada a partir do artigo 122 da lei 9.274/96, que assim diploma:

Ar. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.

Os critérios de impedimentos de registro de marcas são apontados a partir do artigo 124 da lei acima citada (Título III, capítulo I, seção II), e apontados pela doutrina como critérios, quando da análise do pedido de registro: a) quanto a sua

constituição; b) quanto à ilicitude; c) quanto à distinguibilidade e d) quanto à disponibilidade. Tais proibições não somente as contidas nos artigos 124 acima apontadas (CORREIA, 2007, p. 219). O autor aponta como causa de impedimento de registro baseada no critério da ilicitude, aqueles previstos nos Incisos I, III, IV, XI, XIV, XV e XVI do artigo 124, que são os sinais: i) representativos de órgãos oficiais internos e internacionais, iii) Contrários à moral e aos bons costumes ou que ofenda direitos, os sentimentos e a imagem das pessoas, iv) reproduções de cunho oficial; v) reprodução ou imitação de título, apólice, moeda e cédula de emissão por ente público; vi) nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros.

Quanto ao critério de constituição, a proibição encontra amparo nos incisos II, IX e X, do artigo 124, e são as que se referem: i) ao registro de letras, algarismo e datas; ii) sinais referentes a indicação geográfica, ou iii) sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina. Já os critérios de distinguibilidade, a sua previsão está implícita nos incisos VII, XIX e XVIII, e são: i) os sinais ou expressões empregados como meio de propaganda; i) reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia; iii) termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, que tenha relação com o produto ou serviço a distinguir. Por fim, as causas de impedimento de registro tendo-se como base os critérios de indisponibilidade, o autor acima apontado indica os incisos V, XII, XIII e XXI, que dispõe cada um deles: i) reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos, ii) reprodução ou imitação de sinal que tenha sido registrado como marca coletiva ou de certificação por terceiro; iii) nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento e, por último, iv) a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico.

1.4. Procedimentos de registro

Apontam-se, pelo menos, três possibilidades de se adquirir a propriedade do direito de propriedade intelectual: pelo registro, pela notoriedade da marca e pelo seu uso reiterado. Tal assertiva deriva da combinação de ampla legislação sobre propriedade, tais como o Direito civil, a regular a propriedade, a posse e o domínio, assim como as possibilidades da usucapião, e a lei de registro marcário e das normas do INPI.

Oliveira Neto (2007, p. 72) começa por dizer que o primeiro uso de um signo distintivo é definido como modo suficiente para a aquisição originária de um direito exclusivo dessa marca, a partir de um nominado sistema declarativo. Assim, adquire-se a marca pela ocupação, sendo o registro meio de prova dessa titularidade. Assim, a ocupação, como objeto da lei civil 10.406/2002, em seu artigo 1.263, regula: “Art. 1.263. Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei.”

Por outro lado, Barbosa (2012, p. 83) informa a possibilidade da usucapião como forma de se adquirir a propriedade sobre direitos imateriais, a partir da inercia qualificada do titular do direito da patente, se oponível em relação a terceiros, com possibilidade, v.g. da utilização da figura do usufruto e até da servidão, cujo prazo deverá ser aquele previsto pelo Código Civil pátrio a regular a matéria. Nesse ponto, alerta este autor, há a necessidade de se observar exigências de uso, da posse, e dos ditames constitucionais da função social e uso adequado. Assim, a posse pode ser elemento fático capaz de conduzir à aquisição originária de direitos de propriedade, pela ocupação e pela usucapião. Assim, em se avistando na posse ou uso da marca nas hipóteses previstas pela legislação civil, lícita será a defesa dessa posse anterior ao registro e mesmo em face do titular de registro válido, já que posse e propriedade são institutos jurídicos que não se confundem (OLIVEIRA NETO, 2007, p. 108).

Oliveira Neto (2007, p. 116) entende que não ser difícil à proteção possessória de marcas via reintegração, argumentando-se que o uso da marca por aquele que a utilizou primeiro ou o uso simultâneo é uma espécie de desapossamento. Problema é o uso do sinal distintivo simultaneamente por vários

empresários, para produtos e/ou serviços idênticos, semelhantes ou afins, sem implicar que tal uso implique em imitação aos demais. Nesses casos, deve a legislação proteger o primeiro usuário.

Contudo, e diversamente de Pedro Marcos Nunes Barbosa, Oliveira Neto (2007, p.122) critica a teoria da propriedade adquirida mediante posse, uso ou ocupação da marca, fundamentando o seu entendimento de que somente as coisas corpóreas são possíveis da usucapião, assim como pelo fundamento do artigo 129 da Lei 9.279/96, a regular que a propriedade da marca somente se adquire pelo registro. Afirma que não é possível precisar o exercício de direitos exclusivos sobre um signo distintivo utilizado por ambos, a partir da mesma data. Como fonte doutrinária, este autor se utiliza de ensinamentos de Tulio Ascarelli (exclui essa possibilidade de ocupação de bens imateriais); de Bento de Farias (Que o elemento objeto da propriedade desses signos é pela publicidade, própria do registro), complementada pela visibilidade, de Arruda Alvim.

Contudo, entende-se que tal presunção não merece prosperar, já que a possibilidade do direito da propriedade derivada da posse e/ou da ocupação é matéria de cunho judicial, onde o juiz deverá analisar a matéria fática que se lhe apresenta. Não raras vezes o operador do Direito se vê diante de uma série de comandos normativos, muitos deles contraditórios e conflitantes entre si, cuja solução nem sempre encontra resposta adequada pelos critérios tradicionais de superação de antinomias. Outras vezes, mesmo quando os métodos clássicos fornecem uma resposta jurídica tecnicamente correta, esta pode conduzir a resultados incoerentes e em confronto com as diretrizes do sistema, em especial com os fundamentos constitucionais, o que não deixa de representar um retrocesso. Neste cenário de inumeráveis Fontes do Direito, sobretudo leis, contendo em seu interior regras e princípios, com suas características, finalidades e efeitos próprios e, por vezes, contraditórios, que emerge a Teoria do Diálogo das Fontes, a orientar o intérprete e aplicador do Direito em busca da decisão "correta" ou, ao menos, da constitucionalmente adequada (VIANA, 2011, p. 2).

Mas, certamente o modo mais coerente de se chegar à propriedade de signos distintivos será pelo registro. Destarte, a competência para receber e controlar os registros das marcas fica a cargo do INPI (Instituto Nacional da Propriedade

Industrial), uma autarquia Federal criada entre na década de 1960, instituição que à época ficou encarregada da seleção de tecnologia necessária para o desenvolvimento econômico do país. Hoje, essa autarquia tem a função: i) a concessão de patentes de invenção e de modelos de utilidades; ii) O registro de marcas; iii) Registros de programas de computadores; iv) Registro de desenho industrial; v) registro e controle de indicações geográficas; vi) informação tecnológica; vii) repressão à concorrência desleal; viii) manifestação sobre assinatura, ratificação ou denúncia de tratados, convenções, acordos e convênios relacionados à propriedade industrial, e, por fim, ix) o registro de controle de transferência de tecnologia (BARROS, 2007, p. 144).

A lei que rege as regras sobre o registro de sinais distintivos é a lei 9.279/96, a começar pelo seu artigo 122: “São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”. Tal disposição legal encontra amparo no artigo subsequente, a classificar e conceituar as marcas de produto e serviço, marca de certificação e a marca coletiva (art. 123 da lei 9.279/96). Assim, conforme ditames da lei acima apontada, a marca é o sinal distintivo visualmente perceptível que distingue o produto e/ou o serviço de seus semelhantes e afins de outras origens, ou tem serventia para atestar a conformidade de produto ou serviço à exigências de ordem técnica ou legal, ou ainda identifica o produto ou serviço de membros de uma entidade. Em se tratando de signos, deve aviventar que não se trata de qualquer um, mas tão somente dos signos capazes de individualizar produtos, serviços, certificações ou coletividade (BARROS, 2007, p. 325/326).

Nesse campo, o critério adotado é o dos elementos visuais que compõem tais signos distintivos, sendo admitida pela doutrina a classificação quanto à forma que se apresentam ou quanto a sua finalidade. No primeiro caso, a autora acima apontada discorre que elas podem ser nominativas (que podem ser escritas ou pronunciadas), figurativas (desenhos, modelos, logotipos, hologramas); mistas (que resultam da união de elementos que isoladamente nada significam em termos de marca) e tridimensionais (a forma plástica do produto ou sua embalagem). Quanto à finalidade, a marca pode ser: específica que identifica apenas um só objeto) e genérica (que envolve a empresa e todos os seus produtos, sendo estes identificados por marcas específicas).

Assim, para o registro da marca o requerente deve proceder ao depósito do pedido junto ao INPI, a ser objeto de um rigoroso exame para posterior emissão de um certificado desse registro. Tal pedido poder ser realizado por qualquer pessoa (física ou jurídica, de direito público ou privado), se o pedido de registro for realizado por pessoas jurídicas de direito privado, deve estar vinculado à atividade que exercerem de forma lícita e efetiva (regra estampada no artigo 128 da lei 9.279/96). Nesse diapasão, percebe-se que a lei privilegia a iniciativa empreendedora e silencia sobre o registro por iniciativa dos autores. Já os requerimentos derivados de pessoas físicas, exige-se documento comprobatório da atividade exercida, certificada por órgão competente (BARROS, 2007, p.359).

Acompanhando o pedido de registro deve estar o depósito do sinal distintivo, em conformidade com o artigo 101 da lei 9.279/96, que dispõe (ressalta-se para a regra do seu parágrafo único, que impõe que os pedidos e toda a documentação devem estar escritos na língua portuguesa):

Art. 101. O pedido de registro, nas condições estabelecidas pelo INPI, conterá:

- I - requerimento;
- II - relatório descritivo, se for o caso;
- III - reivindicações, se for o caso;
- IV - desenhos ou fotografias;
- V - campo de aplicação do objeto; e
- VI - comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito.

Além da exigência contida na lei acima apontada, o INPI exige, para as marcas figurativas e mistas, etiquetas e fichas relativas ao seu elemento figurativo e, para as marcas coletivas, exige a regulação do uso. Para as marcas de certificação, exige a descrição das características do produto ou serviço envolvido assim como as medidas de controle. Por fim, para as marcas tridimensionais, exige o desenho da figura de forma frontal, lateral superior e inferior, e em perspectiva (BARROS, 2007, p. 361).

Após o depósito do pedido de registro, eis que ele será submetido a um exame, após a publicação (com fins de, em prazo de 60 dias para apresentação de possíveis oposições). Tal exame (e consequente oposição) vem regrado no artigo 158 da lei 9.279/96, sendo intimado o requerente, em igual, para se manifestar da oposição. Com ou sem oposição e/ou manifestação do requerente – quanto à

oposição -, o órgão competente deferirá – ou não – o pedido de registro, alertando-se para a possibilidade de se ajuizar ação competente para que o processo seja revisto (BARROS, 2007, p. 362).

O passo final de registro é a expedição do certificado, resultante do deferimento do pedido e consequente pagamento das retribuições pertinentes às despesas com emissão do respectivo registro, e a sua vigência concernente ao primeiro decênio, cuja obrigação deve ser realizada no prazo de 60 dias contados do dia do deferimento do registro, com tolerância de 30 dias adicionais. Assim, o SEBRAE² - Serviço Brasileiro de Apoio às micro e pequenas Empresas - informa o processo e procedimento para ser observado quando da requisição do registro de uma marca (observando que deve o requerente, antes, realizar uma pesquisa, para saber se existe anterioridade junto ao banco de dados do INPI, alertando que tanto pode ser requerido por meio físico – documentação em papel – quanto por meio virtual – internet – (Observando-se que, em sendo online os documentos deverão ser anexados em PDF Tamanho máximo permitido dos documentos 2.000 Kbytes). São eles:

Pessoa Jurídica:

- a. 1. Cópia de Requerimento de Empresário, Certificado do Empreendedor Individual, Contrato Social, Estatuto Social e Aditivos, se for o caso.
- a. 2. Cópia da Inscrição e Situação Cadastral junto ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ (atualizado),
- a. 3. Cópia da Declaração de microempresa se for o caso.
- a. 4. Etiquetas (marcas mista ou figurativa)
- a. 5. Formulário próprio (via Internet), em 04 (quatro) vias
- a. 6. GRU - Guia de recolhimento do INPI (via Internet)

b) Pessoa Física:

- b. 1. Cópia do CPF e RG (documento de identidade)
- b. 2. Cópia da comprovação de Atividade Profissional Autônoma, reconhecida pelo órgão fiscalizador.
- b. 3. Cópia do comprovante de inscrição do Cartão de Inscrição Municipal - CIM
- b. 4. Etiquetas (marcas mista ou figurativa)
- b. 5. Formulário próprio (via Internet), em 04 (quatro) vias
- b. 6. GRU - Guia de recolhimento do INPI (via Internet).

1.5. A legislação marcária no Direito Internacional

A doutrina tem se esforçado em muito para entender e classificar a legislação marcária, seja no plano internacional ou no direito interno. Alguns registram essas

² SEBRAE. **Roteiro para pedido de Registro de Marca.** In: <http://189.39.124.147:8030/downloads/roteiro-registro-marca.pdf>. Acessado em 04.06.2015.

legislações como multilateral e bilateral. Assim, aponta-se a existência de legislações de caráter multilateral, a ditar normas não impositivas e de adesão voluntária, tais como o CUP (Convenção da União de Paris) e o TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, da Organização Mundial de Comércio - OMC), a serem ocupadas em capítulo próprio. De outra banda, se registra os acordos bilaterais (ressaltando-se que há casos em que tais acordos tomam as vestes da unilateralidade, dado o caráter impositivo aplicado pelas nações envolvidas aos demais países), quais são, os FTAs, a traduzir-se em acordos bilaterais e/ou regionais de livre comércio, e os BITs, que são, v.g., acordos bilaterais de investimentos. Tais acordos (FTAs e BITs), sob a roupagem da benevolência, apontam para a possibilidade de existência determinadas vantagens para os países em desenvolvimento, mas, grosso modo, são instrumentos jurídicos coercitivos e politicamente desestabilizadores, impróprios para o desenvolvimento sustentável e para o acesso à tecnologia e saúde pública (BASSO.2005, p. 11).

Tais acordos são de duas fases: a primeira fase, conhecida como bilateralismo, tinha de início a obtenção de compromissos no campo da propriedade intelectual; em uma segunda fase, o bilateralismo apontou para esquemas comerciais estatais e até mesmo regionais como instrumento para ultrapassar as limitações impostas pelo TRIPS e CUP, e atingir as suas flexibilidades, assim como para expandir direitos de propriedade intelectual em detrimento do interesse público. Desta forma, os acordos bilaterais constituem instrumentos potenciais de imposição de novas obrigações, no campo da propriedade intelectual, os quais restringem a utilização dos meios possíveis pela Organização Mundial do Comércio – e da OMPI -, onde os FTAs e os BITs criam e impõem nova agenda global de propriedade intelectual conhecida como TRIPS-Plus e TRIPS-extra. O TRIPS-plus constitui-se em políticas e estratégias, mecanismos e instrumentos e que implicam em compromissos que vão além daqueles patamares mínimos exigidos pelo acordo TRIPS, enquanto o TRIPS-extra disciplina questões que não foram contemplados no TRIPS. Mas, tais acordos não passam de estratégias para buscar alternativas fora do sistema OMC/OMPI (BASSO, 2005, p. 11-12).

Já na modalidade de acordo do tipo multilateral, - e que influencia na legislação brasileira -, vigoram seis documentos, e são eles: CUP (Convenção da

União de Paris), a convenção da União de Berna, as convenções Pan-Americanas, a OMPI, o Acordo Geral Constitutivo da OMC e o TRIPS (BASSO, 2002, p. 12). A Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial (CUP) foi criada em 20 de março de 1883 e foi revista sete vezes (rodadas de Madri, Bruxelas, Washington, Haia, Londres, Lisboa e Estocolmo), sendo esta última a que começou a vigorar no Brasil e que está em sua oitava revisão, desta feita com início em Genebra, desde 1980. O CUP tem como importância a serventia de norma de interpretação dos demais acordos, em especial o TRIPS, e funciona como o Tratado sobre Direito dos Tratados e tem com o TRIPS uma relação de integração explícita, já que o TRIPS cita expressamente tal possibilidade (BARBOSA, 2003, p. 78). Tem como princípios norteadores mais importantes para o direito internacional: a) o princípio do tratamento nacional, segundo o qual os nacionais dos países-membros gozarão em todos os demais as mesmas vantagens e tratamento que têm em seu país; e b) tratamento unionista, a regular a sua prevalência nos casos em que a lei nacional proporcionar menos direitos aos seus nacionais. Outro princípio de suma importância do CUP é o do abuso do Direito, a estabelecer regras de caducidade das patentes (PRONER, 2007, p. 105).

A Convenção de Berna para Proteção de Obras Artísticas e Literárias (CUB) foi concluída em 1886, tendo como principal competência a harmonização de legislação distinta e solução de controvérsias entre os estados-membros, servindo, em *ultima ratio*, como padrão mínimo a ser seguido pela legislação interna de seus membros. Já a convenção Pan-Americana, realizada em Montevideu, em 1889, versou sobre patentes e marcas e sobre propriedade industrial, além de um acordo sobre proteção literária, e a importância desse documento foi a serventia para o Tratado do México em 1902, este a reger direitos de propriedade industrial no continente americano (PRONER, 2007, p. 109).

A OMPI - Organização Mundial de Propriedade Industrial - ou The **World Intellectual Property Organization (WIPO)** -, instituição criada em 14 de julho de 1967, em função da necessidade pós-guerra de maior e mais eficaz proteção aos direitos de propriedade intelectual, assim como modernizar a administração das Uniões, hoje tem o *status* de organismo especializado da ONU, a partir de 1974. Tem a competência para concluir acordos bilaterais e multilaterais com estados-membros, atuando como órgão de apoio às secretarias das uniões de Berna e de

Paris. Tem como função o favorecimento de acordos no campo da propriedade intelectual, realizando: a) medidas que melhorem a prestação de serviços nessa matéria; b) assistência técnica aos Estados que solicitem; c) realizar estudos e publicações sobre proteção intelectual. A sua maior contribuição à propriedade intelectual foi, sem dúvidas, a unificação do tema, protegendo igualmente os direitos do autor e da propriedade intelectual (PRONER, 2001, p. 111).

O Acordo Geral Constitutivo OMC, ou mais precisamente O Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio ou Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (em inglês: General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) foi estabelecido em 1947 e é um conjunto de normas e concessões tarifárias, criado com a função de impulsionar a liberalização comercial e combater práticas protecionistas, regulando, provisoriamente, as relações comerciais internacionais. Na rodada do Uruguai, a temática de propriedade intelectual tinha como premissa a busca de mecanismos que tornasse as normas internacionais obrigatórias e exigíveis. Nessa seara, a rodada do Uruguai, e posteriormente a celebração do acordo de Marraqueche, foi decisiva para os primeiros passos em direção à legislação marcária Internacional nos moldes do TRIPS, já que essas rodadas deram azo à criação da OMC (MARQUES, 2010, p. 63) como resultante do Acordo Geral Constitutivo (este, construto da OMC), instrumento que deu azo ao surgimento do TRIPS, e, uma de suas contribuições foi a vinculação, pelo princípio da unidade do sistema, que impede que países adiram somente a certos acordos que lhes sejam mais favoráveis e abram mão de outros, induzindo ao consenso generalizado e amplo (PRONER, 2007, p. 113). Quanto ao TRIPS, dado a sua importância, será tratado em separado.

1.6. O Acordo TRIPS

O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (acordo TRIPS ou acordo ADPIC) -, editado pela Organização Mundial do Comércio e ratificado pelo Brasil em 1994, surgiu a partir das rodadas de negociações do Acordo Geral Constitutivo (PRONER, 2007, p. 113). Está dividido em sete partes, sendo que a parte II regula os padrões relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual, nele se

incluído regras de direito marcário, e a parte III cuida das medidas de proteção desses direitos. Esse acordo foi idealizado e implementado pela OMC – Organização Mundial do Comércio – a partir das reuniões do GATT e de derivação de diversos acordos e convenções (aponta-se um número de 13 documentos) todos envolvendo interesses internacionais sobre regulação a propriedade intelectual e das marcas, todos eles editados até 1982 (BARBOSA, 2003, p. 14-15). A sua importância resta configurada em vários pontos: i) pela participação mais democrática de países desenvolvidos com relação aos em desenvolvimento; ii) construto gerado fora da OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual – instituição vitimada por forte influência dos países mais desenvolvidos e iii) pela própria estrutura da OMC, que possui maior capacidade sancionadora no âmbito do comércio Internacional (MEDEIROS, 2012, p. 57-58).

Contudo, indica-se como ponto negativo na legitimidade do TRIPS uma existência de anteparo ideológico alienatório nos ideais conectivos da propriedade intelectual com comércio (EUA, Comunidade Europeia e Japão), a pregar que tal vinculação formaria maior proteção aos países em desenvolvimentos, isso posto na primeira fase da elaboração do TRIPS. A sua segunda fase configurou-se pela análise mais crítica por parte dos países em desenvolvimento, que começaram a perceber que na primeira fase os termos derivaram da coerção, da ignorância e/ou das barganhas comerciais. A terceira fase, a qual deságua na finalização do acordo, tal documento deixou de lado a sua roupagem de vilão e inimigo dos países em desenvolvimento, a partir da percepção que tal documento: i) passou a reconhecer a diversidade entre os países-membros; ii) a reconhecer que a proteção da propriedade intelectual em níveis mais elevados não geraria impacto igualitários a todos os países-membros; iii) reconheceu-se que uma maior proteção à propriedade intelectual seria mais positivo para o desenvolvimento das inovações e dos investimentos estrangeiros; iv) reconheceu-se da necessidade de uma ampla estratégias de implantação do acordo e v) reconheceu-se da necessidade de maior gerenciamento dos impactos e consequências na introdução repentina de altos níveis de proteção observados no TRIPS (MEDEIROS, 2012, p. 58-59).

Antes de se adentrar nas disposições do TRIPS que regulam a proteção das marcas, assim como da criação dos sistemas de proteção (parte II e III do citado acordo), mister será apontar as normas de caráter principiológico, assim como as

regras de resolução de conflitos normativos previstos em tal documento, tudo isso ligado aos objetivos dos países-membros em reduzir os obstáculos e distorções prejudiciais ao comércio Internacional. Para tanto, o TRIPS deve levar em consideração as diferenças existentes nos sistemas legislativos dos países signatários, sendo capaz de fornecer uma maior flexibilidade tanto na implantação quanto na observância de suas regras, além de atribuir aos países-membros a competência para implantar em seus sistemas jurídicos suas próprias regras, contudo, levando em consideração ao mínimo exigível no TRIPS (MEDEIROS, 2012, p. 60).

Assim, Proner (2007, p. 118) aponta alguns princípios que se pode observar no TRIPS, a saber:

1. Princípio do tratamento nacional e princípio da nação mais favorecida, a significar, respectivamente:

TRIPS, Art. 3.1.: Cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção³ da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas, respectivamente, na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados. (...) TRIPS, ART. 4: Com relação à proteção da propriedade intelectual, toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais Membros. (...)

2. Princípio da exaustão de Direitos: Significa que, uma vez que o bem tenha sido posto no comércio, cessam os direitos do titular da patente sobre ele, restando apenas a exclusividade da reprodução.

TRIPS, Art. 6: Para os propósitos de solução de controvérsias no marco deste Acordo, e sem prejuízo do disposto nos Artigos 3 e 4, nada neste Acordo será utilizado para tratar da questão da exaustão dos direitos de propriedade intelectual.

3. Princípio da transferência e da difusão de tecnologia, a significar que os produtores e usuários devem partilhar dos benefícios, de forma mútua, do conhecimento tecnológico, de maneira a contribuir para o bem-estar social e econômico, além de um maior equilíbrio entre os direitos e as obrigações contraídas

(TRIPS, art. 7º, que descreve não menos que um princípio, mas um objetivo). Assim, *v.g.*, a indústria de medicamentos sofre interferência direta desse princípio, na medida em que existem inúmeras preocupações relativas à autorização para exportação desses produtos, por meio de licenças compulsórias, para aqueles países que não têm capacidade de fabricar de medicamentos (BASSO, 2005, p. 80).

4. Já o artigo 8º prevê o princípio de medidas de proteção social, e do princípio do abuso de direito, a saber:

TRIPS, art. 8.1. Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

TRIPS, art. 8.2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

Como já foi dito, a parte II do TRIPS regula normas relativas à existência, abrangência e exercício dos direitos de propriedade intelectual e, em especial, o artigo 14 da seção 1, que regula a proteção de Artistas-Intérpretes, Produtores de Fonogramas (Gravações Sonoras) e Organizações de Radiodifusão, e os artigos 15 a 20 (seção 2), regulam os signos marcário distintivos. Leciona Barbosa (2003, p. 60) que o TRIPS, regula a proteção do direito das marcas visualmente perceptíveis e distintos e protege até mesmo os sinais não distintivos, pela aplicação da teoria do *secondary meaning*, a traduzir-se pela ideia da marca fraca a partir do uso contínuo e enfático por parte de certo produtor ou prestador de serviços. Nesse ponto, o autor também leciona que são aplicáveis às marcas as regras de rejeição do CUP, a partir da exigência de registro como condição da proteção. Assim regula o TRIPS, em seu artigo 15:

TRIPS, art. 15.1. Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham

adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir, como condição para o registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.

TRIPS, art. 15.2: O disposto no parágrafo 1 não será entendido como impedimento a que um Membro denegue o registro de uma marca por outros motivos, desde que estes não infrinjam as disposições da Convenção de Paris (1967).

Nesse artigo supra, o acordo TRIPS postula duas normas, uma de caráter conceitual outra de permissibilidade, a saber: primeiro, o artigo conceitua e descreve quais os sinais distintivos susceptíveis de registro, criando até mesmo a possibilidade de registro de sinais que de alguma forma não possuem a capacidade de distinção dos bens e serviços pertinentes. Em um segundo momento, há a norma de permissibilidade, ou de transferência de responsabilidade normativa, na medida em que permite que os países-membros criem meios dificultadores para registro de marcas que não sejam visualmente perceptíveis. De outra banda, isenta cabalmente o membro que se nega a registrar uma marca por qualquer outro motivo, desde que não seja arbitrário, posto que esteja violando regras do CUP.

Além disso, poderá o registro ser condicionado ao uso efetivo da marca, além do que não se pode vincular o seu registro à natureza do bem ou do serviço, entendimento com esboço nos parágrafos 3 e 4 do artigo 15, a dizer:

TRIPS, art. 15.3: Os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao uso da marca. Não obstante, o uso efetivo de uma marca não constituirá condição para a apresentação de pedido de registro. Uma solicitação de registro não será indeferida apenas com base no fato de que seu uso pretendido não tenha ocorrido antes de expirado um prazo de três anos, contados a partir da data da solicitação.

TRIPS, art. 15.4: A natureza dos bens ou serviços para os quais se aplique uma marca não constituirá, em nenhum caso, obstáculo a seu registro.

Ainda que a regra acima apontada impeça que órgão controlador de registros marcário imponha a exigência indevida do seu efetivo uso antes do seu registro, o artigo 19.1 do TRIPS condiciona a manutenção desse registro com o efetivo uso, após o prazo ininterrupto de três anos do não uso, salvo motivo fundante e alheios a vontade do seu proprietário, além de reconhecer que, caso essa marca seja utilizada por outra pessoa, com a devida autorização do seu titular, será reconhecido nele o uso efetivo para a manutenção do registro da marca (art. 19.2 do TRIPS).

Já a parte III do TRIPS cuida da aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Conforme lições de Barbosa (2003, p. 72), o TRIPS prevê procedimentos administrativos e/ou judiciais de repressão de violações ao Direito de Propriedade Intelectual, os quais foram prontamente inseridos na legislação interna do Brasil. Pelo acordo, os Estados-membros pode exigir eficácia (ação eficaz), transparência, de aplicação temporal, justos e equitativos, com processos descomplicados e pouco onerosos, sem comportar prazos não razoáveis ou atrasos indevidos. Procede-se por meios legais e de forma escrita e a disposição dos interessados (publicidade e transparência), sempre respeitando a ampla defesa e o contraditório, sendo que os julgados não podem ir além das provas produzidas, com possibilidade de revisão judicial das decisões, a menos para se averiguar a sua legalidade. Além disso, deve o Estado-membro dispor de vias administrativas e judiciais próprias à aplicação das normas de proteção da propriedade intelectual e de regras processuais adequadas, além de dispor dos remédios jurídicos, sendo possível a utilização do poder de polícia ínsito do Poder Judiciário para que se faça cessar a violação ou a ameaça de direitos conexos ao direito da propriedade intelectual, tudo isso disposto no TRIPS, a partir do artigo 41.

Outra importante ferramenta como meio de proteção dos direitos intelectuais são as medidas de fronteiras previstas no TRIPS, a partir do seu artigo 51, da seção 4, denominada “exigências especiais relativas a medidas de fronteira.” Medidas de fronteiras são regras de observância dos direitos de propriedade intelectual com vistas a fazer valer o direito dos titulares na fronteira dos países. Tais regramentos remontam às convenções de Paris e de Berna, como marco inicial do tratamento internacional da propriedade intelectual (MEDEIROS, 2012, p. 66). As medidas de fronteira, de acordo com o TRIPS, impõem regras restritivas quanto à liberação de produtos destinados a exportação, inexigível para a importação, com as flexibilidades insertas nas notas de rodapé do artigo 51. Impõe-se à autoridade aduaneira competência da execução das medidas cautelares, decididas pelas autoridades competentes (administrativas e/ou judiciais) no que pertine a contrafação ou pirataria.

Para tanto, observa-se que a legislação estrangeira afeto às marcas sonoras, deva influenciar a produção jurídica brasileira e dos seus modelos hermenêuticos e interpretativos, a partir do se costuma chamar de direito comparado, sem se olvidar

que existem regras de aplicação direta dos tratados internacionais ou até mesmo de superioridade dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, ou até mesmo um tratamento igualitário com regras constitucionais, quanto estes tratados veicularem normas de direitos fundamentais, conforme se verá em capítulo próprio.

1.7. Direito Comparado e marcas sonoras

O direito comparado é uma disciplina jurídica – e não ramo do Direito - que estuda as diferenças e as semelhanças entre os ordenamentos jurídicos de diferentes Estados, agrupando-os em famílias. A juíza trabalhista Flávia Pessoa (2009, p. 19) leciona que o direito comparado é a possibilidade de indicar normas jurídicas afins nas legislações nacionais e estrangeiras, cujo objetivo é a confrontação com escopo se determinar as analogias e as diferenças entre sistemas e institutos, bem como avaliar o desenvolvimento e a aproximação das legislações ou instituições jurídicas de diversos países, cujo resultado seria “o Novo Direito Positivo Contemporâneo”. A autora alerta para a incoerência de processos de coexistência entre os povos, dado que a introdução no sistema pátrio de institutos do direito alienígena, pode tanto suscitar simpatias como reações polêmicas. Assim, para que se utilize de sistema de direito comparado, há que se observar que o sistema exige confrontações de teorias e doutrinas jurídicas: conceitos, classificações, interpretações, correlações e generalizações jurídicas. A finalidade seria o aperfeiçoamento do direito nacional por força da utilização do direito comparado. A primeira sistematização do Direito comparado é pelo que a doutrina costuma chamar de famílias (Common Law e civil Law) passando pelo etnodireito (legislações europeias, africanas, latino-americanas, asiáticas) ou por sistemas econômicos (capitalismo e socialismo) (PESSOA, 2009, p. 20-21).

Para Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2003, p. 3), o direito comparado tem como importância no campo econômico:

O direito comparado promove inicialmente objetivos práticos que atendem a aspectos profissionais da atividade negocial. O conhecimento de outros direitos pode calibrar opções de negócios, investimentos e interesses laborais. A multiplicação das relações internacionais em âmbito comercial, como reflexo da globalização, dá ao direito comparado nova feição. A inserção das empresas em novos mercados ou centros de produção exige que o empresário conheça os modelos normativos com os quais terá que se

relacionar. Estudo prévio de ordenamentos jurídicos locais tem importância superlativa, que ultrapassa ao próprio conhecimento da língua e de rudimentos das culturas locais.

À margem dos direitos locais surgem também práticas comerciais e empresariais legitimadas por direito negocial que transcende aos direitos estatais. Revive-se uma *lex mercatoria*, exemplo de direito transnacional das transações econômicas, como sintoma do sucesso de ordem jurídica global que se desenvolve independentemente dos ordenamentos normativos estatais (cf. TEUBNER, 2003, p. 3). A elephantíase normativa que macula alguns direitos domésticos também é patologia da normatividade global. A multiplicação de direitos, internos e transnacionais, turbina a produção de leis, realizando-se exacerbação de normas que qualifica movimento de *autopoiese*, isto é, de avultamento de regras jurídicas, que se reproduzem de modo alarmante³.

Nesse ponto – as técnicas do direito comparado - é que se pode avistar a importância de se utilizar métodos de direito comparado para o crescimento de normas e de melhorias de sistemas interpretativos do direito interno, tanto para que o legislador, como para o aplicador do Direito e para a Administração Pública, em se tratando da tutela do direito que recai sobre as marcas sonoras e o direito sobre a voz. Conforme se vê, a legislação internacional, a rigor o TRIPS - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio -, tratado internacional imposto pela OMC – Organização Mundial do Comércio – e do qual o Brasil é signatário, têm normas específicas sobre a proteção e registro das marcas sonoras. Assim, em se utilizando a métrica do direito comparado, certamente o legislador brasileiro já teria regulado o registro e a proteção do direito que recaem sobre as marcas sonoras. Contudo, há que se perceber que o sistema brasileiro tem em regra a aceitação de tratados como norma de hierarquia constitucional e/ou de superioridade àquelas de cunho infraconstitucional.

1.7.1. Da superioridade das normas inseridas no sistema jurídico via tratado internacional.

Nesse toar, quando o INPI se recusa a registrar as marcas sonoras, tomando como fundamento uma interpretação literal do artigo 122 da 9.279/96, a dizer que as marcas sonoras não são sinais distintivos visualmente perceptíveis, eis que há

³ GODOY, Sampaio de Moraes. Notas introdutórias ao direito comparado. In: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/direitoComparado.htm>. Acessado em 23.05.2015.

violação de regras de tratados internacionais, fato seguido pela jurisprudência, inclusive naquilo que modifica a legislação interna. Antonella Carminatti (1995, p. 13) leciona:

A jurisprudência tem se recusado a aplicação imediata dos tratados, inclusive naquilo em que modificam a legislação interna, tem invocado o argumento de que a incorporação de um tratado ao ordenamento jurídico brasileiro depende de legislação especial. No entanto, ao garantir a fiel aplicação de tratados internacionais, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido de que, aprovados pelo Congresso e depois promulgados, intrinsecamente eles na ordem jurídica local⁴.

Assim, Carminatti começa por dizer que a relevância do problema dos tratados deriva por duas questões distintas: i) a de saber em quais condições a norma internacional ganha relevância na ordem jurídica interna; e ii) qual o seu valor hierárquico, seja como norma internacional, seja como norma interna, cuja argumentação deriva do sistema monista como cláusula geral de recepção plena, cuja força deriva da interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição. Nesse sentido, informa essa autora:

Considerando que o TRIPS, estabelece regras atinentes a direitos e garantias fundamentais em matéria de propriedade intelectual, regulando o artigo 5º, XXIX da Constituição Federal, e que o mesmo passou a integrar o ordenamento jurídico interno através da sua promulgação pelo Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994, tem ele aplicação imediata, sobrepondo-se à legislação ordinária em vigor, sem necessidade de nova manifestação do Poder Legislativo (CARMINATTI, 1995, p. 19).

Nessa esteira, há alguns doutrinadores que comungam com a mesma forma de pensar. Assim temos que Mazuolli (2001, p. 63) afirma que os artigos 26 a 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados regram o cumprimento observância e aplicação dos tratados, a partir da fórmula do *Pacta sunt servanda*, a conduta recíproca dos sujeitos da comunidade jurídica internacional, a dizer que essa teoria que todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido de boa-fé. E vai mais além, ao dizer que o artigo 27 da Convenção de Viena dispõe “que uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o

⁴ A autora cita como fundamento o RESP 71.154/PR, Acórdão do STF, ministro relator Oswaldo Trigueiro: “Lei Uniforme sobre cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modifiquem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

inadimplemento de um tratado, a recorrer a Hostert para afirmar uma supremacia do Direito Internacional sobre o Direito interno. Além disso, Mazuolli afirma que de regra os tratados são irretroativos e de aplicação plena, a não ser que a sua intenção de não cumprir alguns de seus dispositivos se evidencie, ou seja, estabelecida de outra forma, ou a atos e fatos anteriores a entrada em vigor do tratado em relação a essa parte. Por fim, esse autor informa que a interpretação dos tratados deve, regra geral, ser realizada pelos princípios experimentados em seu artigo 31, a saber: i) boa-fé, que integra o *Pacta sunt servanda*; ii) sentido literal, mas a partir da linguagem mais usual e de sentido comum e próprio; iii) dentro do seu contexto, e não por suas partes, ou dos acordos supervenientes, das práticas e costumes, ou de qualquer regra de direito internacional aplicável às partes; por fim, v) interpretação à luz do objeto e da finalidade do tratado.

Luiz Roberto Barroso (2009, p.18) informa que no Brasil não existe nenhuma regra constitucional a regular a incidência dos tratados em relação à Constituição, mas em relação à norma interna infraconstitucional, há a doutrina monista majoritária pela primazia do Direito Internacional, a dizer que o tratado internacional, depois de ingressado na ordem interna, revoga norma anterior que com ele conflite, mas não pode ser revogado por lei superveniente, e que, a partir da Emenda Constitucional nº 7 que alterou o artigo 178 da Constituição Federal, há entendimentos que “a lei deve observar os acordos e tratados firmados pela União, em atendimento ao princípio da reciprocidade”. Que não pode o Estado violar seus deveres internacionais, a afirmar que a Corte Permanente de arbitragem de Haia, no julgado de 04 de fevereiro de 1932, declarou que “nenhum Estado pode invocar contra outro Estado a sua própria constituição para se esquivar da obrigação que lhe incumbe em virtude do direito internacional ou de tratados” (BARROSO, 2009, p. 23).

O TRIPS foi ratificado em 1994, o Brasil efetivamente se obrigou ao Acordo TRIPS a partir de 1º de janeiro de 2000, data em que expirou o prazo de adequação aos países em desenvolvimento. Assim dispõe o Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, do então Presidente Itamar Franco:

DECRETO No 1.355, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1994.
Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.
O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso de suas atribuições, e Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo

nº 30, de 15 de dezembro de 1994, a Ata Final que Incorpora aos Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Maraqueche, em 12 de abril de 1994;
Considerando que o Instrumento de Ratificação da referida Ata Final pela República Federativa do Brasil foi depositado em Genebra, junto ao Diretor do GATT, em 21 de dezembro de 1994;
Considerando que a referida Ata Final entra em vigor para a República Federativa do Brasil em 1º de janeiro de 1995,
DECRETA:
Art. 1º A Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, apensa por cópia ao presente decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nele contém.
Art. 2º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.
Brasília, 30 de dezembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República. ITAMAR FRANCO.

Assim, o decreto acima esposado insere na legislação interna, por força do Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994 do Congresso Nacional, uma legislação que tem previsão a proteção dada a marca sonora experimentada no Acordo TRIPS. Assim, o TRIPS foi inserido na ordem jurídica interna e deveria ser cumprido, ao menos, como norma de hierarquia superior às normas infraconstitucionais. Há entendimentos que os acordos têm a mesma hierarquia que as normas infraconstitucionais, mas não seria possível a revogação de tratados internacionais via lei ordinária, ainda que posterior. Desta forma, deve-se passar à análise da legislação afeta à marca sonora no Direito interno.

1.8. Regulação jurídica das marcas sonoras no Brasil

A regulação jurídica no Brasil demorou em muito para ser promulgada, mesmo embora os organismos internacionais já apontarem para a importância e necessidade da regulação da propriedade intelectual e, nesse compasso, a regulação dos sinais marcário já haviam sido apontada como necessária pela prática empresarial e jurisprudencial. Os legisladores brasileiros já tinham se ocupado com as invenções, mas desprezaram, de início, os signos distintivos. Para a proteção desses direitos, eram invocados os dispositivos do Código Penal para punir também os crimes contra a propriedade literária e artística, sempre com resultados infrutíferos, dado o princípio penal que proíbe o uso de analogia *in malam partem*, o que dava azo à concorrência desleal e à contrafação. Por conta dos abusos e

impotência do Judiciário ante a inexistência de previsão legal em um período de positivismo Jurídico, começaram a surgir algumas legislações (MARQUES, 2010, p. 59-70).

A primeira delas foi o Decreto 2.682 de 1875, de inspiração no modelo francês, a conferir o direito de registro e uso oficial de sinais ora depositados no Tribunal ou Conservatório do Comércio. Assim, dispunha o decreto:

Art. 2º (...) ninguém poderá reivindicar por meio da ação desta lei a propriedade exclusiva da marca, sem que previamente tenha registrado no Tribunal ou Conservatória do Comércio de seu domicílio o modelo ou marca e publicado o registro nos jornais em que se publicarem os actos oficiais.

(...)

Art. 5º Sem que se faça constar o registro da marca, nenhuma ação criminal será proposta em juízo contra a usurpação ou imitação fraudulenta dela; salvo aos prejudicados o direito à indenização por ação civil que lhes competir (MARQUES, 2010, p. 71).

O segundo instrumento jurídico foi o Decreto 3.346, de 1887, cuja função, de início, foi o de preencher as lacunas do decreto anterior, mas vitimou-se de críticas quanto à imprecisão do seu texto - Visconde de Outo Preto apontou graves defeitos e imprecisões quanto à enumeração das marcas passíveis de serem registradas e na conceituação dos delitos que punia - (MARQUES, 2010, p. 73).

A partir daí, aponta-se o Código da Propriedade Industrial como objeto do Decreto 7.903/1945, instrumento jurídico inovador ao trazer para dentro da legislação de propriedade intelectual matérias então tratadas pelo Código Comercial, tais como nome comercial, título de estabelecimento e expressões de propaganda, inovando mais ainda quando regulou, pela primeira vez, as marcas de serviços. Daí se seguiram vários decretos, sempre revogando-se o anterior: i) o Decreto-lei 254/1967; ii) o decreto-lei 1.005/1969 e, por fim; iii) a lei 5.772, de 21 de dezembro de 1971. Hoje, a matéria propriedade intelectual é regulada pela lei 9.279, de maio de 1996, e que será objeto de capítulo próprio (MARQUES, 2010, p. 77).

Contudo, há que se experimentar, a regulação de direitos intelectuais dentro de um plano constitucional. Nessa seara, devem-se analisar as constituições, desde a de 1824, até a em vigor, a Constituição Federal de 1988. Conforme a lavra da Dra.

Carla Eugenia Caldas Barros, as constituições, em relação à propriedade intelectual, tem o seguinte quadro evolutivo (BARROS, 2007, p. 60 e ss.):

- A) A Constituição do Império de 1824 tinha como matéria regulada apenas no que se refere a inventos, espeque no inciso XXVI, do artigo 179, que dispõe:

Art. 179 (...)

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização. (Constituição Federal de 1824).

- B) A Constituição Republicana de 1991 garantia os direitos aos inventos industriais, as obras literárias e artísticas e as denominadas marcas de fábrica, a significar um avanço na área do Direito Intelectual, tudo isso diplomado em seu artigo 72 §§ 25 A 27:

Art. 27 (...)

§ 25. Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais serão garantidos privilégios temporários, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26. Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo eletrônico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27. A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

- C) Constituições de 1934 e 1937 (Estado Novo).

A constituição de 1934 diplomava:

Art. 113 (...)

18) Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade.

19) É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial.

20) Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar.

A constituição de 1937 diplomava:

Art. 122 (...)

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularém o exercício. (Redação da pela Lei Constitucional nº 5, de 1938) (Suspendo pelo Decreto nº 10.358, de 1942).

D) Constituição de 1946 assim regia:

Art. 141 (...)

§ 17 - Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio. § 18 - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial.

§ 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

E) A constituição de 1967 dispunha:

§ 24 - A lei garantirá aos autores de inventos Industriais privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial. § 25 - Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

F) E, por fim, dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988:

Art. 5º (...)

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Destarte, tem-se o seguinte panorama: i) A Constituição de 1924 restringiu-se apenas aos inventos; ii) a Constituição de 1891 expandiu tais direitos às obras literárias, artísticas e marcas de fábricas; iii) A Constituição de 1934 e 1937

garantiram proteção aos inventos industriais, as marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial, proteção às obras literárias, artísticas e científicas; iv) a Constituição de 1946 incluiu o uso do nome comercial e o direito de herdeiros dos autores; v) a Constituição de 1967 nada inovou. Por fim, a Constituição de 1988, ora em vigor, inova ainda mais, ao prever a proteção de reprodução da imagem e da voz humanas, o direito dos autores em proveitos econômicos de suas obras, inclusive como intérpretes e a relativização desses direitos quando se avistar o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

De plano, observam-se duas características no direito marcário interno: a primeira delas é a preocupação do legislador em proteger o produtor e/ou o vendedor de produtos e serviços e em um segundo momento o direito dos inventores - da ação dos contrafatores, conduta que tem aspectos tão somente comerciais. Já em um segundo momento, o legislador interno dá sinais de preocupação com os sinais marcário, destas feita como direito intrínseco da dignidade da pessoa humana, posto que a regulação marcária fosse inserida no rol dos direitos de primeira geração previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dando notícias que o direito marcário encontra a sua relativização quando confrontado com os interesses sociais e o desenvolvimento do país. Nesse ponto, pode-se incluir, desde já, o direito dos consumidores, destinatários finais dos produtos objeto de criação da mente humana. De plano, pode-se dizer que, na moderna economia globalizada as marcas possuem importância diretamente ligada ao seu poder que elas têm.

1.9. As marcas sonoras nos EUA e na União Europeia

Com exceção do Japão, China e Coreia do Sul, anota-se que países possuidores das maiores economias do mundo têm permitido o registro de marcas sonoras, constatando-se que essa prática tem se deslocado para os países da América do Sul, tais como Chile, Argentina e Paraguai. Nesse diapasão, os Estados Unidos regram a matéria desde a edição do Trademark Act, de 1946. De outra banda o Manham Act, de 1947, que já passou por diversas alterações, na tentativa de alinhar as práticas norte-americanas com as do resto do mundo e fazer frente às

novas tecnologias, cujo escopo final é o de acompanhar a evolução social e tecnológica. Assim, o Manham Act regulou a possibilidade de registro de marcas “qualquer palavra, símbolo, nome ou elemento capaz de identificar produto e serviço”. Assim, “engenhosos comerciantes ocasionalmente enxergam a proteção para tipos exóticos de marcas”. Nessa mesma trilha, na legislação norte-americana, não há obstáculos para a proteção. Lá, a melodia de três toques está associada ao canal de televisão NBC, sendo notório e universalmente conhecido (MARQUES, 2010, p. 86).

O obstáculo que se percebe na legislação norte-americana está no objetivo do seu uso. Assim, será negado e/ou cassado o registro de marca sonora se o seu uso acarretar mais prejuízos ao mercado do que vantagens, e, principalmente se o signo sonoro for de uso público ou geral. E, para o seu registro, deve o requerente apenas incluir no seu pedido uma descrição escrita e detalhada do som – ou partitura, se se referir à música - e, em anexo, uma agravação, em mídia, do referido som. Assim, os três toques sonoros da NBC foi o primeiro sinal sonoro a ser registrado, seguindo-se pelo rugido do leão da MGM, o grito do Tarzan em favor do seu autor (Edgar Rice Burroughs Inc.) e recentemente os sons do Yahoo, da Intel e outros (MARQUES, 2010, P. 90).

A questão do registro de marcas sonoras na União Europeia seguiu na mesma trilha, com a vantagem de ser norma harmônica para todos os Estados-membros, interligando interesses econômicos ao jurídico, posto que o tratado que instituiu a Comunidade Europeia proporcionou unificação das legislações, obrigatório e geral, aplicável e vinculativo a todos os Estados-membros. Assim, a Diretiva 89/104/CEE, instituiu, em seu artigo 2º, a possibilidade de se constituir marcas todos os sinais possíveis de representação gráfica, nomeadamente as palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras e números, a forma do produto ou das respectivas embalagens. Assim, o CEE estipulou regras a serem seguidas pelos Estados-membros, concernentes a marcas sonoras, contanto que elas sejam possíveis de serem representadas graficamente, em consonância com o artigo 16 da retro citada Diretiva 89. (MARQUES, 2010, p. 93).

Tal entendimento derivou do questionamento ofertado pela Holanda acerca da possibilidade de registro de marcas sonoras e o Tribunal de Justiça das

Comunidades Europeias fixou como parâmetro uma interpretação aplicável ao termo “suscetível de representação gráfica” inserto no citado artigo 2º da Diretiva 89/101/CEE, com permissivo de registro das marcas sonoras. Contudo, Entidade denominada BENELUX (Bélgica, Holanda e Luxemburgo) negou-se a seguir tal entendimento, e editou norma que impõe que a marca sonora esteja ligada e capazes de distinguir os produtos de uma empresa negando-se a registrar as marcas sonoras. Mas, em ação judicial movida pela empresa Shield Mark em face de Joost Kist por contrafação (o seu site, ao ser acessado emitia o som de um galo), resultou em uma decisão judicial na qual se reconhecia a possibilidade de registro das marcas sonoras, por interpretação ao mesmo artigo 2º da Diretiva 89/104/CEE. Nesse diapasão, tal Tribunal, ao julgar o feito, declarou que a marca sonora, para ser admitida, deva “ser clara, precisa, completa por si própria, de fácil acesso, inteligível, duradoura e objetiva” (MARQUES, 2010, p. 97).

1.10. As marcas sonoras no Brasil e sua registrabilidade. A lei 9.279/96

A regra geral é a de que as marcas devem ser visivelmente perceptíveis pelos canais sensoriais humanos – visão, audição, olfato, audição e tato. Às vezes um som representa um signo, a partir de sua representação gráfica, mas também é possível o registro de entonação. Logo, a palavra tem dimensão sonora, mas tem representação através de signos; toda palavra parte, primeiro, de uma emissão sonora, e depois consegue representação visual, que é secundário. Assim, a exigência de percepção visual tem como finalidade a fixação da marca, e o Direito não tem como tutelar em seu primeiro aspecto, o sonoro. Logo, em uma interpretação teleológica, há a possibilidade de tomar a expressão perceptividade visual como a de possibilidade de representação visual. Na grafia, não se vê uma obra de arte, mas a sua representação, o que se vê é o fenômeno semiológico da replicatividade, cuja essência é independente do tipo. O que se fala pode ser fixado pela escrita e apreendido pela visão; pode-se dizer que a marca é plurissensorial (CORREIA, 2007, p. 210-215).

A marca, destarte, pode se apresentar como nominativa ou verbal, eis que poder ser composta por palavras não estilizadas, ou seja, sem forma especial. Apesar da clareza da lei, que exige que a marca seja visualmente perceptível, parte

da doutrina vem entendendo que tal percepção visual diz respeito apenas à condição de procedibilidade quanto ao pedido de registro e do seu exame, não sendo esta incluído na possibilidade exigível de percepção pelo público. Dessa forma, poder-se-ia dizer que é possível o registro de sinais distintivos não visuais, desde que, por algum meio possa esse signo ser representado também sob a forma visual. Além disso, o registro de marcas sonoras não está elencado nos casos vedados pela lei. Assim, a lei regula os casos de signos visualmente perceptíveis, mas, em contrapartida, nada dispõe acerca dos impedimentos para registro de marcas não visuais. Assim, o artigo 122 é claro: “... não compreendidos nas proibições legais” (OLIVEIRA NETO, 2007, p. 142-143).

Por outro lado, e em uma análise simplista, temos que a lei 9.279 mesmo sendo editada em 1996, certamente destoa dos ditames da Constituição Federal, que reza:

Art. 5º (...)

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Percebe-se que a Carta Magna de 1988 possui norma de interpretação aberta, ao dispor: “... e outros signos distintivos...”, permitindo-se que a lei infraconstitucional regre esta norma considerada em branco, a exigir do doutrinador ordinário a devida complementação do seu sentido e alcance. Nesse ponto, tal disposição era encontrada na Lei 5.772/1971, que permitia o registro “de outros sinais distintivos de atividade industrial, comercial agrícola e civil (MARQUES, 2010, p. 77)”.

Contudo, outra parte da doutrina inclina-se a literalidade da lei, e sob esse magistério, tem-se que a regra vigente é a de que somente é possível o registro de marcas visualmente perceptível, dissonante com a legislação internacional e de legislações de outros países, que preveem em seus ordenamentos a registrabilidade de marcas não tradicionais (compostas por elementos não visuais) e os Estados Unidos há décadas já permite o registro de sons como signos identificadores, o

legislador pátrio optou por estratégia mais restritiva e diferentemente das regras que lhe antecedem (MARQUES, 2010, p. 80).

O que vem acontecendo é o seguinte: O INPI, Instituto Nacional de Propriedade Industrial, autarquia Federal, incumbida de proceder aos registros marcário tem-se prendido à literalidade da lei, principalmente ao seu excerto “visualmente perceptível” e vem engando os registros de marcas representadas por signos distintivos sonoros. Tal autarquia justifica o seu entendimento sob a alegação de que “o que não se pode registrar como marca, implicitamente, são sinais não registráveis compreendidos no artigo 124 da lei 9.279/96. Nesse compasso, há uma percepção da existência de entendimento contraditório desse entender do INPI, posto que, ao se reconhecer das vedações impostas pelo artigo 124 retro mencionado, tal disposto não veda o registro das marcas sonoras, demonstrando que há um equívoco por parte do INPI quanto a sua interpretação literal (MARQUES, 2010, p. 83).

1.11. A lei da EIRELI

Em 11 de julho de 2011 foi editada a lei 12.441/2011, denominada com lei das EIRELI e que, a princípio foi idealizada para sanar duas condutas normais realizadas por empreendedores, a do empréstimo de nome em constituição de sociedades empresárias – alguns casos em que havia sócio com apenas 1% na participação acionária – e para incentivar empreendedores irregulares – empresas de fato – a se regularizarem, cujo escopo estaria na possibilidade da atividade regular e diminuição do desemprego, além de melhorar a arrecadação tributária (OLGUIN, 2013, p. 01). É o que leciona Ribeiro (2012, p. 02):

A criação da “EIRELI” decorreu da junção de características vantajosas das sociedades previstas no Código Civil com as vantagens trazidas pela Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76), que confere ao sócio responsabilidade subsidiária e limitada. Cumpre salientar que, em 2006, foi vetado o art. 69 da L.C. n. 123/06 que previa o instituto em análise.

A ratio para o surgimento da “EIRELI” decorre da junção de características vantajosas das sociedades previstas no Código Civil com as vantagens trazidas pela Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76), que confere ao sócio responsabilidade subsidiária e limitada. Cumpre salientar que, em 2006, foi vetado o art. 69 da L.C. n. 123/06 que previa o instituto em análise.

A ratio para o surgimento da “EIRELI” decorre da observância da função social da empresa (“empresa” interpretada como atividade – sentido técnico-funcional), que gera mais fontes produtoras de riquezas, ocorrendo o

chamado “efeito cascata”, ou seja, irá gerar maior arrecadação tributária, serão disponibilizados mais empregos, haverá um significativo aumento na compra de equipamentos, maior utilização de tecnologia, aumento dos estudos científicos, dentre outras vantagens.

Tal lei alterou o artigo 44 do Código Civil, e lhe acrescentou o artigo 980-A, além de lhe alterar também o artigo 1.033. Ao artigo 44, a alteração foi para incluir:

Art. 44. São pessoas Jurídicas
(...)
VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Quanto à alteração provocada ao artigo 1.033 do Código Civil, tal disposição diz respeito ao prazo de 180 dias para que a empresa, em caso de falta de multiplicidade de sócios, a sua dissolução legal.

Código Civil, Art. 1.033.

[...]

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código." (NR)

Além disso, são tratados os temas específicos para atender uma grande demanda de empresas unipessoais que funcionavam regularmente, admitindo em seu quadro societário pessoa estranha às atividades empresariais, apenas para a formalização de uma situação até então inexistente. Importante salientar que a normatização da EIRELI - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada não se resume ao Código Civil, tendo sido complementada pelas Instruções Normativas 117 e 118 do DNRC – Departamento Nacional do Registro de Comércio (OLGUIN, 2013, p. 03).

Além disso, visa a aumentar a competitividade, melhorando a concorrência, diminuindo os riscos e custos. Gera, também, a extinção das chamadas sociedades fictícias, aquelas que eram criadas apenas para o preenchimento do requisito quantitativo, pois para o surgimento de uma sociedade, era necessário o mínimo de dois sócios, o que não mais se verifica com a empresa individual de

responsabilidade limitada. Por fim, mas não menos importante, seu surgimento atende aos objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza - art. 3º da Constituição da República – (OLGUIN, 2013, p. 03).

Assim, a lei das EIRELI possibilita a constituição e/ou a transformação de empresas multisocietárias em empresas individuais de responsabilidade limitada, exigindo-se um capital não inferior a 100 vezes o salário-mínimo vigente no país e que essa integralização se dê integralmente. Deve compor o nome comercial a palavra “EIRELI” e cada sócio somente poderá integrar apenas uma empresa dessa modalidade. Além disso, a empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração, cabendo-lhe, no que couber, todas as regras previstas para as sociedades limitadas (art. 980-A e seus parágrafos). A regra inserta na lei das EIRELI e que mais desperta interesse ao direito intelectual certamente é aquela estampada no paragrafo 5º do artigo 980-A.

Certo é que, quanto à possibilidade de registro das marcas, no Brasil, a regra é – ou era – da aplicação literal da norma disposta no do artigo 122 da Lei 9.279/96, a permitir somente o registro de marcas visualmente identificáveis, sendo esse o entendimento jurisprudência, doutrinário – ao menos a doutrina tradicional – e até mesmo o entendimento do INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, autarquia Federal com competência para autorizar e controlar os registros marcário. Contudo, tais entendimentos terão que realizar nova análise paradigmática, mormente com a edição da lei 12.441/2011, a lei das EIRELI. É que essa lei inovou em relação ao direito marcário.

Assim, a lei 12.441/2011, a *prior*e com intuito de regular a possibilidade da existência jurídica das empresas limitadas (alterando o artigo 44 do Código Civil), além de incluir o artigo 980-A, para possibilitar da existência de empresa de sociedade limitada tendo em sua composição societária a presença de apenas um sócio, inclusive facilitando a conversão das empresas existentes para esse tipo societário. Mas, ao fazê-lo, incluiu o paragrafo 5º, que regula, entre outros temas, o

direito de propriedade dessas empresas sobre a propriedade das marcas sonoras, inclusive o direito de voz. Assim está disposto no citado parágrafo 5º:

Código Civil, artigo 980-A (...)

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

Como já foi dito, a doutrina, agora, confronta-se com mudança de paradigma, pois terá que rever os conceitos já formados, em relação ao Direito da Propriedade Intelectual, e nessa seara, o Direito Marcário. Em uma interpretação mais rasa, se estrai: a regra não está direcionada ao comércio de produtos (indústria), já que é bastante claro que a norma foi direcionada ao ramo da prestação de serviços de qualquer natureza. Depois, inaugura uma nova ordem, ao regular a marca sonora (de forma explícita), pois a regra fala em marca e voz. Assim, subtendido que está autorizado às empresas constituídas sob a forma societária individual o direito de explorar as marcas sonoras de sua propriedade, inclusive inovando, ao regular que tal direito também se estende ao direito de voz, forçando à doutrina a rever as interpretações literais da norma disposta no artigo 122 da lei 9.279/96.

Pode-se inferir que o legislador infraconstitucional, ao editar a regra imposta no retro parágrafo 5º, quis apenas privilegiar as sociedades limitadas enquadráveis como EIRELI, e apenas para aquelas que possuem atividades de serviços. Contudo, e dentro de uma hermenêutica sistemática – regras de interpretação será objeto de capítulo terceiro -, percebe-se que tal entendimento não deve prosperar, na medida em que a regra foi inserida em um sistema jurídico que autoriza a aplicação das regras atinentes às sociedades Limitadas – e das sociedades civis – às demais sociedades empresárias, naquilo que couber.

Mas a propositura é averiguar a proteção e a registrabilidade da marca sonora e por o direito que recai sobre a voz, seja a partir da análise da legislação estrangeira, em um procedimento do direito comparado, seja pela forma de inserção e hierarquia dos tratados internacionais na ordem jurídica interna. Em sequência, estudar-se-á se as marcas sonoras já não estão protegidas, por uma interpretação sistemática e teleológica da norma interna (a começar pela Constituição Federal)

pela presunção legal dessa proteção a partir da análise da lei da EIRELI, que protege a voz, e esta, por sua vez, sendo espécie daquela. Assim, impõe-se um estudo acerca do direito que recai sobre a voz.

2. A VOZ E REGULAÇÃO JURÍDICA

Conforme se verifica mais adiante, a voz é elemento constitutivo e tem singular simbiose com as marcas sonoras, sendo espécie daquele gênero. Ao de separar com o estudo da voz enquanto elemento capaz de individualizar e diferenciar o seu emissor, eis que tem de tratamento idêntico às outras marcas sonoras, qual seja, não lhe é deferida o direito da registrabilidade e, com isso, tem-se que a proteção desse direito fique mitigado. Mas, a doutrina debruça-se na reversão desse quadro, a partir da análise dos métodos de interpretação e da hermenêutica jurídica e, hodiernamente, de uma análise extensiva da lei da EIRELI, na qual se percebe uma destinação ainda que acanhada de proteção jurídica ao direito de voz. Nesse ponto, percebe-se que a lei da EIRELI, ao proteger a voz, ocupa-se, por extensão, às marcas sonoras. Por enquanto, necessário uma leitura sobre a proteção do direito que recai sobre a voz humana no direito interno e internacional.

2.1. O direito de voz na Europa

Importante ressaltar a importância da proteção, via registro no órgão competente, do direito derivado das marcas sonoras e do direito sobre a utilização da voz como instrumento de trabalho e como signos suscetíveis de registro como marca e sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais, por serem economicamente mensuráveis. Também vale ressaltar que tais marcas sonoras e direito sobre a voz humana são incluídas pelo INPI como não registráveis, a partir da interpretação literal do artigo 122 da Lei 9.279/96, dando entendimento interpretativo de que os sons não podem ser “visualmente perceptíveis”, ainda que estes direitos não estejam elencados no rol do artigo 125 da citada lei. Mas, é de se ver que as marcas sonoras e a voz humana já se encontram perfeitamente sedimentados no direito estrangeiro, e que devem ser analisados, com escopo fortalecer entendimento doutrinário e/ou jurisprudencial a ponto de

influenciar o legislador pátrio na elaboração de leis menos acanhadas nestes dois direitos. A registrabilidade de marcas sonoras na legislação estrangeira foi tratada no capítulo que a este antecede, mas a registrabilidade da voz agora merece atenção, a começar com a legislação Europeia.

De início vale ressaltar a ligação entre propriedade intelectual (nele se incluindo o direito autoral moral ou de personalidade) com direitos humanos, realizada por Proner. Em sua obra⁵, a autora discorre sobre princípios das desigualdades entre nações (p.219), compromisso único (p.230), princípio da transparência e da boa-fé em um direito global (p. 231); princípio da cooperação e alfabetização de nações (p.233) e o mais importante: princípio do direito ao desenvolvimento e tecnologia (p.239). Assim, e de plano, já se mostra que este novo direito (a registrabilidade e proteção da voz humana) já está incluso nos parâmetros dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Mas a proposta aqui lançada é averiguar como a voz humana, enquanto bem jurídico digno de proteção, é tratado na legislação europeia. PASCALE LEONARDI (2013, p. 47-54) se reporta ao direito de voz na legislação dos seguintes países: França, Espanha Itália.

De início, essa autora informa que foi na França que mais se discutiu sobre a possibilidade de proteção jurídica da voz, posto que, desde 1903, já se avistasse decisões judiciais concedendo direito exclusivo do artista de reproduzir sua interpretação, pois é ele quem empresta a sua voz, seu sotaque e, por assim dizer, sua personalidade à obra interpretada. Mas não passava de uma ideia, pois a proteção efetiva ainda era controversa. Mas, na segunda metade do Século XX, a discussão tinha como foco o reconhecimento da voz como atributo da personalidade e ligado à vida privada. E a proteção, à época, se restringia de forma implícita, por meio de direitos conexos ao de autor. Aponta Pascale Leonardi ter sido Daniel Bécourt o primeiro jurista a reconhecer a proteção da voz, independente do conteúdo falado e, portanto, desvinculado da vida privada (direitos conexos ao do autor). Esse jurista, desta feita, vinculou a voz ao direito de imagem do autor, numa espécie de imagem sonora vinculada à imagem visual, fato depois rechaçado por Danièle Huett-Weiller, a dizer que a imagem visual é sinal externo da pessoa, e a voz é atributo intrínseco da personalidade. Essa autora, segundo Pascale Leonardi,

⁵ PRONER, Carol. **Propriedade intelectual e Direitos Humanos: sistema internacional de patentes e Direito ao desenvolvimento**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed., 2007.

afirmava que a proteção da voz deveria se operar de forma autônoma, ou então que se incluísse dentro dos parâmetros gerais de proteção aos direitos de personalidade.

Nessa trilha, informa Pascale Leonardi dos entendimentos jurisprudenciais acerca da proteção da voz, exemplificando com o caso Claude Pieplu⁶, que recebeu elevada indenização por danos profissionais ao ator, derivada de uma exposição de uma caricatura, a qual tinha a sua voz, em publicidade comercial (e que era sabido que ele nunca aceitava participar de anúncios publicitários). Outro exemplo veiculado por Pascale Leonardi⁷ é o do uso de um sócio de Gérard Depardieu, na década de 1980, a imitar perfeitamente a sua voz em um anúncio publicitário de Chocolate da Société Shchard Tobler e que violava a imagem do ator. Nessa trilha, o Bureau de Verification de la Publicité (hoje Autorité de Regulation Professionnelle de la Publicité) recomendou que toda publicidade que veiculasse a imagem ou qualquer atributo relacionado a personalidade deveria ter autorização prévia dessa pessoa. De se ver que, por não existir legislação civil francesa a regular o direito que recai sobre a voz humana como direito autônomo ou de personalidade, os tribunais franceses passaram a verificar os diversos elementos psicológicos e comportamentais característicos das pessoas com escopo determinar se houve violação aos chamados direitos de imagem (PASCALE LEONARDI, 2013, p.50).

Já a legislação infraconstitucional espanhola (Lei 1/82, de 5 de maio, de protección civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar) , artigo 7.6, afirma:

CAPÍTULO II.

DA PROTEÇÃO CIVIL DA HONRA, DA INTIMIDADE E DA PRÓPRIA IMAGEM.

7. Terão a consideração de intromisiones ilegítimas no âmbito de proteção delimitado pelo artigo 2 desta Lei:

(...)

6. A utilização do nome, da voz ou da imagem de uma pessoa para fins publicitários, comerciais ou de natureza análoga.⁸

⁶ Tribunal de Grande Instância de Paris, em 03 de dezembro de 1975. Op. cit. Pascale Leonardi (2013, p. 49).

⁷ Idem.

⁸ CAPÍTULO II. DA PROTEÇÃO CIVIL DA HONRA, DA INTIMIDADE E DA IMAGEM.

7. Terão a consideração de intromissões ilegítimas no âmbito de proteção delimitado pelo artigo 2 desta lei:

(...)

6. utilização do nome, da voz ou da imagem de uma pessoa para fins Publicitarios, Comerciais ou de Natureza similar:

Nesse ponto, há cabal inovação, em comparação ao direito francês, uma vez que o direito espanhol literalmente faz menção à proteção ao uso inadequado da voz de uma pessoa, enquanto que a França se reservou a tratar a matéria em doutrina e jurisprudência. Ainda que os espanhóis tenham vinculado a proteção da voz especificamente quando for utilizada para fins publicitários, comerciais ou de natureza análoga, deixou de fora as inserções ilícitas para fins não comerciais, permitindo-se perceber que em tais situações, tais e quais atos serão sempre permitidos. Por outro lado, a doutrina espanhola se inquina para o reconhecimento da voz como direito inserto no direito de imagem, por força de uma interpretação extensiva do artigo 18.1 da Constituição espanhola. Nesse campo, a doutrina majoritária espanhola entende que o contexto do artigo 7.6 da lei orgânica 1/82, eis que nele estão incluídos quaisquer elementos que permitam identificar a pessoa, devendo evitar sempre a apropriação da identidade da pessoa (PASCALE MEONARDI, 2013, p. 52).

Já no direito italiano, eis que desde 1942 já se tem previsão legal a cuidar do direito de personalidade em seu título primeiro, e, nesse diapasão o cuidado pela proteção do direito de imagem, conforme se vê:

Il Codice Civile Italiano, R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile
(Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942)

Libro primo delle persone e della famiglia

TITOLO I - Delle persone fisiche:

(...)

Art. 10 Abuso dell'immagine altrui Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta del interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.⁹

Também se verifica tratamento ao direito de personalidade na Constituição República Italiana de 22 de dezembro de 1947, em seu artigo 2º:

⁹ O Código Civil italiano, R.D. 16 mar 1942, n. 262 Aprovação do texto do Código Civil, (Publicado na edição especial do Diário da República, nº. 79 de 4 de Abril 1942) Livro das pessoas e da família
TÍTULO I - Dos indivíduos:
(...)

Art. 10 O Abuso da imagem de uma pessoa ou dos pais ou do cônjuge ou dos filhos, que tenha sido exposto ou publicado, exceto nos casos em que a exposição ou publicação permitidos por lei, ou com prejuízo para a decoro ou a reputação da pessoa ou dos parentes, o tribunal, a pedido da pessoa em causa, pode ordenar que cesse o abuso, ou ao menos os seus danos.

Costituzione della Repubblica Italiana:

(...)

Articolo 2

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

A princípio poder-se-ia dizer que a proteção aos direitos de personalidade estaria garantida, mas Pascale Leonardi (2013, p. 55) alerta para o caso *Brasili vs. Compagnia Cinematográfica Champion*, em processo julgado pelo Tribunal de Milão, em 1966. Narra à autora que um locutor leu, em um programa de rádio, um boletim sobre dados da bolsa de valores; tempos depois, esse mesmo locutor ao assistir a um filme no cinema, eis que notou que tal boletim foi reproduzido na trilha sonora daquele filme e que o locutor reconheceu a sua voz. Ajuizou ação judicial cuja causa de pedir era para que fosse eliminado tal trecho da trilha sonora, por violação do direito do autor, tomando-se como fundamento jurídico a regra jurídica abaixo esposada, que estipula proteção ao artista e intérprete e violação ao direito de voz, em processo analógico ao direito de imagem. Eis o que regula a lei de direito autoral italiana, no que diz respeito ao direito do locutor, ora violado pela companhia cinematográfica em questão:

Legge 22 aprile 1941 n. 633

boletimProtezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio

SEZIONE II

Diritti relativi al ritratto.

Art. 96

Il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa, salve le disposizioni dell'articolo seguente.

Dopo la morte della persona ritrattata si applicano le disposizioni del 2/a, 3/a e 4/a comma dell'art. 93.¹⁰

Contudo, alerta a autora acima, que o Tribunal de Milão julgou pela improcedência do pedido, escorando o seu entendimento na inaplicabilidade da regra protetiva dos artistas, intérpretes e executores, por não vislumbrar na espécie

¹⁰ Lei de 22 de abril de 1941. Boletim 633. Proteção de direitos autorais e outros direitos relativos ao seu exercício. SEÇÃO II - Direitos de imagem. Art. 96: A imagem de uma pessoa não pode ser exibida, reproduzida ou distribuída comercialmente sem o consentimento deste, conforme o disposto no artigo seguinte. Após a morte da pessoa retratada, se aplicam as disposições da 2 /a, 3 /a a e 4 /a ASSIM COMO do art. 93.

– no boletim da bolsa de valores – nenhuma criatividade ou originalidade que pudesse elevar a uma obra intelectual; levou em consideração, também, os artigos de 65 a 101 da citada lei, que regra o direito à informação, notícias e artigos de atualidades, dando como lícita a inserção da citada reprodução na trilha sonora do filme. Além disso, negou a possibilidade de uma pessoa ser reconhecida pela voz e que, ainda que o fosse, eis que o artigo 97 da lei n. 633/41 dispensa autorização autoral quando o fato está ligado à acontecimentos de interesse público e que a sua honra não fora afetada, pois os fatos narrados não se ligam ao locutor, e que por isso não teve a sua honra afetada. Tal decisão foi alvo de ferrenha crítica por parte da doutrina, que indica que o julgado fora equivocados e que tal deslinde poderia ser diferente se o locutor fosse famoso, e que deveria ser utilizado como parâmetro o Direito de imprensa radiofônica, experimentado no artigo 79 da lei autoral italiana (PASCALE LEONARDI, 2013, p. 57-58).

E a celeuma estava estabelecida. Eis que a doutrina italiana se debruçou sobre o direito de proteção da voz, enquanto direito autônomo ou ligado ao direito de personalidade. E, durante anos, a voz como atributo da personalidade restou sem tutela. Mas, continua alertando Pascale Leonardi, a jurisprudência italiana da década de 1990, passaram a admitir que a voz teria proteção se a utilização pudesse causar confusão ao público. A doutrina moderna, com expoentes com a importância de Giorgio Resta, vem entendendo que:

(...) se o timbre de voz pode identificar uma pessoa da mesma forma que a sua imagem, e se os atuais meios tecnológicos permitem uma reprodução ou imitação perfeita e um aproveitamento econômico não autorizado, seria ilógico não conceder à voz a mesma proteção que se dá ao nome e à imagem (PASCALE LEONARDI, 2013, p. 59)

No campo da comunidade europeia, a autora, ao se referir a Giorgio Resta, informa que, se o timbre da voz pode identificar uma pessoa da mesma forma que a imagem, e se os meios tecnológicos permitem uma reprodução ou imitação perfeita e um aproveitamento econômico não autorizado, seria irracional a não se lhe dar a proteção albergada à imagem e ao nome, ainda mais quando se avista o disposto no considerando 14 da Diretiva Europeia n. 46/95, que dispõe:

Considerando que, tendo em conta a importância do desenvolvimento que, no âmbito da sociedade de informação, sofrem actualmente as técnicas de captação, transmissão, manipulação, gravação, conservação ou

comunicação de dados de som e de imagem relativos a pessoas singulares, há que aplicar a presente directiva ao tratamento desses dados (sic).¹¹

Nesse compasso, ainda que interpretativamente a doutrina italiana entenda que a voz tenha proteção, tal posição não é pacífica, na medida em que aquele autor informe ser controverso essa possibilidade, já que a jurisprudência vem entendendo que inexistente tal proteção, por falta de amparo legal a tal direito ou da possibilidade de sua tutela, seja de forma autônoma, seja sob o aspecto de direito da personalidade, ou como direito autoral, não reconhecendo ilicitude, portanto, nas imitações não autorizadas.

2.2. O direito de voz nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos a possibilidade de proteção da voz é reconhecida, inclusive em casos de imitações, principalmente em particular nos casos de pessoas famosas e cuja voz seja distintiva. Com essa afirmação, Pascale Leonardi (2013, p. 74) fecha um pensamento, o qual tem, retroativamente, as seguintes fundamentações: Primeiro, a autora afirma que, divergentemente da tradição romano-germânica do *civil law* (que adota o princípio da dignidade para fundamentar o direito da personalidade) eis que os EUA adotam um sistema anglo-saxão do *common law*, fundado na liberdade, e que tais elementos devem ser levados em consideração ao se analisar a tutela da voz naquele país. Primeiro, o direito americano tem três sistemas reconhecidos: i) o *copyright*; ii) *the right of privacy*; e iii) *o the right of publicity*. O Primeiro cuida dos impedimentos de cópias de determinadas obras (proteção à obra, de substância eminentemente patrimonial). O Segundo – *right of privacy* - separa a privacidade de propriedade, tendo como foco a inviolabilidade dos direitos afetos à personalidade (nesse incluso a proibição de apropriação, para vantagem de terceiros, do nome, da imagem ou do atributo da identidade do indivíduo). Já o *right of publicity* deve ser entendido como gênero do segundo sistema, sendo que nele está incluso a voz como atributo de identificação

¹¹ DIRECTIVA 95/46/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 24 de outubro de 1995. In: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf. Acessado em 19.04.2015.

de pessoas, cujo resultado se operar no campo econômico, ou seja, quando a voz tiver valor de mercado (PASCALE LEONARDI, 2013, p. 65-67).

A autora acima apontada afirma que foi apenas em fins de 1980 que se consolidou a proteção da voz nos Estados Unidos, com o julgamento do caso entre Midler vs. Ford Motor Company, afirmando que, em todos os julgados que lhe antecederam a discussão, envolvia outros fatores (direito de imagem, direito patrimonial), mas, o caso envolvendo a Ford, o centro da discussão era a tutela da voz. Nesse caso, Bette Midler, sob o fundamento nos entendimentos jurisprudenciais acerca do *right of publicity*, não discutiu sobre a música veiculada no comercial da Ford, mas sim sobre a interpretação, sob alegação que a voz não se sujeitava a lei do Copyright, visto que os sons não podiam ser fixados, sendo que a lei do copyright somente se aplicava a obras fixadas em uma forma de expressão tangível. Na ocasião, o *Ninth Circuit Court of Appeals* entendeu que a voz era um atributo distintivo e pessoal; que a voz é tão distintiva quanto o rosto; que a voz é uma das formas mais palpáveis pelas quais a identidade se manifesta; que, filosoficamente, já se foi reconhecido que pelo som da voz uma pessoa parece estar presente na presente e na presença dos outros (PASCALE LEONARDI, 2013, p. 71-73).

Porém, o direito de voz foi amplamente discutido no caso envolvendo o famoso radialista John Facenda e a empresa NFL Films Inc., processo de 2008. Ainda que o radialista houvesse autorizado – verbalmente – a reprodução de sua voz nas muitas produções da Liga Nacional de Futebol, antes de falecer, eis que ele assinou um termo de autorização do uso de sua voz, sendo proibida essa utilização em propagandas comerciais de produtos e serviços, contrato descumprido pela NFL duas décadas depois da morte de Facenda. A *Third Circuit Court of Appeals* reconheceu a incidência do *right publicity*, afirmando que, apesar de ser possível a fixação da voz por meio tangível, é impossível divorciar a sua voz da sua identidade, afirmando ainda, que uma voz pode ser objeto de copyright. O deslinde da ação foi favorável ao espólio de Facenda, mas a decisão inova no seguinte ponto: i) quando a utilização for para fins comerciais, impõe-se as regras do *right publicity*; ii) quando for para manifestação do pensamento, deve imperar as regras contidas no *copyright*.

Concomitante, os Estados Unidos publicam o URAA – Uruguai Round Agreements Act -, Lei nº 103-465, promulgada 08 de dezembro de 1994¹², com entrada em vigor no ano seguinte, para regular internamente os acordos avençados no Acordo de Marraqueche de 1994, documento que é parte integrante da Rodada Uruguai, que transformou o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) na Organização Mundial do Comércio (OMC). O escopo era regradar internamente as normas impostas no TRIPS – Trade-Related Aspects of Intellectual property Right – que regula no campo internacional os aspectos comerciais do direito de propriedade intelectual (HORGAN e HICKS, 1995, p.18). Nesse diapasão, a lei em comento, no tocante aos direitos autorais, eis que dela os autores comentam:

Quanto à lei dos Estados Unidos, o URAA torna permanente a proibição atual de licenciamento de fonogramas ou programas de computador sem o consentimento do titular dos direitos autorais. A lei deverá também criar penalidades cíveis e criminais para gravações sem autorização de sons e/ou imitações de interpretação musical ao vivo. Os infratores deverão ser submetidos a sanções cíveis na forma de mandatos judiciais, apreensão e destruição de gravações desautorizadas, indenizações monetárias e encargos de custas e honorários de advogados. Além disso, os infratores poderão sofrer sanções criminais na forma de multas e/ou prisão de até cinco anos. Os infratores reincidentes poderão ser encarcerados durante um período máximo de dez anos (HORGAN e HICKS, 1995, pág.18).

Assim, os Estados Unidos demonstram estar atentos à legislação transnacional afeta ao direito de propriedade intelectual e, nele, a proteção devida e querida aos direitos de proteção, via registro, das marcas sonoras e ao direito ligado a voz humana. Nesse compasso, necessário se averiguar como essa proteção se dá no campo do direito transnacional. Apontam-se, conforme se avistam, as regras impostas por acordos internacionais da Organização Mundial do Comércio, como marco regulatório do direito que recai sobre a propriedade intelectual, nele se incluindo as marcas sonoras e a voz enquanto objeto de proteção jurídica, ante ao seu valor econômico agregado, sendo necessário, com isso, uma análise, como se pode notar, do Acordo TRIPS.

¹² Act acordos da Rodada Uruguai. in: http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://en.wikipedia.org/wiki/Uruguay_Round_Agreements_Act&prev=search. Acessado em 19.04.2015.

2.3. O direito de voz no Brasil

A construção doutrinária e/ou jurisprudencial acerca do direito de voz, no Brasil, ainda é incipiente. Vale dizer que a matéria esgota-se em construções hermenêuticas e de interpretações jurídicas. A saber, ainda não é possível registrar a voz como bem passível de proteção estatal. Nesse diapasão, eis que o INPI – Instituto Nacional de Proteção Industrial – não autoriza o registro da voz como marca capaz de identificar e diferenciar o detentor desse direito, dando uma interpretação literal ao dispositivo legal da lei 9.279/96, em seu Art. 122, “São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.” Assim, a autarquia federal INPI afasta do direito de voz a registrabilidade, por considerar que ela não pode ser considerada “visualmente perceptível” (MARQUES, 2010, p. 112). Contudo, a doutrina e a jurisprudência vêm se debruçando acerca da possibilidade da realização de uma hermenêutica mais ampliada – por considerar que a utilização única do método interpretativo gramatical ou literal ser insuficiente para o desvelar do direito de voz -, com possibilidade de utilização de métodos interpretativos mais abrangentes, principalmente o método teleológico¹³.

Sabidamente a voz enquanto direito vem sendo tratado pela doutrina e pela jurisprudência como direito afeto à personalidade. Há um grupo de doutrinadores que trata a voz como direito ligado à dignidade da pessoa humana. Alguns outros doutrinadores norteiam a voz como direito de imagem, outros se debruçam no trabalho de tratar a voz enquanto direito de personalidade de natureza autônoma. Sendo a voz um direito cuja maioria doutrinária afirme estar ligada ao direito de personalidade, tem-se que, para o momento, valha a pena analisar o direito de voz na legislação brasileira, a começar pela Constituição Federal de 1988.

2.3.1. Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 trata, no seu artigo 5º (caput), dos direitos ligados à personalidade e, no dizer de Siqueira (2015, p.19):

¹³ Sobre hermenêutica e métodos interpretativos, vide capítulo 03.

... A Carta Republicana de 1988 é cingida pela consideração da Pessoa Humana e da Dignidade que desta decorre. Por isto mesmo, há uma profusão de Direitos da Personalidade ao longo de seu texto. Não restam dúvidas, então, de que o elemento democrático foi respeitado neta Constituição.

... Do examinado artigo 5º podemos destacar Direitos da Personalidade essenciais: vida, liberdade, honra, sigilo, intimidade, imagem, criação intelectual, dentre outros. A expressão ampliativa por nós usada se justifica porque o regime dos Direitos da Personalidade não se resolve em *numerus clausus*, sobretudo em um regime constitucional que assegura expressamente (artigo 5º, § 2º) a possibilidade de outros direitos desta categoria se decorrentes de princípios ou de tratados internacionais.

É de se destacar que os direitos de cada indivíduo, sobre todas as projeções de sua personalidade, já estão protegidos no artigo 1º, III da Constituição Republicana em vigor. Ao se consagrar a Dignidade da Pessoa Humana, tem-se que vida digna implica em se ter, como pressuposto, o respeito a todos os aspectos físicos, psíquicos e intelectuais de cada Ser Humano.

Deste modo, o autor caminha por duas – ou quiçá mais de duas - trilhas: personalidade e dignidade da pessoa humana, tendo ambos a mesma força de conteúdo: respeito aos aspectos físicos, psíquicos e intelectuais de cada ser humano. Aponta o autor, por via transversa, ser a voz um bem da pessoa enquanto direito de personalidade. Mas tal questão será tratada mais adiante. O que se quer, no momento, é verificar como os signos sonoros - e nele incluído voz – são tratados na Constituição Federal, mormente enquanto a possibilidade de registro de sons – e a voz – como elemento capaz da distinção e identificação da pessoa, além da sua qualidade de bem economicamente mensurável.

A primeira menção constitucional acerca da voz humana resta estampada na alínea “a” do inciso XXVII do artigo 5º:

CF/88, art. 5º:

(...)

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

Deste ponto, percebe-se que o legislador constituinte chama a atenção para a proteção que se quis dar a voz e a imagem humanas – percebendo-se, inclusive, que a discussão acerca da autonomia da voz enquanto direito autônomo foi elevada à matéria constitucional -. Daí, pode-se dizer que a doutrina tem dois caminhos a percorrer, e desbravar dois entendimentos no campo da abrangência

das expressões: i) há doutrinadores que defendem que a expressa menção da voz em texto constitucional tem um caráter absoluto no campo da garantia de proteção à reprodução da voz em qualquer situação; ii) mas, para Pascale Leonardi (2013, pág. 85) isto não seria bem verdade, já que tal alusão não traz o direito de voz como direito autônomo e extensível a todos, mas estaria vinculada apenas ao direito autoral e das atividades desportivas, a dizer que se o legislador quisesse proteger o direito de voz, não necessitaria a inserção da parte final “inclusive nas atividades desportivas”. Além do mais, autora interpreta sistematicamente essa alínea, a dizer que se o legislador quisesse proteger a voz enquanto direito de personalidade, não incluiria ao lado de outros incisos destinados ao tratamento de direitos autorais.

Contudo, e mais adiante, Pascale Leonardi faz uma leitura do pensamento de José Afonso da Silva e Celso Ribeiro Bastos, a dizer que esses juristas, ao comentarem esse dispositivo, afirmaram:

Tratar-se de uma novidade instituída na CF/88, para proteção de participantes de telenovelas, artistas, desportistas e locutores, em decorrência de dificuldades enfrentadas por esses profissionais em receberem seus direitos e remuneração decorrentes de transmissões de obras e espetáculos de que haviam participado (PASCALE LEONARDI: 2013, p. 86).

Contudo, não se pode olvidar da regra jurídica experimentada no parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Constitucional, ante a previsão de que os direitos e as garantias expressos na Constituição Federal não são taxativos¹⁴. Assim, entende-se que a autora acima mencionada fez uma análise rasa do instituto, ao interpretar o inciso XXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, apenas se estendendo ao inciso que lhe sucede. Ora, tais incisos são partes integrantes do artigo 5º, que tem a finalidade precípua reger os direitos fundamentais e garantias individuais inerentes aos princípios da liberdade e da igualdade. Portanto, deveria essa interpretação extensiva ser realizada levando-se em consideração todo o artigo 5º ou quiçá todo capítulo constitucional. O *caput* do artigo 5º regra: “... a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” e se lhe complementa A regra com seus incisos e parágrafos. Temos então duas linhas: i) se a voz for entendida como direito autoral, eis que tal

¹⁴ CF/88, Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

complementação estaria ligada à inviolabilidade da propriedade individual e/ou coletiva; ii) se esposarmos a teoria de que a voz integra, de forma autônoma, ao direito da personalidade, eis que este direito – a proteção da voz - estaria ligado à inviolabilidade do direito à vida. Tal discussão merece ser melhor aclarada.

2.3.2. A voz e o direito autoral

Conforme se vê, vários pontos devem ser perseguidos pela doutrina e/ou jurisprudência, no campo da proteção das marcas sonoras e do direito da voz enquanto objetos de mensuração econômica, o que vai aclarar o legislador e o intérprete no campo da hermenêutica e/ou da interpretação jurídica, como forma de suporte na tomada de decisão acerca da registrabilidade e proteção das marcas sonoras e do direito que recai sobre a voz humana. Em diapasão, eis que o intérprete deve decidir acerca da natureza jurídica da voz enquanto marca sonora capaz de individualizar e distinguir o seu emissor. Cuida-se, nesse primeiro momento, analisar a voz no campo do direito autoral.

O primeiro passo é definir o que seja e para que serve propriedade intelectual. Depois, situar esse direito no âmbito constitucional. Carvalho (2013, p. 19-24) se ocupa em dizer que o conceito de propriedade intelectual é difuso, com várias definições, todas vinculadas à suas funções. Assim, a definição de propriedade intelectual passa por três tendências comuns: i) a definição ligada aos seus componentes – diga-se, o objeto -; ii) a definição mediante a uma associação à proteção das ideias; iii) definição associada à invenção e criação. Contudo, esse autor infere uma teoria unificadora, a partir de características comuns, que são: a) a sua natureza intangível e imaterial; ii) a sua capacidade diferenciadora; iii) a possibilidade de serem utilizadas em atividades econômicas, e assim define propriedade intelectual:

É o conjunto de princípios e de regras que disciplinam a aquisição, o uso e a perda dos direitos e de interesses sobre ativos intangíveis diferenciadores, suscetíveis de serem utilizados na produção e circulação competitivas de bens e serviços (CARVALHO, 2013, p. 29).

Em um segundo momento, deve-se conceituar o que seja direito autoral. *Prima facie*, direito autoral é espécie do gênero direito intelectual. Nesse diapasão,

há que se ter a ideia que o direito autoral, por sua vez, abrangia duas vertentes: i) a vertente ligada a um carácter estritamente patrimonial; ii) a vertente ligada ao carácter moral. Aquela vertente tem ligações com a produção humana unida às inovações industriais e tecnológicas, de cunho objetivo, ou seja, ao objeto produzido, deixando ver que a proteção está no objeto criado e não nos direitos devidos a quem o inventou. Nesse passo, o direito autoral, via de regra, recai sobre a empresa patrocinadora da pesquisa e da descoberta, restando em segundo plano o direito daquele que efetivamente descobriu ou produziu algo novo. Já este, a vertente moral, está o direito autoral ligado ao carácter subjetivo, e tem na alça de mira a pessoa que produz. Assim, no primeiro caso, amolda-se o direito sobre as marcas sonoras, que tem carácter estritamente patrimonial; já a voz, que está ligada ao direito de personalidade – assim como a imagem – eis que tem vínculo com o direito autoral moral.

Mas, o problema não é de fácil deslinde, na medida em que há interesses que interferem na produção do direito, seja para regular o direito autoral, seja para proteger o direito do autor. O primeiro problema é diferenciar o direito do autor e o exercício do direito do autor. Autor é o criador intelectual da obra, fruto do espírito criativo; é, a *priore*, o titular de direitos sobre a obra intelectual que produziu, permitindo ao criador, a todo momento, reivindicar essa autoria. Já no campo do exercício do direito de autor, há sempre a possibilidade de cessão¹⁵, demonstrando uma clara diferença entre autor e direito do autor, este se firmando no uso, gozo e fruição da obra produzida por aquele. O mesmo se dá quando a obra é produzida por outrem, v.g. quando a obra intelectual é produzida por empregados e servidores, as denominadas obras encomendadas (ASCENÇÃO, 1980, p. 46-47). A lei 9.610/1998 afirma, em seu artigo 11: “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. Por sua vez, este diploma legal, no seu artigo 14, regula: “É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orchestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua”. Mais adiante, a lei do direito autoral afirma que: “Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe

¹⁵ Nunes (2011, p. 71) informa que a convenção de Berna (art. 6 bis, 2) regula a possibilidade de, mesmos após cessão de direitos, o autor ainda conserva o direito de reivindicar a paternidade ou da obra ou de se opor a mutilações e deformações ou outro tipo de modificação parcial ou total de sua obra, ou que de alguma maneira possa prejudicar a sua honra ou reputação.

de registro”. O direito autoral protege a obra intelectual, a criação do espírito humano, dotada de criatividade e/ou originalidade, tendo realidade incorpórea. O suporte material da obra – meio por onde a criação se materializa – é bem material e deve ser protegido pelo direito de propriedade de bens materiais (NUNES, 2011, p. 69).

Como se vê, direito autoral é espécie do gênero Direito Intelectual, cuja vertente segunda é o direito de propriedade industrial. Por sua vez, há que se perceber que o direito autoral também se bifurca, sendo uma de caráter objetivo, e outro de caráter subjetivo. A objetiva diz respeito ao caráter patrimonial do direito autoral (direito autoral patrimonial, que recai sobre o meio onde se materializa a criação do espírito) e a outra, de caráter subjetivo, que está ligada ao direito autoral moral ou de personalidade, classificado por Nunes (2011, p. 42). (inclusive fazendo referência em nota de rodapé que a influência legislativa deriva de ideais patrimonialistas de revolucionários franceses):

No âmbito legislativo, há preferência pela designação do instituto como uma propriedade, opção esta que não reflete necessariamente o entendimento da doutrina, na qual também frequentes qualificações como: direito especial e autônomo, direito fundamental do homem, monopólio temporário, relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial ou, ainda, uma designação tripartite, que identifica três qualificações (direito autoral de personalidade, direito autoral denominação e direito autoral de exploração) e outra que opta por dizer o que ele não é, negando-lhe a natureza de um direito de propriedade e de um direito personalíssimo.

Assim, repete-se, o direito autoral tem duas vertentes: o direito autoral moral, ligado à pessoa do criador o direito autoral patrimonial, ligado ao caráter de exploração econômica da criação (direito de autoria). Os direitos morais são vínculos que unem o criador à sua obra, como forma de viabilização de defesa de sua personalidade, protegendo no ordenamento jurídico os mais íntimos componentes da estrutura psíquica do autor. Destarte, e no campo das faculdades ligadas ao direito autoral, Nunes (2011, p. 75-79) informa duas possibilidades: i) as faculdades do autor intelectual – do campo do direito autoral moral – divergem daquela do criador do inventor de patente, pois na lei 9.610/98 elenca tais faculdades como: art. 24, Inciso I: (...) assegura ao autor ter o seu nome ligado à obra, para sempre (é direito imprescritível), mesmo se objeto de cessão e/ou caída em domínio público (a autora acima aponta Bruno Jorge Hammes como autor deste pensamento); ii)

faculdades ligadas ao direito autoral patrimonial, e que dizem respeito às modalidades de exploração econômica da obra, cuja previsão é de cunho constitucional (art. 5º inciso XXVII da CF/88) e infraconstitucional (art. 28 e 29 do direito autoral, Lei 9.610/98), assim descritos:

CF/88, art. 5º inciso XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

Lei 9610/98, Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

Percebe-se a distinta vala diferenciadora entre direito autoral moral e direito autoral patrimonial, eis que este se liga a possibilidade de exploração econômica e aquele ao autor, a sua pessoa. Mas tal regramento não é estanque, pois o direito autoral também é vitimado por limites, seja por derivação da indefinição quanto a natureza jurídica do direito autoral, seja porquanto a função social da propriedade prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXIII). No inciso imediatamente anterior, eis que o legislador constitucional aplicou um caráter absoluto ao instituto da propriedade, para, logo a seguir, relativizar tal instituto, causando a ideia de possível conflito principiológico, mais tarde afastado pela doutrina e/ou jurisprudência.

Assim, a doutrina diverge da legislação quanto à natureza jurídica do direito autoral, na medida em que no âmbito legislativo esse direito diz respeito a um instituto ligado à propriedade e a doutrina se inquina em dizer que este direito é natureza especial e autônomo, direito fundamental do homem, monopólio temporário, relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial ou ainda em uma tripartição, a partir das qualificações (direito autoral de personalidade, direito autoral de nomeação e direito autoral de exploração), ou até mesmo como direito personalíssimo (NUNES, 2013, p. 41). Resta apenas analisar o direito autoral como direito de personalidade, para que se possa melhor enquadrar as marcas sonoras e o direito que se recai sobre a voz humana.

Em retrospectiva, há entendimento ter direito autoral, duas vertentes: i) patrimonial; ii) moral, sendo que ambas se ajustam e se completam de forma a tornar o direito autoral um direito especial, e que a doutrina se inquina em dizer que

a vertente moral é a mais importante (dado ao seu carácter pessoal), configurando a base para a teoria que adota a natureza de um direito de personalidade, cujo argumento é de que os direitos morais nascem junto com a obra, enquanto os patrimoniais podem nunca existir ou cabendo ao autor decidir se irá ou não exercê-los (NUNES, 2013, p. 52). De outra banda, Ascensão (1980, p. 71) alerta:

Dizendo-se “direito moral” quer-se significar simplesmente o direito pessoal, por oposição ao direito patrimonial (...) outros falam de direito personalíssimo, para abranger a mesma realidade, mas o superlativo não se justifica, pois dizendo direito pessoal já dizemos tudo.

Aqui se aponta matéria de discussão: direito pessoal e direito de personalidade. Diniz (2010, p. 115-116) afirma que pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, um sujeito de direitos; ligados à pessoa, há a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica de contrair obrigações e adquirir direitos, sendo que personalidade é a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, posto que toda pessoa é dotada de personalidade. Nesse diapasão, Nunes (2012, p. 54) afirma que há uma tendência da doutrina em reconhecer o direito autoral moral como portador da natureza de direito de personalidade, nele se englobando o direito a integridade intelectual. Posto isso, em sendo a voz um atributo eminentemente humano, eis que a utilização desse atributo como forma de diferenciação, deve ser protegida por via de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis. Ou seja, sendo a voz um atributo do direito de personalidade, eis que deva receber uma proteção jurídica.

2.3.3. A voz e o direito de radiodifusão.

De início já se expôs: o direito autoral, seja com a nomenclatura de direito moral ou de direito de personalidade, tem como objeto a proteção da criação enquanto derivação do espírito criativo do autor. O meio, v.g., o livro, que contém em si a criação literária, resta na questão do direito autoral patrimonial. No campo da radiodifusão, isso não é diferente. Vejam-se os entendimentos de Ascensão (1980, p. 162-163):

(...) na radiodifusão, é essencial o processo técnico que se coloca de permeio entre a interpretação da obra e a recepção pelo público (...). Em termos de direito de autor, o que representa a mediação deste processo? Devemos começar por verificar se não temos aqui uma nova categoria de obra literária ou artística, a obra radiodifundida. Aconteceria o mesmo que com a categoria cinematográfica, em que o processo técnico criou uma nova modalidade de obras (...) a radiodifusão é um mero processo de comunicação da obra (...) supomos, pois que a radiodifusão deve ser considerada uma forma autônoma de utilização da obra, caracterizada pelo meio técnico utilizado.

O autor acima esposado, a partir daí, apresenta considerações sobre a recepção da radiodifusão, que é sempre livre, mas o mesmo não se pode dizer sobre as transmissões, posto ser normalmente oneradas, seja por transmissões diretas ou por reproduções realizadas por quem não previamente autorizados. Assim, se alguém grava uma transmissão, v.g. de radiodifusão e, por meio de alto-falantes, retransmite, está a fazer uma nova utilização, atingindo o direito do autor.

Essencialmente o direito de voz, como se deduz da doutrina, ainda que a *priore*, integra o direito de personalidade. E é pelo meio da radiodifusão que a sua utilização é marcante, seja pelo rádio, seja pela televisão. Portanto, é na radiodifusão que a voz e as marcas sonoras como um todo tomam dimensão de importância, dado ao grande valor econômico que representam. Radiodifusão é a transmissão de sons e imagens, via sinais codificados, e pela lei tem o seguinte conceito:

Lei nº 4.117/1962:

Art. 4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.

É de se ver que as imagens e os sons são elementos importantes na radiodifusão, seja em se tratando de transmissão via Rádio (AM/FM), seja na transmissão por meio da radiodifusão televisiva. E cada vez mais pessoas são identificadas pelos receptores desses sinais a partir da imagem e da voz. E qual a importância de se proteger, via registro nos órgãos, a voz como elemento distintivo e diferenciador e capaz de valor comercial e detentor da proteção legal? Vejamos dois casos recentes, que bem ilustram esses questionamentos: i) no dia 13 de dezembro

de 2013¹⁶ o cantor Bell ao anunciar a sua saída do Grupo Chiclete com Banana, afirmou que:

Será um show muito especial; vamos recordar os grandes sucessos que marcaram a carreira do grupo com a minha voz e quero contar com todos os chicleteiros de Sergipe que acompanham o nosso trabalho", convida o cantor.

Músicas como 'Diga que Valeu', 'Não vou Chorar', '100% Você', 'Cara Caramba', 'Cabelo Duro é Assim', 'Chicleteiro Eu, Chicleteira Ela', 'Cabelo Raspado' e 'Nana Banana' são alguns dos sucessos do grupo, que ficaram famosas na voz de Bell.

Nesse trilhar, o cantor exorta a sua voz e a confunde com o próprio grupo do Chiclete com Banana; contudo legislação pátria não permite a registrabilidade da voz daquele cantor como um marco diferenciador de sua atuação como cantor famoso do grupo do Axé Music baiano; ii) o segundo caso aconteceu em 2005 com o locutor telejornalista Cid Moreira, da Rede Globo, que ajuizou ação judicial indenizatória em face da TV Record em litisconsórcio com a apresentadora Eliana Michaelichen Bezerra, por violação da imagem e voz. Consta dos autos que aquela apresentadora teria colocado no ar, em seu programa dominical, um boneco com a imagem e voz do Cid Moreira, inclusive pronunciando palavras sem sentido e/ou de baixo calão. O apresentador global obteve sentença de procedência de mérito, com trânsito em julgado, impondo aos requeridos o dever de indenizar pelos danos à imagem e voz do requerente¹⁷. O Judiciário entendeu que da imagem do locutor global, construída ao longo do tempo foi violada, a cuja exposição feria a sua imagem, eis que também se utilizava da sua voz, violando tal direito, na medida em que Cid Moreira utilizava a sua voz para gravações de passagens bíblicas. Assim, eis que a jurisprudência dava sinais acerca da proteção que o direito brasileiro deve (rá) destinar ao direito que recai sobre o uso da voz enquanto elemento de valor econômico.

¹⁶ Entrevista concedida pelo cantor do Chiclete com Banana à TV Sergipe em 13 de dezembro de 2013 e publicado: <http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2013/12/bell-marques-faz-convite-para-show-em-clima-de-despedida-em-aracaju.html>. Acessado em 13.12.2013 às 15h39min.

¹⁷ TJSP: 41ª vara cível central. Processo n.º: 0211855-13.2005.8.26.0100 (583.00.2005.211855).

2.3.4. A voz no Código Civil Brasileiro. A voz e os direitos da personalidade.

Há de se ter em mente que o direito personalidade no âmbito civilista tem em sua base o ser racional, que se desdobra em conceitos próprios e individualizados. Assim, tem-se que o ser, enquanto humano, é a pessoa natural, é o ser de existência visível, (ainda que os entes criados pelo espírito humano também seja natural, v.g. pessoas jurídicas) e é classificado em ser de existência real e ser de existência ideal - o que desnatura o homem ao reduzi-lo apenas ao aspecto material -, sem considerar as qualidades que lhe são inerentes, tais como moral e espírito, caracteres que integram a sua personalidade (DINIZ, 2010, p. 148). No segundo aspecto tem-se a condição de racional, que o Código Civil, logo nos seus primeiros artigos, o trata como discernimento, caráter subjetivo que, ao ser violado ou suprimido da vontade do agente, contamina o negócio jurídico e é capaz de retirar ou mitigar a capacidade jurídica, seja no seu aspecto psicológico (de cunho absoluto, tais como enfermidade ou deficiência mental, falta de capacidade para exprimir a vontade, ou de cunho relativo ou de capacidade mental relativa – grupo formado pelos ébrios, viciados em tóxicos, os pródigos) e sob o aspecto cronológico – os menores de 16 anos -. O código Civil, no seu inicial regulatório, também diploma que toda pessoa é capaz de adquirir direitos e obrigações (art. 1º) e que a personalidade civil da pessoa começa com nascimento com vida, mas que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2º). Contudo, o Código Civil não se encarrega em conceituar o que seja pessoa ou o que seja personalidade, estando esse ofício a cargo dos doutrinadores. Pessoa tem a ver com ente, com a sua materialidade, com a condição de sujeito de direitos e obrigações, sendo que a descrição do sujeito de direito não se vincula à descrição desses direitos e dessas obrigações, mas que às suas expressões - dos direitos e obrigações - integram o conceito de pessoa. Assim, e em uma leitura mais *a priori* do pensamento kelseniano, eis que pessoa nada mais é que uma construção da ciência do Direito, subdividido em direito objetivo e direito subjetivo (DINIZ: 2010, p. 116).

O Código Civil Português regula as pessoas singulares e as pessoas coletivas (substituindo os termos pessoa física e pessoa jurídica) aqueles em seu artigo 66, nº

1, a dizer que a pessoa, no sentido jurídico, adquire personalidade no momento do nascimento completo com vida, uma vez que:

A personalidade adquire-se, pura e simplesmente, pelo nascimento. Isto é – para a concepção de hoje – perfeitamente natural, uma vez que as pessoas singulares possuem personalidade, aparecem como pessoas no sentido jurídico, exatamente em virtude do facto de já serem pessoas no sentido ético. O direito positivo limita-se a aceitar tal facto. Na medida em que o art. 66 nº 1 aceita a personalidade, perfeita e indivisiva, de toda a pessoa humana, reconhece a garante simultaneamente a condição elementar de igualdade e dignidade da mesma (HÖRSTER, 2009, pág. 293-294).

E continua o doutrinador lusitano:

No domínio do direito privado, o âmbito da personalidade é igual para todos os homens. Cada um é susceptível de ser titular de todos os direitos privados que existem dentro da ordem jurídica privada ou que venham a ser admitida por ela. São as consequências do princípio fundamental da igualdade jurídica que norteia todo o direito privado, estabelecendo para todos igual capacidade (HÖRSTER, 2009, pág. 294).

Proteger o direito da personalidade é também proteger a pessoa, e tem natureza absoluta como direito de exclusão, oponíveis a todos – sendo, neste aspecto, parecidos com os direitos familiares pessoais – e emanam da própria pessoa cuja proteção visa garantir. A proteção assim garantida abrange o homem naquilo que ele é e não naquilo que ele tem (HÖRSTER, 2009, p. 257). E o autor lusitano busca em Campelo de Souza a definição geral ou a noção de direito de personalidade:

Os direitos de personalidade como direitos subjectivos, privados, absolutos, gerais, extrapatrimoniais, inatos, perpétuos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis, tendo por objeto os bens e as manifestações interiores da pessoa humana, visando tutelar a integridade e o desenvolvimento físico e moral dos indivíduos e obrigando a todos os sujeitos de direito a absterem-se de praticar ou deixar de praticar actos que ilicitamente ofendem ou ameaçam ofender a personalidade alheia sem o que incorrerão responsabilidade civil e/ou às providencias cíveis adequadas as evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida (HÖRSTER, 2009, pág.258).

O que se tem em jogo é que não há direito sem pessoas. Contudo, há no Direito Civil uma mácula trazida pela construção teórica do direito da personalidade, experimentada em Siqueira (2015, p. 02), assim definida: “Começo por dizer que, em períodos antigos – Grécia e Roma -, o direito de personalidade estava ligado na

questão patrimonial, relações familiares e no pátrio poder, portanto, era analisado por caracteres estritamente objetivos.”

Foi somente na idade média, com a ideologia católico-cristã, que se firmaram os aspectos subjetivos, contudo voltados à ideologia religiosa, com superação das características mitológicas greco-romana. Siqueira (2015, p. 12) informa que os primeiros textos jurídicos a reger o direito da personalidade, foram a Lei Romana de 18 de março de 1895, seguida, em 1900, pelo o Código alemão, que diplomava o direito ao nome. Nessa esteira, afirma o autor, que, em 1907, o Código Civil Suíço, também passou a regular a preservação do nome, agora como atributo da personalidade humana. Na sequência:

A partir da vigência do Código Civil Italiano, em 1942 confere-se nova ênfase aos Direitos da Personalidade [46]. Em seis artigos do livro I, o diploma em comento cuida delle persone e della famiglia. Regulamenta, com isto, vários aspectos da personalidade, a saber: direito ao próprio corpo (art. 5º), direito ao nome (art. 6º) e sua tutela (art. 7º), sua tutela por razões familiares (art. 8º), direito ao pseudônimo [47] [48] (art. 9º) e direito à imagem, registrado no artigo 10. Nos últimos tempos, nova etapa tem sido desenhada no que concerne aos Direitos da Personalidade. Trata-se da tutela específica destes direitos, que tem sido feita em capítulo próprio. Nesta direção caminharam o Código Português de 1966 e o Código Civil brasileiro em vigor Siqueira (2015, págs. 12-13).

Tais acepções foram corroboradas por Lacerda (2009, p. 01), a afirmar:

A construção dos direitos da personalidade humana vem sendo influenciada através dos séculos por vários pensamentos doutrinários e filosóficos. Ora com maior ênfase, ora com mais vagar. Dentre todos, pode-se destacar o Cristianismo, pelo fato de ter estabelecido a ideia de dignidade humana; a Escola de Direito Natural, que propagou a concepção da existência de direitos inatos à natureza humana e anteriores à formação de um Estado político organizado e a um ordenamento jurídico positivo; e, na modernidade, os filósofos do Iluminismo, que valorizavam o indivíduo em face do Estado.

Ao fazer uma breve análise da historicidade dos direitos da personalidade, depara-se com a recente deferência que é dada a pessoa humana, pelos ordenamentos jurídicos, como um valor universal, cuja reconhecimento foi diretamente impulsionada pela doutrina cristã – que vislumbrava o ser humano como um sujeito favorecido com o dote do livre-arbítrio e proeminente em relação à coletividade social – bem como pelas declarações de direitos do final do século XVIII. Estas, aliás, compreendiam prerrogativas jurídicas atribuídas ao indivíduo que, em princípio, tinham por incumbência tutelá-lo face ao ente estatal e, posteriormente, fundamentar um Estado burguês, garantindo-se a todos, por exemplo, a liberdade e o direito à propriedade privada (Lacerda, 2009, pág.02).

Portanto, a personalidade já está estampada, restando se averiguar, hodiernamente, quais os direitos e as obrigações a ela ligados, já que a cada direito vislumbra-se uma obrigação que se lhe opõe – afetos à personalidade -. Assim, tendo Limongi-França como norte, Diniz (2010, p. 124-125) discorre sobre a existência da estrutura das especificações e a classificação dos direitos da personalidade. Vê-se que tais disposições encontram albergue no que diz respeito ao exercício do direito e das garantias, nisto se observando aspectos fundamentais desses direitos: i) ligados aos direitos de integridade física, que passam por direito: a) à vida, concepção e descendência, nascimento, aleitamento, planejamento familiar, proteção ao menor, alimentação, habitação, educação, trabalho, transporte, segurança, saúde, meio ambiente, desenvolvimento profissional, liberdade, velhice digna; b) do direito ao corpo vivo: uso do corpo para sua reprodução, uso do corpo para procriação alheia, transfusão, cessão gratuita ou onerosa de órgãos e sangue, experiências científicas, transexualismo, dentre outros direitos; c) direito do corpo morto: sepultamento e cremação, experiências científicas, transplantes, culto religioso; ii) Ligados à integridade intelectual: liberdade de pensamento, liberdade do autor, do inventor, do esportista, de participante de espetáculo público; e, iii) ligados à integridade moral: liberdade civil, política e religiosa, segurança moral, pessoal, doméstico, profissional, político e religioso, identidade pessoal, familiar e social (profissional, política e religiosa), identidade sexual, nome, título, pseudônimo.

Já no campo das garantias, o que se observa é o direito de defesa desses direitos de personalidade, levando ao Estado não mais o dever de se afastar, mas sim de assegurar a existência de meios e instrumentos capazes de garantir o exercício desses direitos e de possibilitar a sua inviolabilidade, suficientes para impor que terceiros se abstenham da prática de um agir capaz de limitar, mitigar ou impedir o exercício desses direitos. Destarte, os instrumentos que o Estado lança mão para garantir o exercício dos direitos afetos à personalidade são, senão, o poder e o aparato coercitivo Estatal e a legislação. Nesse diapasão, eis que o Estado legisla no intuito de limitar o exercício desses direitos, por parte de seus legítimos detentores - a pesar de os direitos ligados à personalidade possuírem caráter absoluto, o seu exercício pode ser limitado pela lei – assim como coibir a interferência ilícita de terceiro. Ainda assim, a autora afirma que o Código Civil é incipiente na proteção desses direitos, embora o objeto primordial esteja a cargo da

proteção constitucional, levando a autora a acreditar que o desenvolvimento dessa proteção fique a cargo da jurisprudência e de normas especiais.

No que interessa, eis que há de se debruçar acerca do direito à imagem e os direitos a ele conexos (já que, e *a priori*, para alguns autores a voz integra a imagem, sendo este, por sua vez, parte integrante da personalidade), seja para proteção do detentor desses direitos, como também da proteção dos interesses do cônjuge, dos ascendentes e dos descendentes. Nesse trilhar, dispõe o Código Civil, em seu artigo 20:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Nesse ínterim, eis que Vendruscolo (2008, p. 101) apresenta, dentre outras, duas teorias ligadas ao direito de imagem: i) a que vincula a tutela da imagem ao direito patrimonial; ii) e a que vincula a tutela da imagem ao direito ao direito autoral. Começa por dizer que, no aspecto da primeira teoria:

Para a teoria que submete a imagem ao patrimônio moral do titular, vigora o entendimento de que todos possuem um patrimônio juridicamente protegido (patrimonial e moral). Considerando que a imagem está inserida e integra a esfera moral do indivíduo, ela se inclui neste patrimônio moral, mas não de forma autônoma. Neste aspecto, a imagem somente seria protegida porque "faz parte do patrimônio moral da pessoa, e por isso, requer proteção jurídica. O direito à imagem seria protegido porque, assim como o patrimônio material, o patrimônio moral requer proteção".

Esta teoria realiza o paralelo entre o patrimônio patrimonial e o moral; se o patrimônio "é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico", seria, portanto, viável imaginar o conjunto de bens que não seriam passíveis de avaliação monetária, os quais integrariam o chamado 'patrimônio moral' do indivíduo, inserindo-se nesta categoria o direito à imagem. Neste mesmo sentido: "Entende a teoria de patrimônio moral que a imagem é bem jurídico que se situa na área moral da personalidade, não na material. É parte do patrimônio moral".

Na segunda teoria, que vincula a tutela da imagem ao direito ao direito autoral, esse autor afirma:

Teoria que vincula a tutela da imagem ao direito autoral A teoria que protege o ius imaginis apenas e tão-somente como um reflexo do direito

autoral estabelece analogia entre a proteção que deve ser conferida à imagem e a proteção que deve ser conferida ao direito autoral, reduzindo, de certa forma, a imagem como um direito da mesma grandeza que teria um retrato, uma pintura, escultura etc. Silma Berti, citando Ravanis, assevera que para os defensores desta posição doutrinária "a pessoa teria sobre os traços de sua fisionomia os mesmos direitos que tem o autor sobre a chamada obra do espírito, ou seja, um direito moral também qualificado de *propriété idéal*".

Notório os entendimentos e desencontros doutrinários acerca da natureza da imagem, que para uns integram o direito autoral patrimonial, e outros o direito autoral moral, cujo encerrar é saber se a voz integra ou não o direito de imagem ou tem natureza autônoma, o que tentar-se-á desvendar mais adiante. Por enquanto, há de se falar dos meios Jurídicos de tutela dos direitos da personalidade.

Destarte, eis que Vendruscolo (2008, p. 146) afirma que a tutela dos direitos de imagem – que por consequência protege também outros direitos ligados a personalidade – tem duas naturezas: i) tutela reparadora; ii) tutela preventiva. No primeiro, é a proteção *a posteriore*, quando há lesão ou dano ao patrimônio juridicamente protegido, esgotando-se em duas possibilidades: restauração ao *status quo ante* e reparação civil, resolução experimentada pela indenização e/ou perdas e danos. Nesse âmbito também se opera a legítima defesa, que tem por fim eliminar a possibilidade da ocorrência concreta do dano. Já a tutela preventiva, por sua vez, tem a finalidade da proteção patrimonial, escopo impedir que os danos aos direitos de personalidade se esgotem em reparação civil. Assim, a proteção tem o condão de evitar o dano, eliminando a ameaça de sua ocorrência. Assim, os meios processuais a disposição do Estado-juiz será a concessão da tutela específica, via liminar, antecipatória do direito a ser protegido ou de antecipação de tutela protetiva ou tutela inibitória. O ordenamento jurídico brasileiro concebe outras formas de tutela preventiva, como, por exemplo, o interdito proibitório, nunciação de obra nova e ação cominatória, previstos nos artigos 932, 936 e 287 do CPC - Código de Processo Civil respectivamente, o art. 1. da Lei n. 1.533/51 (Mandado de Segurança), também no art. 5, LXIX da Constituição Federal, que poderá ser invocado na proteção ao direito à imagem, se o agente que poderá vir a causar a lesão seja autoridade pública, além do Habeas Corpus previsto no art. 5. , LXVIII da Constituição Federal.

Perlingieri (2002, p. 164) aponta a ação enérgica do Estado como instrumento de proteção do direito de personalidade, exaurindo-se não apenas em proibições através da legislação, e sim com a sua intervenção direta, e sempre sob a alegação de se proteger os interesses do detentor do direito. Isto posto, a intervenção do Estado deve ser usada, mas sempre para proteger e reconduzir à reconstrução e ao desenvolvimento da personalidade afetada por essa intervenção. Eis que ele desenvolve o Direito moral do autor (PERLINGIERI, 2002, p. 181), a dizer que não se está falando da obra, mas sim da situação pessoal à tutela da paternidade e da integridade da obra, a proteger a sua patrimonialidade até mesmo pós-morte, protegendo os familiares próximos. E continua o festejado doutrinador:

Tutela da imagem, solidariedade familiar e direitos do indivíduo. – em tema de tutela de direito de imagem (art. 10 Cód. Civ.; at. 97, § 1º, lei nº 663 de 22 de abril de 1941) ou do retrato (art. 96, lei 663 de 1941) a noção de família é bem limitada. A autoridade judiciária poderá ordenar a cessação do abuso, o valor do ressarcimento e qualquer outra disposição, a pedido do interessado. (art. 10 do Cód. Civ.) (PERLINGIERI, 2002, pág. 183).

Mas, onde se enquadra o direito havido por derivação do uso da voz? É um direito ligado a que tipo de integridade: física, psicológica ou moral? A princípio, tem-se por obrigação o desvelar da voz em um olhar através do âmbito jurídico conhecido com direito de personalidade e os efeitos dele decorrente. Ao adquirir direitos e/ou assumir obrigações, avista-se que a legislação civilista pátria dedica exclusividade àqueles susceptíveis de apreciação econômica, a que se denomina patrimônio, como consequência da projeção econômica da personalidade e subdividida em direitos reais (patrimônio de caráter objetivo) e direitos pessoais (patrimônio de caráter subjetivo, inerente à personalidade, tais como imagem, dignidade, honra), ligados tanto à pessoa física como à pessoa Jurídica (DINIZ, 2010, p.116). E a voz é produção estritamente humana, de caráter físico, capaz de identificar cada pessoa, seja no campo da individualidade, seja campo profissional, isto posto ligada ao direito de personalidade, e por isso detentora do direito à proteção legal.

Nesse trilhar caminha Pascale Leonardi ao estudar o reconhecimento da voz como atributo da personalidade. Afirma que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece, na voz, um bem jurídico tutelável, seja apenas como meio de expressão da ideia, seja pelo caráter artístico ou como meio de trabalho. Deste modo, para

essa autora, o conceito jurídico de personalidade liga-se ao conjunto de qualidades intrínseco à pessoa e, entre esses caracteres, inclui-se a voz, dado a relação complexa entre ela e a pessoa, com influências mútuas, seja no campo físico como no psicológico e social. Nessa seara, a autora afirma que a voz já foi objeto de prova em processos com força para condenar ou absolver ilícitos cíveis e/ou criminais, baseando-se o julgador em fundamentos de identificação pela voz. Estes são os primeiros indícios que de legislação reconhece a voz como objeto do direito de personalidade. Doutrinadores afirmam que a voz está ligada ao direito de personalidade, mas pouco se esforçam para ligá-la a outros direitos da personalidade, principalmente voz e imagem (PASCALE LEONARDI, 2013, p. 94-95).

Há autores que se debruçam no estudo da voz no âmbito do direito autoral, obrigando-se a mencionar os intérpretes, o ator de rádio, o ator fonográfico, o dublador, o declamador, o narrador, o cantor, o radialista, como principais destinatários dessa norma, que, ao discorrer sobre cada categoria profissional, eis que há uma relação entre a voz e a personalidade do intérprete, afirma Pascale Leonardi, (fazendo alusão a Walter Moraes como autor dessa afirmação). Assim e no campo do direito autoral, não há hesitação dos tribunais em tutelar o direito de artistas e intérpretes. Várias foram as decisões tutelando tais direitos, tais como: i) o caso da Globovídeo e o dublador André Pereira de Souza, qual tinha assinado contrato de exclusividade com a empresa Herbert Richers S.A., ação tramitada no TJRJ; II) o caso da dubladora e intérprete musical Cibelle Ribeiro de Sá Freire e a Abril Vídeo da Amazônia S.A. cujo objeto da ação foi a reprodução de filmes em fitas VHS onde a artista fazia o papel de Branca de Neve, ação que tramitou no TJSP (PASCALE LEONARDI: 2013, p. 95-97).

Tormentoso é saber em que aspecto do direito de personalidade se inclui a voz. Nesse sentido, há um grupo restrito de autores que incluem a voz no âmbito do direito de identidade pessoal, tendo como base a aparência física na voz da pessoa. A sua grande maioria de doutrinadores entendem que o direito do autor está inserido no direito de imagem, e que afirmam que a imagem tem como conteúdo as formas, a voz e os gestos das pessoas, sendo que a imagem integra a identidade pessoal, nela subentendida a voz. Não há violação da imagem, enquanto a imitação da voz, sem que ela esteja ligada a identidade. Outros doutrinadores informam que a

imagem não se limita apenas aos aspectos visuais da pessoa, a partir da teoria da imagem dinâmica da voz e dos gestos, capaz de traduzir o sujeito em formas sensíveis, como um componente físico ou intelectual capaz de identificar a pessoa (PASCALE LEONARDI: 2013, p. 99-100).

Atualmente a doutrina se esforçava para dar autonomia ao direito de voz, enquanto direito ligado à personalidade, com a finalidade o seu desmembramento do direito de imagem, apesar da inexistência de dispositivos legais expressos, levando dúvidas da real existência de um direito de voz. A base dos doutrinadores entende que imagem e voz são elementos diferentes ligados à personalidade pela seguinte análise: o nascituro tem direitos ligados à personalidade, da seguinte forma: Código Civil de 2002, em seu artigo. 2º, regula que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Portanto, como a imagem integra direitos da personalidade, eis que o direito a proteção da imagem integra o patrimônio subjetivo do indivíduo no ato do nascer. Mas o ecoar da voz, não existirá sem que haja respiração, e, deste modo não há que se falar em voz do nascituro. Além disso, a desvinculação da imagem com a voz humana pode ocorrer tanto no claro como no escuro. Outra diferença é a maleabilidade, posto que a voz possa ser alterada e/ou sofrer variações, e a imagem não pode. Nesse ponto, Pascale Leonardi cita o caso da cantora Susan Boyle, que participou de um concurso televisivo na Inglaterra. Ela foi vista com desdém e até ridicularizada por causa da sua imagem física. A coisa mudou de figura quando ela iniciou a sua apresentação, deixando a plateia e os jurados encantados com a sua voz (PASCALE LEONARDI, 2013, p. 105-107).

Destarte, há que se render aos entendimentos de doutrinadores da estirpe de Maria Helena Diniz, que informa a existência de um direito da voz ao lado do direito de imagem, ou Antônio Carlos Morato, a dizer que a “voz integra a personalidade na medida em que ela constitui um veículo que possibilita à pessoa relacionar-se no meio social”, destacando a autonomia como característica de considerável interesse do direito de voz. Carboni afirma que, no tratamento de obras de multimídia, é obrigatória a autorização expressa, para que sejam utilizadas vozes de pessoas (Pascale Leonardi: 2013, p. 108).

Quanto a sua natureza jurídica e de conteúdo, pode se dizer que a voz é um atributo da personalidade, ao que Pascale Leonardi (2013, p. 111-113) afirma que a maioria dos doutrinadores nacionais e estrangeiros entende que os direitos de personalidade são de natureza subjetiva e referem-se aos atributos pessoais de cada indivíduo, apontando um pensamento da lavra de Godofredo Teles Junior: “o direito de personalidade é o direito subjetivo da pessoa de defender o que lhe é estritamente próprio”, completando o pensamento:

Sendo a voz uma projeção da pessoa, atributo inerente, característico e identificador, não há como negar ser a voz um bem essencialmente integrante da personalidade da pessoa, que pode ser defendido como algo que é estritamente seu.

Ademais, considerando que é produzida por meio do trabalho autônomo de diversos órgãos do corpo humano, e que, na falta de algum deles (como as cordas vocais ou a laringe), há impossibilidade de emissão vocal, entendemos ser a voz precipuamente um componente da personalidade da pessoa. Acreditamos ainda que a voz tem um componente moral e intelectual, dada a comprovada influência das condições socioeducacionais e psicológico-emocionais em sua produção.

Enquanto conteúdo, essa autora afirma ser o direito de voz consistente no direito que a pessoa tem sobre o som de sua voz e representa o vínculo entre a pessoa e o atributo de sua personalidade. Em outras palavras, é a proibição da utilização (gravação, armazenamento, reprodução e divulgação) da voz alheia sem o consentimento do emissor, garantindo inclusive a possibilidade de se arrepender de autorização porventura concedida, podendo revogá-la, ainda que se responsabilize por eventuais prejuízos causados a terceiros (PASCALE LEONARDI 2013, p. 114).

É de suma importância a discussão sobre a natureza do direito de voz para a formação de uma estrutura jurídica acerca da matéria. Importante também é o desvelar da formação histórico-evolutiva desse direito, enquanto integrante do direito de personalidade, inclusive a discussão doutrinária e/ou jurisprudencial acerca de ser ou não a voz um direito autônomo ou integrante do direito de imagem. Assim, e conforme se avista das alterações impostas ao Código Civil Brasileiro, mormente a inclusão do artigo 980-A por força da lei da EIRELI (Lei nº 12.441/2011) a dispor que:

Código Civil, art. 980-A:

(...)

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência).

Para o assunto até então aqui discutido, há de se ver que este parágrafo quinto traz a informação que: i) o legislador não tratou do direito de personalidade e sim do caráter patrimonial do direito autoral - exercício do direito de autor -; ii) contudo, aparta o direito de voz dos direitos de marca e de imagem. Para a legislação civil vigente, a voz, com a lei da EIRELI, passou a ser juridicamente reconhecido como direito autônomo. Nota-se que a matéria ainda não é pacífica, mormente carece de uma construção doutrinária, cuja base será um trabalho da hermenêutica jurídica e da correta aplicação dos sistemas interpretativos. Desse ponto, segue-se a indagação: Ao regular a voz como bem de valor econômico capaz de ser objeto de cessão como direito patrimonial do autor, estaria o legislador ali inserindo a proteção das marcas sonoras, já que a voz é um elemento sonoro distintivo e perceptível, aqui se aplicando uma interpretação extensiva e/ou teleológica, ante a inovação tecnológica capaz de gravar a voz como substrato plausível de substituição da interpretação literal que o INPI tem dado ao artigo 122 da lei 9.279/96? De outra banda, poder-se-ia dizer que a voz – e por consequência a marca sonora – como elemento constitutivo da dignidade humana ou que a voz poder ser considerado um direito fundamental? Pois bem, é o que será investigado.

2. 4. Marcas sonoras, voz, dignidade da pessoa humana e direito fundamental.

O que se indaga é se a voz, enquanto elemento constitutivo – quiçá espécie do gênero – das marcas sonoras, se insere no campo da dignidade da pessoa humana e se é um direito fundamental. Nos primórdios, a questão humana era ligada a questão das posses, das qualidades físicas e feitos heroicos, não se inserindo nesse conceito os pobres, mulheres e escravos. Era um humanismo cidadão (com elemento constitutivo o individualismo representativo da classe do

pater famílias). No humanismo cristão, em fases iniciais, tinha o homem como substituto do cidadão, para depois voltar-se para Deus como o centro das coisas (humanismo teocêntrico, cujo elemento constitutivo era o coletivo a partir da condição de solidariedade e de fraternidade cristã). A era do iluminismo, obteve-se o humanismo antropocêntrico, onde o homem era o centro das coisas (tendo como elemento constitutivo o individualismo e o cientificismo). Hodiernamente, prega-se o humanismo integral (Humanismo integral é o nome de um livro de Jacques Maritains publicado em Paris em 1936), sob o nome original de Humanisme intégral por Fernand Aubier (foi publicado em espanhol neste mesmo ano por "Ediciones Carlos Lohlé", em Buenos Aires). Esta obra teve grande repercussão nos meios cristãos, notadamente os católicos (SAYEG e BALERA, 2011, p. 83). E o que deva ser direitos humanos? Primordialmente, Arendt (2005) trabalha a questão da condição humana, seja no campo da esfera pública ou privada, analisando o homem enquanto capaz de laborar, trabalhar e agir. Portanto, *prima facie*, é analisar a questão do humano. Basta-se-lhe a condição de humano, para que seja detentor de direitos. Hodiernamente, então, não é o ser enquanto condição social, econômica, biológica (enquanto homem) que se traduz a capacidade de se ter direito: a prerrogativa é ser humano (que Sayeg denomina como humanismo antropofílico). É a partir daqui se diapasa para o campo abstrato geral da possibilidade de aplicação de fundamentos e conceitos abertos e amplos da dignidade da pessoa humana como elemento constitutivo dos princípios fundamentais constitucionais no domínio econômico. É a possibilidade da propriedade se harmonizar com a busca da dignidade.

Dignidade da pessoa humana, portanto, deriva de uma construção filosófica – ou quiçá de cunho ideológico – derivada de processos evolutivos que se dera ao longo da existência da humanidade. Épocas de crises e de atentados contra a humanidade deram espaço para a ocorrência dessas construções. De se ver que o elemento que sempre permeou – e sempre permeia - essas crises é, sem dúvidas, a propriedade, como elemento capaz de desigualar os homens (ROUSSEAU, 2008) e de torná-lo capaz de aviltar-se, culminando no desejo de dominar-se uns aos outros (MAUSS, 1994). O fundamentalismo cristão foi capaz de, pelos processos inquisitórios, dar a sua contribuição aos processos de exclusão social. A modernidade, com o cientificismo e descobertas, navegações e processos de

colonizações, deram azo à escravidão de outros povos (índios, africanos, orientais). Na Revolução Francesa, protegeu-se a propriedade dos nobres, voltou-se contra o patrimônio da Igreja, retirou-lhe a participação social (a Igreja Católica, nos medievos, era responsável por toda a vida social do povo, proporcionando educação religiosa e desenvolvendo o que hoje se denomina de serviço social)¹⁸. Mas, o fato histórico que alicerçou de vez a busca pela efetividade dos direitos humanos, a ponto de exigir a sua positivação em textos jurídicos (transformando direitos humanos em direitos fundamentais) foi, sem dúvida, o holocausto, talvez por ter ocorrido nos “quintais” do povo europeu. O branco europeu, destarte, aviltou-se.

O que se percebia em cada uma dessas fases negras da história da humanidade era a ocorrência de dois lados: i) o retrocesso do homem ao seu estado primário, do estágio animal, onde os mais fortes dominam os mais fracos, subjugando-os pela força e lançando-os ao estado de seres menores e; ii) oportunizava-se a reviravolta, com construções ideológicas voltadas para o futuro, rechaçando-se as mazelas até então produzidas e se preparando para novos tempos. Assim, as mazelas do iluminismo e da Revolução Francesa permitiram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, que tinha o seguinte preâmbulo:

Les représentants du peuple français , réunis à l'Assemblée nationale, considérant que l'ignorance , l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements , ont décidé de déclarer solennellement les droits naturels , inaliénables et sacrés l'homme , afin que cette déclaration , toujours présent dans tous les membres du corps , rappelez-vous de façon permanente leurs droits et devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif et le pouvoir exécutif , et peuvent être à tout moment comparés avec le but de toute institution politique , sont donc plus respectés; afin que les réclamations des citoyens , désormais fondées sur des principes simples et incontestables , conduire toujours dans la conservation de la Constitution et au bonheur general.¹⁹

¹⁸ Fonte: A última ao Cadafalso, Gertrud von le Fort, Quadrante. <http://www.pastoralis.com.br/pastoralis/html/modules/smartsection/item.php?itemid=123>. Acessado em 21.02.2015.

¹⁹ Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, decidiram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lembre-se permanentemente seus direitos e deveres; de modo que os atos do legislativo e do executivo, e pode ser a qualquer momento comparados com o objetivo de qualquer instituição política, sejam mais respeitados; de modo que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas, em princípios simples e incontestáveis, conduzir sempre na preservação da Constituição ea felicidade geral.

Perceptível que há uma preocupação dos franceses, nesse preâmbulo, de designar que a ignorância, o esquecimento e o desprezo pelos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, entendendo que tais direitos são sagrados e inalienáveis, devendo isso ser lembrado por todo o corpo social. E as mazelas do holocausto deram azo à Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e que tem, em seu primeiro artigo: “Artigo 1 - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

A carta da Revolução francesa dá sinais do humanismo antropológico e de animal capaz de viver em sociedade, experimentado a partir do seu primeiro artigo, o qual afirma que os homens são livres e iguais em direitos e cuja distinção social só pode ocorrer quando se avistar uma utilidade comum (sinais do humanismo antropocêntrico). Já a Declaração da ONU vai mais além, vai aos elementos de dignidade, da razão e do espírito de fraternidade. Eis o aparecimento do terceiro elemento principiológico que acompanha a ideologia moderna e porque não dizer contemporânea: a fraternidade superposicionando-se aos da liberdade (liberalismo econômico) e da igualdade (estado do bem-estar social). Nesse diapasão, Brito (2003, p. 218) leciona que “Não por coincidência, a fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da liberdade, de um lado, e, de outro, da igualdade”. E a partir da influência político-institucional da ONU, a dignidade da pessoa humana foi inserida nas cartas jurídicas dos Estados Constitucionais a ela integrantes.

No sistema jurídico brasileiro, se costuma dizer que a dignidade da pessoa humana se apresenta de algumas formas: i) como princípio sensível, que se espraia por toda a Carta Constitucional ou quiçá por todo o sistema jurídico – levando-se em conta a teoria da constitucionalização do Direito -; ii) ou como regra normativa positivada; iii) como regra programática e; iv) como regra de aplicação imediata. Assim, pode-se notar a dignidade da pessoa humana como regra programática no preâmbulo (se se levar em consideração que o preâmbulo tem força normativa) e está cabalmente positivada nos artigos 1º (como fundamento do Estado Brasileiro), no §7º do artigo 226 e dos artigos 227 e 230 (proteção família, da criança, do adolescente e do idoso). É sensível no artigo 4º, e se transforma em direitos

fundamentais a partir do artigo 5º. E é aqui que se busca a fundamentação jurídica para que se aviste a condição dos direitos humanos e/ou de direitos fundamentais no direito das marcas sonoras e do direito que recai sobre a voz. Portanto, deve ser analisados os artigos 5º e artigo 170 da CF/88.

O artigo 5º diz respeito aos direitos individuais ligados e de proteção às liberdades individuais capazes de proteger a dignidade da pessoa humana (título II - dos direitos e garantias fundamentais, capítulo I - dos direitos e deveres individuais e coletivos da Carta Magna). O *caput* desse artigo dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Composto na sequência tem-se que esse artigo 5º possui 78 incisos e 04 parágrafos, eis aqueles que se ligam ao direito das marcas sonoras e voz: os incisos XXVII e XXVIII e suas alíneas.

Eis o que neles estão dispostos:

Art. 5º (...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Percebe-se que o legislador constituinte inseriu a voz humana como elemento de proteção no capítulo destinado aos direitos fundamentais (positivando tal direito como direitos humanos), deixando claro que tal elemento – a voz – é constituinte do patrimônio subjetivo da pessoa humana. Avançado mais um pouco temos o legislador constituído emenda tal artigo (emenda 45), para incluir os parágrafos 1º ao 4º, sendo que os que nos interessa, por momento, é do 1º ao 3º. Dispõem:

Art. 5º (...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Ato aprovado na forma deste parágrafo).

Tem-se com análise: i) as garantias fundamentais têm força normativa de aplicação imediata; ii) Os direitos fundamentais insertos na Constituição não se excluem entre si (inclusive os princípios sensíveis) ou dos tratados internacionais em que o Brasil for signatário; iii) por fim, informa o legislador, a depender do *quórum* de aprovação dos tratados internacionais, eis que eles terão força de emenda constitucional.

Pois bem. O Brasil ratificou o tratado internacional junto a OMC, denominado TRIPS, o qual reconhece as marcas sonoras – e a voz – como elemento distintivo e autoriza a sua registrabilidade, seguindo o modelo francês do LEURS. Assim, deve-se interpretar que as marcas sonoras são detentoras de proteção jurídica, por força constitucional, que autoriza a aplicação imediata – por se tratar de direito fundamental – e por cumprimento de obrigações contraídas em tratados internacionais.

Mais adiante, tem-se o artigo 170 da CF/88, que dispõe:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Nesse artigo se percebe a dignidade da pessoa humana sendo tratada pelo constituinte originário e experimentada pela forma sensível, na medida em que trata de diversos temas também protegidos pelos direitos fundamentais insertos no artigo 5º (propriedade privada e sua função social, livre concorrência, redução de desigualdades, emprego, proteção ao consumidor). Posto isso, há que se perceber que dignidade da pessoa humana também se insere nas relações econômicas, cujo tema será abordado mais adiante. Por hora, será dado curso à interpretação jurídica sobre a proteção das marcas sonoras – e da voz – como elemento da dignidade da pessoa humana e/ou de direitos fundamentais. Portanto, segue-se a análise da lei da EIRELI.

A lei da EIRELI (Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011) inseriu no Código Civil pátrio o artigo 890-A e, no parágrafo 5º, regrou que:

Art. 980-A (...)

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

Ora, o legislador constitucional originário inseriu a voz como elemento ínsito dos direitos fundamentais de primeira dimensão (alusão a Paulo Bonavides) e resta claro que deixou para o legislador ordinário o regramento desse direito na seara infraconstitucional. Ora, esse mesmo legislador deixou correr *in albis* a oportunidade que teve, quando da publicação do novo Código Civil de 2002. Tal erro de curso fora corrigido pela lei da EIRELI, ainda que de forma acanhada. Perceptível, contudo, que o caminho da regulação da proteção das marcas sonoras está porvir.

Portanto, deve-se retornar ao tema sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana nos domínios econômicos. Aqui pode-se dizer que há duas formas de se observar a ocorrência da dignidade da pessoa humana: i) a positivação direta deste princípio nos textos normativos; ii) a observância desse princípio – respeito – quando da prática de atos de comércio. Assim, Sayeg e Balera (2011, p. 134) informa que a dignidade da pessoa humana pode v.g., ser der observada quando houver justiça no lucro obtido pelo modo lícito, especialmente quando capaz de proporcionar a mitigação ou a eliminação de misérias, através de

processos solidários e que possibilite a cada pessoa humana a possibilidade real e concreta de ascender. Seria a essência do humanismo antropofílico na ordem econômica, de caráter evolucionista e emancipadora em face de todos e de tudo. No caráter de posituação da dignidade da pessoa humana encontram-se processos legislativos e jurisprudenciais capazes de limitar a propriedade – caráter social da propriedade – e de controle do direito da livre concorrência.

Nesse campo, Tavares (2003, p. 13) informa alguns aspectos e devem ser observados pela concorrência: a observância de princípios e garantias, liberdades e prerrogativas que implicam na valorização e no reconhecimento do papel social das empresas e açambarcam os princípios: 1) liberdades públicas e garantia de autonomia; 2) liberdade de expressão e de propaganda para difundir a marca, produtos e serviços; 3) devido processo legal, segurança jurídica; 4) garantia de cumprimento dos contratos, contudo, o autor informa mais adiante que o Estado impõe limitações ao direito da empresa, tais como:

Pág. 36 e 37 – A Constituição Federal mitiga e impõe limites à propriedade para determinadas empresas: 1) proteção à micro e pequenas empresas; 2) Na área de saúde, jornalismo, radiodifusão;

Pág. 39 – Livre concorrência: Vedação de monopólio;

Pág. 39 – Em defesa da livre concorrência, a CF/88 autoriza o estado a intervir na economia.

Pág. 41 – o regime jurídico da concorrência tem como objeto principal a defesa dos consumidores;

Pág. 42 – livre concorrência e defesa dos consumidores não são antagônicas;

Pág. 43 – A constituição impõe a ao Estado que legisle para combater o abuso do poder econômico que vise dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário do lucro;

Pág. 47 – A Constituição reconhece e legitima o uso do poder econômico. Apenas coíbe e reprime o abuso desse poder;

Pág. 53 – Somente o Estado pode tabelar e congelar preços, e na forma da lei;

Pág. 55 – Outra questão importante é o tratamento diferenciado para micro e empresas de pequeno porte;

Pág. 57 – Tal tratamento somente é dispensado à micro e pequena empresa que tenham sede ou administração no país;

Pág. 62 – O direito de propriedade é fundamento da economia de mercado;

Pág. 63 – a propriedade é absoluta; a relatividade se aponta na forma da sua utilização, que deve estar virada para a função social. Controla-se o direito de uso e gozo, que dá azo para que o Estado interfira na propriedade;

Pág. 63 – Atualmente não há relação de pessoa com a coisa. Isso somente ocorre entre pessoas, por serem eles únicos detentores de direitos e obrigações;

Pág. 67 – é através da função social que a Constituição Federal harmoniza o caráter absoluto da propriedade privada com o interesse coletivo;

Pág. 71 – Para cumprir a função social: 1) aproveitamento racional e adequado; 2) proteção do meio ambiente e dos recursos naturais; 3)

observância das relações de trabalho; 4) que favoreça o bem-estar do proprietário e de seus empregados.

E diversos outros autores também dão a sua contribuição. Assim, temos que:

O princípio social da empresa na Constituição Federal. A função social da empresa e sua relação com demais princípios da ordem econômica. Art. 170: soberania social, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução de desigualdades regionais e sociais e pleno emprego. Tratamento favorecido para micros e pequenas empresas. Respeito à dignidade da pessoa humana (FRAZÃO, 2011, subtópico 1.4.); Iniciativa privada e função social. O Estado garante a iniciativa privada desde que cumpra a sua função social; – Motivo – Garantia da existência digna e de justiça social; livre concorrência (e complementar da livre iniciativa). Consiste no direito de captar clientela em igualdade de condições; sem vantagens jurídicas individuais, de forma ética, leal, sem intervenção estatal e impedindo formações de blocos econômicos e empresariais que visem anular a competição, danos ao abastecimento ou em detrimento do consumidor (ZANOTI, 2009, págs. 81 a 92).

Por outro lado, não há como impor restrições aos direitos afetos à dignidade da pessoa humana – ou dos direitos fundamentais – por simples vontade social (seja no campo legislativo e/ou judicial), ainda que se tenha tais direitos como não absolutos, mas que a própria dinâmica desses direitos impõem o dever de observância de regramentos quando da sua relativização, conforme pode-se ver em Eduardo Ribeiro Moreira:

Formas de restrição nas situações de sujeição: restrições de direitos fundamentais em relações gerais somente são presente em regimes ditatoriais. Do regime democrático, prepondera o direito fundamental ante o Estado. Nesse caso, somente é permitido se um direito fundamental agredir outro direito fundamental (...) há situações em que há restrição deriva da relação de sujeição. (poder militar e militares em serviço, de administradores e presos em presídio, a administração pública e servidores) (...) hoje não há mais possibilidade jurídica imune a direitos fundamentais. Mas o vínculo de poder não tem previsão constitucional fora dessa relação especial. Cabe a aplicação da razoabilidade (MOREIRA, 2012, pág. 256/158).

Assim, é inquestionável que o princípio da dignidade da pessoa humana e/ou os direitos fundamentais tem aplicação na ordem econômica. Logo, as marcas sonoras (a partir do entendimento que a voz é um instituto sonoro capaz de distinguir e individualizar pessoas, a partir de uma interpretação teleológica e/ou ampliativa e também é perceptível, com a modernidade tecnológica) é direito inserto na esfera dos direitos da pessoa humana. Assim, ao se ter a voz como elemento protegido

constitucionalmente, protegido por lei infraconstitucional e também pela obediência que se deve ter aos tratados internacionais, certo é que a proteção à voz humana é estendida às marcas sonoras. De plano se pode dizer que na lógica de sistematização, este capítulo deveria se ocupar de estudar a voz no âmbito da lei da EIRELI, mas adverte-se, de plano, que foi remanejada o capítulo seguinte, posto que ele se ocupe do tema e da sua repercussão na esfera do direito das marcas sonoras.

3. MARCA SONORA, A LEI DA EIRELI E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Duas ou três coisas hão de ser levados em consideração: i) o que é visualmente perceptível e o que é sensível pelos demais órgãos sensoriais humanos; ii) o tratamento que a legislação deu e tem dado ao direito que recai sobre a voz em comparação ao dado às marcas sonoras – com aparente desconsideração de que a voz é um tipo sonoro capaz de diferenciar e individualizar -, a começar pelo PLIM-PLIM que diferencia, individualiza e identifica a Rede Globo, de forma visual e auditiva, mas que somente pôde ser registrado por força apenas do caráter visual do símbolo que o acompanha, (ainda que a proteção se lhe alcance), cujo registro pelo INPI obteve o registro sob n.º 006.693.549, depositado em 1978²⁰. Assim, a legislação, ao que se percebe, protegeu o PLIM-PLIM da Rede Globo por “via transversa” ou indireta. Ora, sabe-se que com o crescimento da mídia operada pela radiodifusão – rádio e principalmente televisão – as marcas sonoras passaram a ter importância relevante para publicidade e propaganda, dado a sua capacidade de influenciar os consumidores e principalmente como ferramenta diferenciadora dos produtos, dos serviços e das empresas. Indubitavelmente a marca sonora, nesse diapasão, se rende aos interesses econômicos e se afastam dos interesses ligados à pessoa do autor intelectual. No segundo plano, a legislação começou, ainda que de modo acanhado, a regular o direito que recai sobre a voz humana, de forma específica e em separado da marca sonora, mas o que se percebe é que a proteção dada à voz recai também sobre as demais marcas sonoras, numa relação inversa dos países que já regularam a marca sonora (a legislação estrangeira se ocupa da

²⁰ ALMEIDA, Custódio Armando Lito de. **Proteção das marcas invisíveis**. In: http://www.custodio.com.br/downloads/protecao_marcas_invisiveis.pdf. Acessado em 51.05.2015.

marca sonora enquanto gênero, posto ser a voz uma de suas espécies). Mas, ao se perceber a voz como objeto de proteção experimentada pela lei da EIRELI, eis que, em uma interpretação conjunta com a Constituição Federal (alínea a, do inciso XXVII, do artigo 5º), nota-se que esta proteção deva se estender a todas as marcas sonoras.

A legislação pátria não açambarca a voz como objeto do direito patrimonial e/ou do direito de personalidade, ao menos até a edição da lei 12.441/2011, como verá mais adiante. E até então os doutrinadores que trabalharam o tema e que têm posição em contrário – os que são a favor do direito autoral de marcas sonoras e da voz - começam suas teorias a partir de leituras hermenêuticas, seja a partir do Direito comparado, seja por força da interpretação constitucional, e nesta última entendem que a leitura dos autores, de juristas e dos órgãos competentes para regular o direito autoral, não devem se restringir apenas à hermenêutica tradicional, cujo método se resume apenas a literalidade da lei e a subsunção direta do fato à norma, desprezando os demais métodos de interpretação, principalmente o método teleológico. Neste diapasão, há que se realizarem estudos dos temas aqui apresentados, a começar pelo Direito comparado.

3.1. A voz no Direito Comparado.

Em primeiro tempo, há que se considerar que não se pode falar em Direito sem que se tenha conhecimento da importância do denominado Direito comparado, a ter como pressuposto lógico a hermenêutica e/ou interpretação – principalmente quando se fala em realização do direito posto – a partir da comparação entre normas de origens diversas, estas no campo do Direito, fato já observado desde a antiguidade – Roma e Grécia – onde há registros de pensadores que viajavam por todo o mundo. No período Medieval não se tem registro de tal procedimento, mas em inícios da Idade Moderna já começa a se registrar o retorno de legisladores e doutrinadores que se utilizam de ensinamentos sistemáticos, a partir de outras legislações, a começar por Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, publicada no ano de 1748 (PESSOA, 2009, p. 13). Mas, é com o aparecimento dos sistemas jurídicos positivados que se pode verificar com maior clareza a ocorrência desse evento, a partir de sistemas normativos codificados. Nesse diapasão, Pessoa (2009,

p. 17) vem afirmar em seus estudos que as formas de comparações de legislações internacionais possuem três fases, a começar do ano de 1.800. Na primeira fase (1800-1850) a forma de comparação foi modesta, apenas se resumindo em revistas e trabalhos de cátedras universitários – caráter individual -. Já na segunda fase (1850-1900), eis que surgem associações cujo objetivo foi o estudo do Direito comparado; na terceira fase (a partir de 1.900) surge o caráter científico do Direito comparado, a partir da criação do Congresso Internacional de Paris, de participação iniciática da França e Alemanha.

A importância do Direito comparado se aponta a partir da utilização de metodologias para se pontuar as afinidades e as divergências na produção do Direito nacional para com as normas estrangeiras, escopo a busca de um novo Direito Positivo moderno, com interação das descobertas de novas formulações principiológicas comuns e aplicáveis às civilizações modernas, a provocar um enriquecimento recíproco no campo da Ciência do Direito. Ou seja, a utilização do Direito comparado é vital para o crescimento do direito nacional, principalmente no campo da aplicação e da interpretação das normas jurídicas, a possibilitar padronizações nas relações internacionais no campo da integração e cooperação (PESSOA, 2009, p. 13). Nesse campo, a grande interação se dá através das relações internacionais públicas e privadas. As relações públicas no campo do Direito Marcário – ora objeto do presente trabalho - se dão de origem multilateral (das legislações surgidas a partir da política estatal internacional de caráter comunitário), e as relações privadas são do tipo bilateral ou unilateral (a partir do contrato), conforme se vê descrito acima. No Direito Brasileiro, e de forma clara, é do Direito comparado que surgem as normas ligadas afetas ao Direito Marcário, principalmente a de orbe constitucional (inciso XXIX do artigo 5º), a transitar claramente entre os direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, de caráter de direito da personalidade, ou como queiram, de direito individual.

Nesse interim, importa analisar a lei da EIRELI francesa, posto que, em sede de direito comparado, é a legislação mais completa e que mais se assemelha a EIRELI brasileira, em uma demonstração clara que o legislador pátrio se serviu do Direito Comparado. Além de influenciar o Direito autoral brasileiro, vale ressaltar que a lei da EIRELI francesa impôs forte influência sobre as regras de direito marcário na Comunidade Europeia (inobstante necessário se afirmar que este tipo de sociedade

de um homem só não se desenvolveu apenas na França, conforme se deduz logo abaixo). Conforme se verá mais adiante, tanto a lei da EIRELI francesa, como as normas da Comunidade Europeia se ocuparam tão somente em reger a possibilidade jurídica de criação de sociedades empresárias de apenas um sócio, mas não trataram das regras afetas ao direito autoral, principalmente as concernentes a sinais sonoros e de voz. Ver-se-á que tanto o Direito Francês como o comunitário europeu não se ocuparam do direito autoral, menos ainda das marcas sonoras e de voz, e a França, nesta questão, deixou ao alvedrio da sua lei de Propriedades Intelectuais (LPI).

3.2. EIRELI em França. A Comunidade Europeia.

A máxima francesa sobre a possibilidade de profissionais que atuem sem a devida regulação empresarial, aqui conhecida como empresa e/ou empresário irregular ou de fato é “O profissional que atua como um indivíduo compromete toda a sua herança”, a deixar claro uma responsabilidade do empreendedor irregular, que põe em risco seu patrimônio pessoal (COZIAN, VIANDIER, e DEBOISSY, 2009, p. 1.400-1.418). Assim lecionam:

Le commerçant que exerce son activité à titre individuel engage son patrimoine entier; celui qui choisit la formule de la SARL ou de la SA peut limiter sa responsabilité, même si la société n'est qu'une façade qui cache mal l'entreprise d'une seule personne. Les sociétés unipersonnelles, grâce à des prête-noms complaisants, sont une réalité, même si on le déplore. Ne convenait-il pas de faire cesser ce divorce malsain entre le droit et le fait, et de répondre à l'insistante aspiration du monde des affaires vers l'entreprise à responsabilité limitée? Deux formules étaient en concurrence, celle du patrimoine d'affection et celle de la société unipersonnelle. Finalement, après une longue maturation, le législateur consacra avec la loi du 11 juillet 1985 la société unipersonnelle, dénommée EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée), à l'image des Einman GmbH allemandes. La formule a depuis été reprise par la 12e directive européenne du 21 décembre 1989; l'EURL n'est donc pas une spécialité française (idem, pág. 1400).²¹

²¹ O comerciante que exerce a sua atividade a título individualmente compromete toda a sua herança; quem escolhe a fórmula da SARL ou SA pode limitar a sua responsabilidade, mesmo se a empresa seja apenas uma fachada que esconde a empresa mal de agraves de uma pessoa. Empresários em nome individual, com sócios ocultos são uma realidade, mesmo que a deploramos. Não era adequado para acabar com este divórcio insalubre entre a lei e a realidade, e responder à aspiração insistente do mundo dos negócios para a empresa de responsabilidade limitada? Duas fórmulas estavam competindo, o de afetação patrimonial da sociedade de um homem só. Finalmente, depois de uma longa maturação, o legislador dedicou a lei de 11 de julho de 1985 a sociedade unipessoal chamado Sarl (uninominais sociedade de responsabilidade limitada), como a GmbH Einman alemão.

Demonstra ainda que lá também é uma realidade, a empresa de fato ou composta por sócios que apenas integram a composição societária, mas de fato não atuam como sócio, aqui vulgarmente conhecido como “sócio de fachada”. Assim, o legislador francês dedicou à lei de 11 de Julho de 1985, a companhia composta de um homem sendo esta lei chamada LRUE (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée), a sociedade empresarial de um homem só. Mesmo sendo a sociedade empresarial um contrato, aquela lei autoriza, destarte, a sociedade a partir do ato unilateral e tal aceitação pode configurar-se em sociedade de uma só pessoa ou de uma empresa, seja urbana ou rural – EARL: entreprise agricole à responsabilité limitée –, registrando-se que há também a possibilidade de EIRELI para profissionais liberais, denominada SELARL (société d’exercice libéral à responsabilité limitée). Além disso, há a possibilidade de criação de múltiplas LRUE por uma mesma pessoa (COZIAN, VIANDIER, e DEBOISSY, 2009, p. 1.419).

Nesse diapasão, a Comunidade Europeia, ou União Europeia (UE) também tratou de regular a matéria afeta à possibilidade haver sociedades constituídas na forma da EIRELI e, não menos para espanto, tratou da matéria da mesma forma que a EIRELI francesa, através de duas diretivas: a 12ª Diretiva Europeia de 21 de Dezembro de 1989, que cuidou da constituição de sociedades de responsabilidade limitada constituída por um único sócio, e a Diretiva 89/104/CEE, de 21 de dezembro de 1988, que versou sobre a normalização do direito marcário. Mas a diretiva acima apontada em nada inovação em sede de registrabilidade da marca sonora, e, segundo, as duas diretivas compilaram as regras obtidas do Direito Francês – aqui já se verifica a utilização do Direito comparado -, mas nada dispõe sobre direito marcário em se tratando de marcas sonoras. Assim dispõe a primeira diretiva:

Art. 2º: Podem constituir marcas todos os sinais susceptíveis de representação gráfica, nomeadamente as palavras, incluindo os nomes de pessoas, desenhos, letras, números, a forma do produto ou da respectiva embalagem, na condição de que tais sinais sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outra empresa.

Marques (2010, p. 92) interpreta tal dispositivo e vem dizer que o Direito comunitário europeu protege as marcas sonoras, sob o fundamento de que os sons que compõem essas marcas, muito embora não possam ser enxergados em sua

A fórmula já foi tomada pela 12ª Directiva Europeia de 21 de Dezembro de 1989; EURL não é uma especialidade francesa (idem, pág. 1400).

forma pura, podem ser representados graficamente por diversos meios, a exigir apenas que estes sons sejam suficientemente capazes de ser distintivos, ou seja, que possam identificar e distinguir os produtos e/ou serviços correlatos dos demais produtos e serviços do mesmo gênero explorados por outros titulares. Apesar das normas insertas nas diretivas não terem o caráter coercitivo, eis que as matérias de caráter comunitário podem ser submetidas à apreciação do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que tem a competência para garantir o respeito às interpretações e aplicações dos tratados, possuindo um caráter de Guardião da legalidade dos atos e da aplicação uniforme das regras comuns (MARQUES, 2010, p. 94), através de um expediente denominado reenvio prejudicial. Este autor informa que a Holanda, em 2001, realizou pedido de reenvio judicial para questionar pedido de registro de sons como marca, num caso denominado BENELUX (entidade que dita as regras comuns sobre marcas, constituída por Bélgica, Holanda e Luxemburgo), obtendo da Corte Comunitária a fixação de parâmetros para interpretação do termo “susceptível de registro de marcas sonoras”. Por tudo isso, e apesar de na França, a legislação sobre Direito Marcário derivar das regras partir do artigo L 711-1 do Código de Propriedade Industrial, a Lei n° 91-7 de 04 de janeiro de 1991, notório é o fato de este país, como membro da União Europeia, eis que também resta subordinado ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e submissa às suas decisões. Em outro tempo, pode-se dizer que em sede de reenvios prejudiciais. Esse tribunal comunitário se serviu de interpretações a partir do Direito comparado, posto que, nesse tema, O Código de Propriedade Intelectual francês se mostra avançado. Assim, claro está que a utilização das regras de interpretação a partir do Direito comparado restou aplicável no caso BENELUX acima apontado.

A partir daí vários sons foram utilizados em campanhas publicitárias, e a utilização de sons como a música *Für Elise* (música de Beethoven), cuja propriedade autoral era da empresa Shield Mark BV, que tocava sempre que seus folhetos eram retirados pelos interessados, ou até mesmo o canto de um galo, utilizados por advogados e pessoal de marketing que soava sempre que o titular de uma marca era executado. Nesse toar, e a partir do uso inadequado da marca sonora, o BENELUX passou a recusar o seu registro, e o caso voltou a ser analisado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que, em decisão definitiva de

última instância, reconheceu a registrabilidade da marca sonora apenas para o uso adequado a distinguir os produtos e serviços, nos moldes do artigo 2º da Diretiva 89/104/CEE (marques, 2010, p. 95-97).

Nessa trilha, e voltando a leitura da legislação marcária francesa, eis que o Código de propriedade industrial francês, lei acima apontada, regula o direito marcário no seu artigo L 711-1, elencando os sinais sonoros a partir de sons e frases musicais. Contudo, em sede de decisão judicial, a nível comunitário, houve entendimento a partir da interpretação da lei LEURS, em um julgado alemão, onde a corte foi favorável ao reconhecimento de sons como marcas registráveis e passíveis de direito de propriedade, desde que eles sejam possíveis de representação gráfica. Nesse orbe, estaria a decisão a falar de sons de origens musicais. Contudo, em sede de legislação nacional a matéria ainda é tormentosa, com acanhamentos legislativos impostos na lei da EIRELI, que não tem forma normativa direta, já que teve serventia apenas para inserir artigos no Código Civil Brasileiro e a sua cogência do código deriva.

3.3. O Acordo TRIPS e o direito a marca sonora e/ou a voz

O acordo TRIPS, por sua vez, protege o direito sobre as marcas, de forma genérica, na seção 2, Artigo 15, e dispõe:

1. Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir, como condição para o registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.

Como se pode ver, o TRIPS regula as marcas de forma genérica, ao dizer “qualquer sinal ou combinações de sinais”, porém é perceptível que tal regra é intrínseca a bens e serviços (o caráter objetivo do direito marcário), afastando do conceito de marcas o caráter subjetivo. De se ver que a regra atinge o direito de autor e não o autor, individualizado como produtor intelectual da obra ou da marca

por ele produzido (o caráter subjetivo da marca). Contudo, eis que o TRIPS não se omitiu quanto as marcas sonoras, pois cuidou em parte diversa do texto do tratado, já que regulou a matéria em seu artigo imediatamente anterior (artigo 14), que integra a seção I, a cuidar do direito do autor, a partir do artigo 9. Assim, dispõe o artigo 14 do TRIPS:

Artigo 14

Proteção de Artistas-Intérpretes, Produtores de Fonogramas (Gravações Sonoras) e Organizações de Radiodifusão:

1. No que respeita à fixação de suas apresentações em fonogramas, os artistas-intérpretes terão a possibilidade de evitar a fixação de sua apresentação não fixada e a reprodução desta fixação, quando efetuadas sem sua autorização. Os artistas-intérpretes terão também a possibilidade de impedir a difusão por meio de transmissão sem fio e a comunicação ao público de suas apresentações ao vivo, quando efetuadas sem sua autorização.
2. Os produtores de fonogramas gozarão do direito de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta de seus fonogramas.
3. As organizações de radiodifusão terão o direito de proibir a fixação, a reprodução de fixações e a retransmissão por meios de difusão sem fio, bem como a comunicação ao público de suas transmissões televisivas, quando efetuadas sem sua autorização. Quando não garantam esses direitos às organizações de radiodifusão, os Membros concederão aos titulares do direito de autor, nas matérias objeto das transmissões, a possibilidade de impedir os atos antes mencionados, sujeitos às disposições da Convenção de Berna (1971).
4. As disposições do Artigo 11 relativas a programas de computador serão aplicadas *mutatis mutandis* aos produtores de fonogramas e a todos os demais titulares de direitos sobre fonogramas, segundo o determinado pela legislação do Membro. Se, em 15 de abril de 1994, um Membro tiver em vigor um sistema equitativo de remuneração dos titulares de direitos no que respeita ao aluguel de fonogramas, poderá manter esse sistema desde que o aluguel comercial de fonogramas não esteja causando prejuízo material aos direitos exclusivos de reprodução dos titulares de direitos.
5. A duração da proteção concedida por este Acordo aos artistas-intérpretes e produtores de fonogramas se estenderá pelo menos até o final de um prazo de 50 anos, contados a partir do final do ano civil no qual a fixação tenha sido feita ou a apresentação tenha sido realizada. A duração da proteção concedida de acordo com o parágrafo 3 será de pelo menos 20 anos, contados a partir do fim do ano civil em que a transmissão tenha ocorrido.
6. Todo Membro poderá, em relação aos direitos conferidos pelos parágrafos 1, 2 e 3, estabelecer condições, limitações, exceções e reservas na medida permitida pela Convenção de Roma. Não obstante, as disposições do Artigo 18 da Convenção de Berna (1971) também serão aplicadas, *mutatis mutandis*, aos direitos sobre os fonogramas de artistas-intérpretes e produtores de fonogramas.

Percebe-se, nas regras experimentadas no TRIPS acima descrita: Primeiro: não houve distinção entre o direito de personalidade do autor com o direito de autor, que recai sobre o uso da marca e, com isso, não se individualizou a pessoa que

intelectualmente a cria. Segundo: percebe-se que há uma maior preocupação com aqueles que financeiramente investem nos meios de propagação da marca sonora. Mesmo assim, percebe-se que o autor da marca sonora, por derivação da proteção e profissionais que se utilizam dos sons e da voz, goza da proteção legal. Por tudo isso, há que se afirmar que o TRIPS e o LEURS francesa tem disposições jurídicas capazes de reconhecer e proporcionar proteção às marcas sonoras e a voz.

Ora, a OMC recomendou que, ao ser inserido nas suas legislações o disposto TRIPS, todas as flexibilidades possíveis, com fins minimizar seus impactos, e com isso se conseguir um melhor adequação aos níveis de desenvolvimento de seus países membros. Ora, em se subsumindo a voz no campo do direito moral do autor – no Brasil, a doutrina discute ser este direito qualificado como de personalidade -, certo é que o TRIPS terá a seu favor o crescimento tecnológico, capaz de conferir a esse direito – o das marcas sonoras – a percepção visual exigida no artigo 122 da lei 9.279/96.

3.4. Código Civil antes da lei nº 12.441/2011.

Haveria conflito de normas no sistema codificado civilista de 2002, quanto ao direito de voz se enquadrar como direito de personalidade e ao mesmo tempo, ser direito portador das faculdades ínsitas da propriedade (usar, gozar, dispor e reaver) a partir da inclusão do artigo 980-A no Código Civil, por força do disposto na lei 12.441/2011? Na questão ligada ao direito de personalidade, tutela-se de maneira ampla qualquer direito ligado à pessoa (PASCOALE LEONARDI, 2013, p. 87). É que esta autora está a se referir ao artigo 12 do Código Civil, que dispõe: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” Mas, poderia haver um descompasso, um conflito de normas, avistado entre o artigo imediatamente anterior (artigo 11 do Código Civil), que dispõe que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária,” com o parágrafo 5º da lei 12.441/2011, que autoriza a cessão de direito de autorais, inclusive o de voz? Ora, se a voz está enquadrada como direito ligado à personalidade e por sua vez esse direito são intransmissíveis, como pode agora o mesmo diploma legal, em seu artigo 980-A

autorizar explicitamente que o direito autoral, inclusive o da voz, pode ser objeto de cessão? Teria o legislador se equivocado, quando inseriu o artigo 980-A no Código Civil, a ponto de não observar que a nova regra poderia por conflito no sistema? E quanto ao artigo 20 do Código Civil, que autoriza o Judiciário, e em nome da ordem pública, proibir a transmissão da palavra se o uso inadequado atingir a honra e/ou a boa fama ou se destinarem a fins comerciais? Estaria então dando à voz um sentido que não se amolda na voz como bem juridicamente tutelado e parte integrante do direito marcário? O que se avista é que, no disposto normativo do § 5º da lei 12.441/2011 o legislador trabalhou o direito de voz enquanto direito autoral e não direito ligado à personalidade (direito de uso). Constata-se que a *prior*e o legislador voltou a sua atenção ao instituto jurídico denominado cessão de direitos, sem atentar-se que também regravava outro instituto, a voz, que notadamente doutrina se ocupa em classificá-lo como direito afeto aos de personalidade, portanto ligado ao caráter subjetivo, ao bem jurídico ligado à pessoa que a emite, e portanto, trouxe para o sistema um instituto cujo reconhecimento jurídico foi até então sonogado.

E que até a promulgação da lei 12.441/2011, não era regulada a possibilidade jurídica da constituição de empresas de responsabilidade limitada com apenas um sócio e muito menos a possibilidade de lhe ser conferido a cessão de direitos que porventura recaíssem sobre a voz humana. No primeiro caso – a possibilidade de empresa de um único sócio -, eis que o legislador ordinário ao promulgar o Novo Código Civil – lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que passou a vigorar no ano seguinte, eis que ela açambarcou as regras do Direito das empresas, a partir do livro II, e regula todos os tipos de empresas, arrancando esta matéria do âmbito do Direito Comercial, restando fora somente as Sociedades Anônimas, que possui lei específica. Nesse ponto, o legislador foi acanhado, posto ter deixado de lado a regulação do tipo societário conhecido como EIRELI. Tampouco regulou o direito das marcas, deixando que sua regulação continuasse a cabo da lei 9.279/96. Contudo, após a edição da lei 12.441/2011, eis que o Código Civil recebeu as seguintes alterações: i) a inserção do inciso VI ao artigo 44, para incluir no rol das pessoas jurídicas de direito privado as empresas individuais de responsabilidade limitada; ii) O artigo 980-A, desta feita com 05 parágrafos, a regular as formas e procedimentos para a constituição da EIRELI; iii) o paragrafo 5º, que inseriu uma

inovação, a constituição de direitos do autor, em sede de Direito Marcário, incluindo-se o direito da marca sonora e de voz.

Assim, o Código Civil recebeu duas inovações, consubstanciada na possibilidade jurídica de constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada, autorizando a constituição de sociedades com apenas um sócio – além da possibilidade de conversão daquelas já existentes -, e o início de um regramento concernente a direito marcário, na seara do direito sonoro e de voz, assim transcrito:

Art. 980-A (...)

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

Aqui se podem notar duas coisas: primeiro, houve a normalização do direito marcário em sede de codificação, afastando-se um pouco das premissas da lei 9.279/96, a possibilitar a apropriação do direito autoral no que concerne a sinais sonoros e de voz, dentre outros; segundo, que tais direitos somente são reconhecidos apenas para as empresas constituídas sob a forma de EIRELI, e somente as do ramo da prestação de serviços de qualquer natureza, deixando claro que a proteção, por via interpretativa, diz respeito apenas às empresas de radiodifusão e as do mercado de sonorização, como se somente serem elas as únicas que têm interesse na regulação do direito autoral de sons e voz.

A busca pela possibilidade de regramentos do direito marcário via Constituição Federal, se dá apenas no campo da função social da propriedade, a reger a possibilidade de o Estado, e em nome da coletividade, mitigar o seu caráter absoluto. No campo infraconstitucional, a doutrina entende que o regramento do Direito Marcário, via Código Civil, se dá de forma subsidiária (BARBOSA, 2012, p. 3). É que a doutrina, ainda que em conflito hermenêutico, inclui a voz como direito ligados à personalidade e a sociedade ainda se impregna pela proteção absoluta da propriedade privada e, nessa seara, e por origem da forma de legislação codificada do Direito Francês, a propriedade experimenta no Direito codificado uma proteção máxima ou absoluta (ainda que tal disposição encontre óbices na Constituição Federal, em tempos do Estado Social), já que o direito codificado tende a uma

manutenção de tais direitos, bens e poderes (BARBOSA, 2012, p. 9), concebidos a partir da propriedade material, físico, terras, animais, carros, etc. Mas as relações comerciais modernas imprimem a propriedade imaterial, de capitais e avanços tecnológicos, a criar um modelo sinalagmático entre criador e criatura, e aqui a preocupação se dá no campo dos investimentos, chancelados pelos Estados e albergando os que criam, tudo em nome do desenvolvimento (BARBOSA, 2012, p. 36). Assim, a legislação nacional, ainda que protetiva dos interesses da coletividade, mais conhecida como supremacia dos interesses públicos sobre o privado, ou princípio da finalidade pública, e que deve estar presente tanto do momento da elaboração da lei quando ao da sua execução (DI PIETRO, 2006, p. 82), desenvolve uma doutrina ideológica inspirada no princípio do desenvolvimento sustentável, mas ainda tende ao naufrágio ante o interesse privado – agora do capital privado – e da inovação tecnológica, a partir da ação de atores políticos de origem nacional e internacional a interagirem com a formação das políticas de interesse público, desde o momento da formação da respectiva legislação (RUA, 1999, p. 2).

Assim, resta claro que a partir do uso paulatino do Direito comparado – e aqui se se avista a sua ocorrência quando os legisladores brasileiros idealizaram a lei das EIRELI brasileira, cujas normas se assemelham com a LEURS francesa – haverá no futuro a evolução legislativa afeta ao direito marcário enquanto marcas sonoras de voz, já que tal proteção já se encontra perfeitamente pacificada no direito de outros países, a requererem maior proteção aos investimentos no campo do direito autoral e que certamente usarão sua força política para impor uma legislação acerca do direito de voz, posto que, na modernidade, esses mesmos países – por terem vencido tal etapa e protegido o direito de voz com a sua legislação interna – agora evoluem para outros direito, v.g., o direito de cheiro.

3.5. A marca sonora e a voz na lei da EIRELI

Conforme se vê, a promulgação da Lei Nº 12.441, de 11 de julho de 2011, conhecida como a lei da EIRELI, Simbologia a significar Empresa Individual de responsabilidade limitada, apresentou várias *nuances*, posto que nela se inaugurem inovações legislativas sumamente importantes. A EIRELI trouxe modificações no Código Civil, tanto na sua parte geral como na parte especial. Na segunda – a parte

geral – eis que essa lei introduziu no artigo 44 do Código Civil o inciso VI, que dispõe: “São pessoas jurídicas de direito privado (...) as empresas individuais de responsabilidade limitada.” E não parou por aí. Também na parte especial, no livro destinado ao Direito de empresa, inseriu o título I-A, destinado a regular a empresa individual de responsabilidade limitada, com respectivo artigo 980-A e seus 05 parágrafos. O *caput* e os 04 parágrafos têm a missão de regular a sociedade limitada com apenas um sócio, o nome empresarial, a limitação deste tipo societário e outros regramentos. Mas, o parágrafo 5º, a lei da EIRELI volta-se para outras questões: i) a possibilidade de cessão de direitos autorais para EIRELI do ramo da prestação de serviços de qualquer natureza; ii) a essas empresas lhe é destinada a remuneração advinda dessa cessão e, iii) A cessão somente é possível se a pessoa física detentora do direito autoral for detentor ou titular dessa pessoa jurídica, e iv) dentre esses direitos autorais, incluiu-se o direito da voz, inovando o Direito Marcário brasileiro.

Assim, somente as pessoas jurídicas constituídas sob a forma de EIRELI, e que seja do ramo da prestação de serviços de qualquer natureza pode ser cessionária de direitos autorais e o seu cedente, de antemão, deve ser o detentor ou titular dessa mesma empresa cessionária, assim deixando claro que a cessão não se dá pela via onerosa e sim de forma gratuita, posto ser o cedente proprietário da empresa cessionária, além do que tal regramento não fere de morte as regras do direito intelectual esposado na Lei 9.279/96. Assim, o dono de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz somente poderá cedê-los à sua própria empresa, para que ela explore esse direito e pelo seu uso seja remunerada, cuja incidência mais provável é a diminuição da carga tributária.

Até a promulgação da lei em comento, a voz era objeto de comparações de regras de Direito comparado e/ou de interpretações jurídicas constitucionais e até mesmo interpretações de leis infraconstitucionais, conforme se verá mais adiante. Contudo, a partir da leitura do paragrafo 5º do retro citado artigo 980-A, a questão certamente ultrapassa as fronteiras da hermenêutica e da interpretação das normas jurídicas ou até mesmo pelo sistema de aplicação comparativo de Direito estrangeiro, posto que o legislador reconhecesse a voz como bem jurídico tutelado pelo direito marcário (ou quiçá, como direito ligado à personalidade, numa simbiose com o direito de uso – caráter objetivo ligado ao subjetivo) de caráter subjetivo do

autor e, em se respeitando maiores entendimentos, reconheceu a existência da voz como signo capaz de ser apropriado e de ser capaz de identificar e diferenciar produtos e serviços de uma titularidade empresarial (já que somente protege após a cessão desses direitos às empresas prestadoras de serviços de qualquer natureza), em relação a produtos similares postos no mercado por outras empresas.

Mas, qual a importância de proteção das marcas sonoras e do direito de voz (e conforme quer a o direito alienígena, inclusive com disposição para regular outros direitos, tais como o direito que relacionados a cheiro ou sabor)? É que a causa finalista dos embates em sede do direito marcário e das marcas sonoras mais precisamente, *ultima ratio*, é a proteção do consumidor, destinatário final das relações comerciais. Nesse diapasão, há que se considerar que o som é o meio mais rápido, o mais direto, de comunicação à disposição de produtores e prestadores de serviços que dela fazem uso, além de se levar em conta processos de inclusão social, já que diversos consumidores são cegos e/ou analfabetos. Prescinde apenas de utilização de métodos hermenêuticos e/de interpretação pelos órgãos administrativos competentes para regular os meios de registro de direito intelectual (v.g., o INPI) (MARQUES, 2010, p. 114 a 116).

A voz, enquanto direito legislado, certamente já é matéria consolidada, a depender apenas de maiores avanços para uma legislação específica. Mas o que se questiona é se ao regular a voz, estaria o legislador, ainda que acanhadamente, desejado reger marcas sonoras como um todo. Pois bem, teria o legislador regulado a parte sem se preocupar com o todo? Ora, a voz é um elemento sonoro, e por tudo isso, é espécie de um gênero denominado marca sonora. Portanto, é possível, com a utilização de processos interpretativos adequados, poder se afirmar positivamente acerca dessa questão, de se afirmar que o legislador, senão regrou marcas sonoras, ao menos “abriu essa porta”.

3.6. A marca sonora e a hermenêutica constitucional

É de se perceber que a questão da regulação da voz enquanto bem passível de apropriação, a partir de sua capacidade de individualizar e diferenciar produto e serviço, postos à disposição do empreendedor e/ou da comunidade consumerista

passa, hodiernamente, pela questão da hermenêutica. E a voz enquanto objeto da perquirição do direito marcário enquanto símbolo distintivo sonoro, e que pode ser objeto das relações contratuais, implícito ou objeto do contrato, não é indiferente aos processos interpretativos. Nesse ponto, há observações acerca das contratações de trabalho e/ou de prestação de serviços de locutores, radialistas, repórteres, mestres de cerimônia, operadores de telemarketing que se utilizam da voz como objeto de trabalho. Somam-se a isso os profissionais do meio artístico com relações que dizem respeito aos direitos do autor e os direitos que lhes são conexos, especialmente cantores e dubladores. (PASCALE LEONARDI, 2013, p. 81). Mas, quais são os fundamentos jurídicos que levam doutrinadores e juristas a perseguirem a proteção da voz como bem passível de apropriação e de utilização comercial? O direito de voz passa certamente por questão jurídica, principalmente no campo da hermenêutica.

A primeira noção de proteção da voz enquanto direito autoral deriva da própria constituição, que dispõe que são assegurados, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas (artigo 5º, XXVIII da CF/88), cuja combinação está diretamente ligada à parte final do *caput* do mesmo artigo 5º, a garantir a inviolabilidade de direitos, inclusive os de propriedade. Mas, se a Constituição Federal explicitamente se refere à proteção da voz humana, qual é a dificuldade que a doutrina e a jurisprudência encontram para a efetivação dos meios protetivos para esse direito? Ora, em uma combinação apriorística entre o artigo 2º da lei 9.279/96 e o disposto no inciso XXVIII, alínea a, do artigo 5º acima citado, tal situação não deveria estar vencido?

O problema começa pelo artigo 2º da lei 9.279/96, cuja interpretação realizada pelo órgão estatal competente para registro e controle das marcas e patentes e dos signos marcário passíveis de apropriação, está a cargo do INPI – Instituto Nacional da Propriedade Intelectual – a valer-se apenas do método o interpretativo literal, preso ao método subsunção do fato à norma positivada e preso à literalidade da expressão “... visualmente perceptíveis”, cujo efeito é imobilizar o instituto (MARQUES, 2010, p. 112). Domingues (1984, p. 200) informa a existência do sinal conhecido por PLIM-PLIM, da rede globo, cujo conhecimento é notório em todo o território nacional, a ser percebido por qualquer consumidor, ao ouvi-lo, saber que se

está assistindo algum programa daquela emissora. O que se persegue é a possibilidade de o INPI se valer de todos os sistemas conhecidos da hermenêutica e todos os métodos de interpretação. Não se olvida que a interpretação literal é uma necessidade inicial, na busca da compreensão das palavras e expressões, sendo que, em textos jurídicos, a interpretação gramatical – outra denominação da interpretação literal – como se verá mais abaixo, é tão somente a primeira fase do processo hermenêutico. Porém, apontam-se outros métodos e outras teorias.

3.6.1 Hermenêutica e interpretação

Interpretar é, senão, exercício da vontade – ou quiçá a possibilidade jurídica de se averiguar a incidência da vontade - (FERRAZ Jr., 2003). No período moderno, com a influência liberal burguesa europeia, a busca era a vontade da lei e o intérprete restava submisso à literalidade, à subsunção do fato à norma, numa regra a denominar o juiz como “a boca da lei”. Posterior isso, em regras interpretativas históricas, buscava-se a vontade do legislador, para se detectar quais os fatos que o levaram à elaboração desta ou daquela regra jurídica. Modernamente, eis que se tem em vista a vontade do intérprete, cuja premissa seria a sua capacidade intelectual em decifrar a regra jurídica e decidir qual a forma mais adequada de interpretá-la de forma melhor amoldá-la ao fato concreto. A princípio, pode-se dizer que, hodiernamente, ao interpretar, o hermeneuta deve valer-se, primeiro, da interpretação constitucional.

A primeira questão que se vem à tona é o porquê se interpretar a partir e/ou conforme a Constituição Federal. A perquirição de tal resposta começa pelo constitucionalismo, e Barroso (2012, p. 05) inicia por dizer que: “Constitucionalismo significa limitação do poder e da supremacia do Estado”. Para esse autor, a fórmula é de Estados constitucionais substitutivos dos sistemas de poder anteriores - de cunho monárquico e absolutista, consubstanciados pela vontade do monarca -, e criados a partir de uma carta escrita, detentora do poder de criar e regular estes mesmos Estados, não bastando apenas que exista uma ordem jurídica formal, sendo-lhe necessário atributos de legitimidade e adesão voluntária e espontânea dos destinatários. Afirma que há três ordens de limitação desse poder: i) limitação material, impregnado pela existência de valores sociais básicos; ii) limitação

orgânica, com as funções de legislar, administrar e julgar atribuídos a órgãos distintos – repartição do exercício do poder -; iii) limitação processual, premissa de que não basta observar a lei, mas também o devido processo legal (procedimental e substancial). Nesse diapasão, a premissa maior foi a consolidação do Estado de Direito, as formas democráticas de Estado e a abertura para a coexistência da soberania popular e dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2012, p. 40-42).

Nesse ponto, ainda não se chegou à resposta querida. Necessário seguir adiante, em observância às construções filosóficas e até mesmo ideológicas dessa hermenêutica constitucional. *A priori*, eis que filosofia - philosophía - tem vários significados; i) estudo geral sobre a natureza de todas as coisas e suas relações entre si; os valores, o sentido, os fatos e princípios gerais da existência, bem como a conduta e destino do homem; ii) Doutrina ou sistema particular de um filósofo célebre, de uma escola ou de uma época. Já ideologia (ídeo+logo+ia), tem como significado: i) Filo da Ciência que trata da formação das ideias; ii) Tratado das ideias em abstrato; ii) Filo de Sistema que considera a sensação como fonte única dos nossos conhecimentos e único princípio das nossas faculdades; iii) Maneira de pensar que caracteriza um indivíduo ou um grupo de pessoas²². Nesse diapasão, a filosofia pode dar vazão a sistemas ideológicos, já que o conhecimento pode sustentar as formas ideológicas de poder (alusão a Bourdieu).

Assim, a hermenêutica que servirá para sustentar a supremacia do Judiciário ante demais poderes, a partir da utilização de processos hermenêuticos, já que no constitucionalismo o Judiciário é quem detém o direito de dizer, por último, o Direito, em uma máxima criada por Rui Barbosa e repetida em diversos julgados exarados por ministros do Supremo Tribunal Federal (YOSHIKAWA, 2005, p. 71), e que passa obrigatoriamente pelo pensamento filosófico, a desenvolver teorias e métodos de interpretação, desde os tempos antigos (Aristóteles, Platão, Sócrates, e outros), passando por tempos medievos, com Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino (aqui, a hermenêutica teológica), até os filósofos modernos (com alusões a Heidegger, Gadamer, Emilio Betti, Schleiermacher e Dilthey, Ricouer e Habermas, dentre tantos outros) a se falar, aqui, em filosofia clássica. Lógico que o trabalho a

²²MICHAELIS. **Dicionário de português on line.** In: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=filosofia>. Acessado em 26.07.2014.

que se propõe não enceta pela filosofia propriamente dita, mas pela filosofia do Direito, ainda que este daquele se sirva ou dela seja parte, enquanto espécie do gênero. Portanto, a hermenêutica clássica deságua obrigatoriamente na hermenêutica jurídica, e aqui, as concepções voltam-se à sustentação do Direito.

No campo da terminologia, hermenêutica jurídica está ligada ao domínio teórico voltado para a sistematização do Direito, enquanto interpretação jurídica é ínsita ao sentido dos textos jurídicos, fundado por momentos de construção e de aplicação, sendo este a representar o momento em que a norma incide sobre os fatos e aquele a representar a possibilidade de se tirar conclusões que estão além ou fora das expressões, assim por dizer, o momento criativo do intérprete. Nesse ponto, e pelo fato de as constituições invariavelmente se utilizar de termos vagos, cláusulas gerais e/ou conceitos indeterminados, tais como justiça, segurança, dignidade humana, moralidade e tantos outros, a interpretação vem a consistir numa atribuição pautada em atribuir sentido e tirar conclusões que estão fora ou além dessas essas expressões, colhidas no espírito e não na letra da norma (BARROSO, 2011, p. 270-271).

Mas, a matéria possui especificidades e planos de análises para a interpretação constitucional, sendo as especificidades consubstanciadas: i) na origem, qual seja, a vontade do povo, manifestada em momento cívicos específico, momento em que o povo outorga a legitimidade para que legisladores constituintes, decorrente da soberania popular, outorgue uma constituição; ii) no conteúdo, a representar o momento logo após a promulgação da carta constitucional, transformando a soberania popular em supremacia constitucional e a criação do Estado Constitucional, e, logo após, as regras de limitação do seu poder, o dever de governar para as maiorias, a participação igualitária de todos no exercício do poder e a sua alternância; iii) nas características, representadas pela peculiaridades quanto ao *status* jurídico (norma superior), linguagem (textura aberta e vagueza principiológica), objeto (organizar o poder político, definir direitos fundamentais, valores e finalidades públicas), e seu caráter político, a representar a passagem entre o poder político para o jurídico (o constituinte originário possui legitimidade política e os derivado e reformador o poder jurídico, além de representar o dever de, por mais que se tenha à vista o dever de conformar juridicamente os fatos políticos, deve ser respeitado a convivência harmônica entre os poderes), mesmo se sabendo

que esses elementos de especificidades da constituição acabe por extrapolar os limites da argumentação puramente jurídica ((BARROSO, 2011, p. 272-273).

No campo jurídico ou dogmático afeto a hermenêutica e/ou as modelos interpretativos, há construtos filosóficos dos planos interpretativos constitucionais, a começar pelo jurídico e/ou dogmático, que açambarca as regras, os elementos e os princípios específicos da interpretação constitucional, enquanto o plano teórico ou metodológico se ocupa em compreender a construção racional, o caminho percorrido pelo intérprete entre a norma, o problema e a formulação da solução e a concretização (momento da aplicação). Mas a Filosofia do Direito também se ocupa de teorias de interpretação, da legitimidade e da justificação política de interpretação, a partir das escolas do pensamento e de estudos jurídicos, em um modelo quase que de cunho histórico, posto serem sucessivos e não contemporâneos, a saber: i) formalismo jurídico, derivado das entranhas do período de codificação francês (escola de exegese francesa), de apego à literalidade da norma e da subsunção desta com o fato a ser solucionado, afastando do caráter criativo do intérprete; ii) o antiformalismo, a combater o formalismo da escola que lhe fora anterior e a pregar a livre investigação científica (França, com Gény), do Direito livre (Alemanha) e do realismo jurídico (EUA); iii) o positivismo jurídico, consubstanciado pela separação entre o Direito e Moral e a busca por uma ciência pura do Direito, com sustentação nas obras de Kelsen (Teoria Pura do Direito) e Hart (O Conceito de Direito), consubstanciado no dever de se cumprir a lei, sendo que o intérprete teria um espaço para criação, representadas pela interpretação, as quais também estavam predeterminadas pela norma (regras de interpretação), sendo o intérprete obrigado pelo modelo subsuntivo nos casos fáceis e possuindo uma reserva de liberdade para interpretar, em casos mais difíceis; iv) e o último modelo, representado pelo retorno aos valores, com preponderância de princípios, a saber o princípio da justiça, e com centralidade em valores democráticos, da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, a ser protegidos pelos tribunais constitucionais (BARROSO, 2011, p. 275-278).

As escolas do pensamento jurídico, dentro das teorias de interpretação constitucional, criaram métodos de interpretação, com preponderância para os de origem alemã e americana. A escola alemã teorizou: método clássico, focado na norma, aplicação derivada de concepção silogística, com premissas e resultados

previsíveis, impedindo a criatividade interpretativa do juiz; ii) o método tópico-problemático, focado agora no problema e não mais na norma, e tendo como base a razoabilidade e a argumentação, buscando a melhor solução ao caso concreto; iii) e a hermenêutica concretizadora, preconizando um equilíbrio entre a natureza criativa do intérprete, o sistema jurídico e a realidade subjacente, com destaque ao preconceito do intérprete, sua forma de perceber os fenômenos, os fatos reais de poder e o sistema jurídico, não se perdendo de vista a força normativa da constituição (BARROSO, 2011, p. 279).

Mas, não se pode deixar de fora as regras, os elementos e os princípios da hermenêutica. A primeira regra é a de que o estabelecimento de regras e princípios hermenêuticos é tarefa da doutrina e não do intérprete, como forma de, de algum modo, realizar controle das decisões judiciais -. Alguns princípios são relatados, e os da supremacia da constituição, a presunção de constitucionalidade das leis e atos, são alguns deles. Já as regras da interpretação, têm-se LINDB - Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que possui caráter de regra de sobre direito, por se aplicar em todo o sistema jurídico, e a dispor: i) sobre regras intertemporais; ii) sobre regras de interpretação, iii) sobre regras de cooperação internacional; iv) sobre regras de direito internacional privado (BARROSO, 2011, p. 287).

Já os elementos da interpretação, cuja nomenclatura é da lavra de Barroso (2011, p. 291), que se ocupou em explicar que a maioria dos autores prefere denominar métodos de interpretação, e se justifica, a dizer que elemento é parte constitutiva de um todo enquanto método vem a ser um caminho, uma trilha a ser seguida até se chegar ao fim, sendo que método seria um termo mais adequado já que eles não se excluem, mas se combinam, enquanto método seria a escolha de apenas um deles, afastando-se os demais. A informar que a sistematização geral de interpretação que se segue e que é adotada no Brasil – e em países de legislação codificada -, é da lavra de Savigny, sendo ela composta pelo sistema gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

O modelo elementar de interpretação denominado gramatical (também conhecida por literal ou semântica) tem como principal fonte as normas jurídicas escritas, os enunciados normativos e funda-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que os integram. Em casos fáceis, este

tipo de interpretação se mostra suficiente. Mas nos chamados “casos difíceis” há que se buscar o espírito da norma, a requerer uma combinação com os outros elementos de interpretação. Além disso, a constituição, por sua natureza, possui termos, expressões e conceitos composto de palavras vagas e conteúdo dotado de plasticidade, como por exemplos os princípios, os conceitos jurídicos indeterminados, os termos polissêmicos, e que, se o intérprete se ativer apenas na técnica da interpretação literal, se perderá em conceitos únicos retirados da semântica.

Por outro lado, a doutrina também desenvolveu a interpretação histórica, de caráter subjetivo, a desempenhar um papel secundário no âmbito da interpretação jurídica, na medida em que se pauta nos trabalhos legislativos e na intenção do legislador, perdendo o caráter decisivo na interpretação do sentido da norma jurídica. Tal falta de importância se dá na medida em que a constituição e as leis se distanciam no tempo, distanciando-se em muito as conjunturas fáticas que sustentaram esses legisladores, numa métrica de substituição da vontade do legislador pela vontade da lei. Assim, poucos são os casos em que o modelo de interpretação histórica desempenhou relevância. A interpretação sistemática diz respeito ao modelo de interpretação consubstanciada no modelo de sistema jurídico unitário e harmônico, onde as regras não se conflitam, mas se completam. Assim, além do sistema geral (o sistema jurídico) a própria constituição forma o seu sistema (uma espécie de subsistema), mas que interage com os demais subsistemas, formando um todo harmônico. Assim, a norma que não se harmonizar com a constituição, pode ser revogada, tanto as de cunho constitucional como as normas infraconstitucionais (ocorre quando da promulgação de uma nova ordem constitucional) ou quando editadas no plano temporal de vigência da Carta Magna, as normas incompatíveis perdem o fundamento de validade (normas infraconstitucionais editadas no curso da vigência da constituição). Quando o conflito existente se dá entre as normas infraconstitucionais, a resolução se dá pelos critérios da hierarquia, cronológico ou especialização, mas quando a incompatibilidade se avista entre normas constitucionais, a doutrina e a jurisprudência tendem a desenvolver categorias que se chama de teoria dos limites imanentes e teoria da ponderação. A primeira abarca os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Já a segunda, por definição criativa de Ingo

Wolfgang Sarlet (2009, p. 388), tem-se como premissa a ideia de que um direito fundamental já nasce com um conteúdo determinado, com fronteira implícita, imanente e apriorística e ínsito de sua própria natureza e que tais limites não são restrições, mas fronteiras do seu alcance. (BARROSO, 2011, p. 295).

A interpretação teleológica, por sua vez, tem o seu fundamento na finalidade do direito que, por via direta, é a finalidade social, consubstanciada nos objetivos ligados à justiça, segurança jurídica, dignidade da pessoa humana e bem-estar social, isto posto no campo do Direito Constitucional. Para Reale (1991, p. 285-286):

Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um dos seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos

(...)

Já o nosso genial Teixeira de Freitas, inspirado nos ensinamentos de Savigny, nos ensinara, em meados do século passado, que basta a mudança de localização, no corpo do sistema legal, para alterar-lhe a significação. Esse ensinamento, antes de alcance mais lógico-formal, passou, com o tempo, a adquirir importância decisiva, porque ligado à substância da lei, que é o seu significado, em razão dos seus fins.

A compreensão finalística da lei, ou seja, a interpretação teleológica, veio se firmando, desde as contribuições fundamentais de Rudolf von Jhering, sobretudo em sua obra *O Fim do Direito*. Atualmente, porém, após estudos de teorias do valor e da cultura, dispomos de conhecimento bem mais seguro sobre a estrutura das regras de direito, sobre o papel que o valor nela representa: o fim, que Jhering reduzia a juma forma de interesse, é visto antes como o sentido do valor reconhecido racionalmente enquanto motivo determinante da ação.

Barroso (2011, p. 286) afirma que a norma possui finalidades expressas e implícitas, v.g. as finalidades do Estado inclusas no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, como exemplo de finalidade expressa. Exemplo da outra, a finalidade implícita, tem-se a justiça, a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana. E os fins devem reverenciar os valores. A finalidade social da norma pode ser observada no *decisum* prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 444.999, da relatoria da Ministra Elen Gracie, que interpretou o artigo 14, § 7º da CF/88, a decidir sobre registro de candidatura a cargo de prefeito, em um caso envolvendo candidato separado de fato de filha do então prefeito, cuja sentença de divórcio fora prolatada no curso do pleito, cuja decisão fora favorável ao candidato, posto que a separação de fato ocorresse antes da candidatura e nesse momento não havia como se falar de perenização do poder na mesma família (SOARES, 2011, p. 184).

Assim, a interpretação teleológica depende da valorização que dependerá do hermeneuta, com base nas circunstâncias concretas de cada situação jurídica, procurando, destarte, definir um fim, a essência da razão do preceito normativo, para, a partir dele, delimitar o real significado. Requer-se, com isso, a sensibilidade do hermeneuta para captar os fins para os quais se elaborou a norma jurídica. A interpretação teleológica deve ter a serventia para os demais processos hermenêuticos, por convergir todas as técnicas interpretativas em razão dos objetivos informados pelo sistema jurídico (SOARES, 2011, p. 27).

No campo do Direito Marcário, Marques (2010, p. 116) vem informar que há uma insuficiência da interpretação literal, ante a exclusividade de seu uso, assomado pela insuficiência do próprio método interpretativo. O autor começa por dizer que o uso do método interpretativo literal e àqueles que se utilizam unicamente desse método são merecedores das críticas a eles direcionadas, citando frase de autoria direcionada a Vico, referenciada na obra de Carlos Maximiliano: “quem só atende à letra da lei, não de jurisconsulto; é simples pragmático”.²³ O autor revigora seu entendimento ao invocar pelo Código Civil de 2002, que após um complexo processo de elaboração, demandou muito tempo entre os primeiros passos de criação até sua entrada em vigor, sendo que, nesse interregno, as propostas iniciais deixaram de corresponder com as atuais necessidades dos cidadãos. Outro fator que macula a interpretação literal, segundo este autor, é a reiterada intervenção por parte dos parlamentares, durante as discussões para a aprovação do texto final da lei, levando-a a uma obra de vários coautores, que, apesar de democrático, macula a participação popular na criação jurídica, capazes até mesmo de comprometer a coerência e a uniformidade do texto, acarretando, em muitos casos, ambiguidades e mal-entendidos, podendo até mesmo causar danos aos jurisdicionados.

Para o autor acima, a interpretação literal, enquanto utilização única e excludente das demais formas de interpretação é um eterno caminhar distante da realidade que a norma jurídica pretende influenciar e que forçosamente revelou ao doutrinador e ao jurista a necessidade de outras formas de se interpretar os ditames dessa norma jurídica, a exigir evoluções na regulação de conflitos de interesses sem

²³ Marques (2011, pág. 116) faz alusão a essa frase, reportando a sua autoria a Vico, a partir desta obra: Maximiliano, **Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 112.

alteração de textos legais escritos, aproximando de forma ágil o Direito à realidade já diferente àquela outra realidade à época da promulgação da norma textual aplicável, na máxima de que a compreensão jurídica transcende a palavras inertes, tendo lugar até mesmo se tratar de normas recentes, ante a incerteza ou equívoco na escolha das expressões do texto (MARQUES, 2010, p. 122). Assim, este autor deduz a necessidade de uma interpretação para além do texto, a dizer que, a princípio, a compreensão do texto exige que ele seja lido e tenha suas palavras compreendidas – interpretação literal -. Assim, o autor percorre pelo método interpretativo lógico-dedutivo, caracterizado por buscar o sentido da norma por meio de um raciocínio dedutivo, constituído por silogismo, amplamente utilizado na vigência do Código Civil francês (teoria objetivista acima apontada). Depois, passam a se referir da interpretação histórica, a buscar as origens, as etapas de desenvolvimento dos institutos jurídicos por ele regulados, a informar que a interpretação histórica pode ter seu rumo na interpretação histórica remota quanto na interpretação próxima, tendo como paradigma o momento da promulgação da lei. Tem-se em conta, também, os materiais legislativos, os trabalhos preparatórios e os documentos produzidos pelo Poder Legislativo ou a ele encaminhado durante o processo legislativo, as exposições de motivos, as mensagens, os projetos e anteprojetos, pareceres, emendas e vetos, além do conjunto de circunstâncias que marcaram a gênese da norma (*occasio legis*). Finalmente Marques deságua na interpretação teleológica, cujo conteúdo firma-se na finalidade ou no fim do Direito como prática afastada da abstração querida pelos positivistas. Utilidade prática, essa é a finalidade da norma, a busca de propósitos para as normas jurídicas (MARQUES, 2010, p. 130).

Peremptoriamente a voz se insere no âmbito do direito da personalidade, conforme acima esposado, em seus próprios fundamentos, em conformidade aos conceitos doutrinários civilistas. No âmbito do Direito Constitucional, este direito – a voz humana – está incluída no âmbito dos direitos fundamentais, posto estar inserto no artigo 5º da Carta Magna, e, portanto, como tal deve ser tratado. Conforme Marmelstein (2013, p. 156), não foi apenas a propriedade de conteúdo material que for protegida pela lei maior. A chamada propriedade intelectual também mereceu atenção do Constituinte. O avanço tecnológico, obras intelectuais – livros, música, filmes -, afirma o autor, cada vez mais se torna difícil protegê-los, no campo do

direito autoral. Nesse interim, a norma tende a ser ampliada, não na sua literalidade, mas no campo hermenêutico. Certo é que, no campo dos direitos fundamentais, peculiar é a forma da linguagem abstrata, e de forte conteúdo ideológico de suas normas, a requerer da utilização de processos hermenêuticos como ferramenta necessária à legitimação do discurso jurídico. Para Marmelstein, na utilização da hermenêutica tradicional, o discurso jurídico é relativamente fácil, posto que a dificuldade se fixasse quando o texto normativo comporta várias interpretações possíveis. Outro problema, para esse jurista, é a ocorrência de antinomias, ou seja, conflito de normas, consubstanciado na ocorrência de duas ou mais normas a regular a mesma matéria, dando a solução diametralmente oposta. Nesses casos, a solução dos conflitos se dá pelo sistema hierárquico, cronológico e o da especialidade (MARMELESTEIN, 2013, p. 350).

A hermenêutica dos direitos fundamentais tem tratamento diferenciado das regras gerais da hermenêutica, fato derivado da admissão da aplicação direta e imediata desses direitos, obrigando o jurista a buscar soluções na própria Constituição. E as normas constitucionais tornam-se os parâmetros da argumentação jurídica. A dificuldade decorre do fato de os parlamentares, ao participar do processo constituinte, ali estavam representando grupos com interesses ideológicos diversos. Assim, o legislador constituinte optou por termos vagos, deixando a cabo do Judiciário a tarefa de solucionar os conflitos resultantes das ambiguidades constitucionais, obrigando-o a buscar soluções até mesmo fora do texto constitucional. Essa capacidade de complementação normativa dá-se o nome de ativismo judicial, a que Lenio Streck, com ponderação, começa por dizer que da crescente necessidade de se colocarem limites ao poder hermenêutico do Juiz. Portanto, aponta-se para o dever cada vez maior de o Juiz melhor fundamentar as suas decisões. Essa fundamentação será o limite da legitimação do Judiciário, enquanto exercente do Poder Estatal, já que os seus atores ali não se inserem pela escolha democrática do povo – o voto – e sim pelo concurso público. Nesse trilhar, aponta-se como elemento-chave para o discurso jurídico os princípios específicos de direito constitucional, a saber: i) princípio da supremacia da Constituição; ii) princípio da unidade da constituição; iii) princípio da interpretação conforme à Constituição; iv) princípio da máxima efetividade das normas constitucionais; v) princípio da concordância prática; vi) princípio da proporcionalidade. Além destes, ligados ao

Direito Constitucional, existem os que são ligados diretamente aos direitos fundamentais: i) princípio da supremacia dos direitos fundamentais; ii) princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais; iii) princípio ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; princípio de abuso de direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2013, p. 354-358).

Pois bem, o que se persegue é: a registrabilidade e a proteção das marcas sonoras – e da voz – no Direito brasileiro. Posto isso, e analisando a legislação e doutrina acima esposadas, pode-se perceber que há vários caminhos a serem percorridos, todos com a possibilidade de se chegar ao mesmo fim que se espera. Assim, pode-se da ideia de se proteger as marcas diretamente da legislação estrangeira e/ou nacional, ou de uma interpretação via EIRELI, que regula o direito que recai sobre a voz. Pode utilizar-se do Direito comparado, da aplicação direta dos tratados internacionais, das disposições já existentes na Constituição Federal e normas infraconstitucionais ou, *ultima ratio*, da hermenêutica e/ou da interpretação jurídica.

Pois bem, o primeiro caminho pode ser percorrido pelo Direito Comparado, sendo que a legislação estrangeira trata o tema pelo gênero – marca sonora -, a demonstrar que o interesse está diretamente ligado ao interesse comercial, uma vez que a principal lei, a LEURS francesa cuida dessa proteção com escopo à proteção da marca enquanto a sua capacidade econômica de gerar resultados financeiros para os detentores do direito de autor. Pois bem, essa lei influenciou toda a legislação de países que permitem o registro de marcas sonoras, a demonstrar que tal legislação deve influenciar também a legislação brasileira, a ponto de permitir a registrabilidade desse tipo de marca e, por conseguinte, dar-lhe a proteção requisitada. Por outro caminho, é possível que o jurista, ao conhecer do fato em concreto, através das ações judiciais, possa aplicar um entendimento capaz de proporcionar novos entendimentos jurisprudenciais acerca da registrabilidade das marcas sonoras, utilizando-se de paradigmas. Pela doutrina, é possível a construção de pensamento pautado no Direito comparado, na medida em que o Brasil seja um de relevância econômica, mas que não acompanha o pensamento do mercado internacional, cuja legislação afeta a matéria esteja desatualizada ou na contramão dos interesses de mercados globalizados. Países com mercados internacionais de força e relevância, como o americano, o japonês e os mercados da União Europeia

já inseriram em suas legislações a registrabilidade de marcas sonoras, assim como a devida proteção contra utilização inadequada e/ou não autorizada, restando ao Brasil acompanhar a tendência mundial.

Na segunda hipótese, percebe-se que há violação a das regras impostas no Tratado de Berna, que regula os tratados, na medida em que ela impõe a observância irrestrita dos tratados ratificados por países-membros da OMC – Organização Mundial do Comércio -. As disposições contidas na Convenção de Viena não possuem normas coativas, ainda assim podem ser utilizadas, posto representar os costumes internacionais, as a possibilidade de utilização dos órgãos judicantes da OMC. Em sendo a norma derivada do Direito internacional público, é possível se extrair desses tratados princípios vinculantes, tais como o da boa-fé, e as palavras ali consignadas devem ser interpretadas no contexto do sentido comum (BARBOSA, 2003, p.34).

Nessa seara, um dos tratados ratificados pelo Brasil e considerado no âmbito do comércio internacional um dos mais importantes, indubitavelmente é o TRIPS. Este tratado oferta proteção às marcas sonoras e aos direitos de autor, e que deveria ter incidência direta na legislação brasileira e por ela deva ser observado. Tal acordo tem seus estados membros como destinatários e a eles é imposto o dever de implementá-lo nos respectivos sistemas e práticas jurídicas (art. 1.1), e para isso, têm um prazo de um ano – para os países desenvolvidos – e cinco anos para os em desenvolvimento. Vale repetir que este endereçamento é para os estados membros e não os particulares, os quais devem observar, quando das suas legislações, as normas contidas nesse acordo internacional. Vale ressaltar que, para ter incidência direta, eis que a o TRIPS deveria ter o caráter de lei uniforme (como o tratado que regula cheques e letras de câmbio), posto ser esse o entendimento do STF (em sintonia com julgados de outros países) posto que, na ocasião legislativa, deve o Estado membro levar em consideração os seus interesses nacionais, (BARBOSA, 2003, p. 85).

No processo interpretativo de norma superior, entende-se que o TRIPS deveria ter observância como regra hierarquicamente superior às leis infraconstitucionais ou quiçá deva ter observância como regra constitucional, ao menos nas disposições que regulam matérias consideradas direitos fundamentais.

Ora, a proteção da voz – que por interpretação deva se estender às marcas sonoras – foi inserida como direito fundamental de primeira geração ou quiçá dimensão (expressão da lavra de Paulo Bonavides), em seu artigo 5º -. Assim, no Brasil, ao se rejeitar a ideia de registrabilidade das marcas sonoras, certamente se está violando tratados internacionais.

No terceiro plano, há meios possíveis de proteção das marcas sonoras por derivação direta da Constituição Federal, por interpretação do seu texto e utilizando-se de uma interpretação extensiva, uma vez que nela – na Constituição Federal - literalmente o legislador constituinte fez inserir a proteção da voz. Assim, a Constituição Federal (em seu artigo 5º, inciso XXVIII, alínea a) ao assegurar a proteção à reprodução da voz humana, cobra do legislador ordinário e/ou do jurista uma interpretação extensiva ou quiçá teleológica de que essa proteção se estenda às marcas sonoras – posto se aquela espécie, enquanto esta lhe sobressai como gênero -. Assim, e por ser o legislador constituinte, como *mens legislatoris* da década de 80 do século passado, época de revolução política no Brasil, tenha sido acanhado em somente se referir ao direito de voz, e que, em tempos modernos, este artigo 5º, inciso XXVIII, alínea “a” devesse ser emendado, para experimentar melhor as experiências derivadas dos tratados internacionais e do Direito comparado. Assim, eis que se percebe que ao proteger a voz e não diretamente a marca sonora – e nela já se estaria protegendo o direito que recai sobre a voz -, o legislador se rendeu a interesses da época ou quiçá estivesse alheio à regra de observância dos tratados internacionais. Assim, ao se querer proteger o direito que recai sobre a voz humana, perceber-se que o que se quis foi proteger a marca sonora enquanto gênero.

Por último, eis que a registrabilidade e a proteção das marcas sonoras podem ser observadas pela legislação infraconstitucional, seja pelos dispositivos do Código Civil, seja pela lei da EIRELI. Conforme se depreende do que acima fora exposto. Ou seja, a doutrina discute qual a natureza jurídica da voz: se compõe o direito de imagem ou se está acobertada pelo direito de personalidade. Como direito de imagem, a proteção é objetiva e tem o seu ponto de observação no valor econômico mensurável, como bem capaz de possuir valor intrínseco, destacado do valor do produto ou da empresa que esta marca é capaz de individualizar ou diferenciar. De outra banda, a voz também é considerada por parte da doutrina como bem

integrante do direito de personalidade, pois individualiza e diferencia a pessoa do autor da criação intelectual. Nesse ponto, a proteção querida se finca na pessoa do emissor da voz, e protege o seu direito como elemento ínsito da sua condição humana. Nesse interim, há a possibilidade da proteção das marcas sonoras por via da interpretação extensiva e/ou teleológica, posto ser a voz um elemento sonoro.

Tal disposição encontrou maior força com a edição da lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, cognominada como a lei da EIRELI, esta sigla a representar empresa individual de responsabilidade limitada, cuja força foi suficiente para se fazer inserir no Código Civil, dentre outros, o artigo 980-A (bem verdade, inseriu-se Código Civil, no livro do Direito da empresas, um novo título I-A, da empresa individual de responsabilidade limitada). E que esta lei dispõe a possibilidade de cessão dos direitos decorrentes dos direitos relativos a marcas e dos direitos que recaem sobre a voz humana (§5º da referida lei da EIRELI). Aqui, expressamente o legislador infraconstitucional se refere marca e voz. Portanto, deve-se ter duas ou três indagações: Uma: quando o legislador, na lei da EIRELI, se refere a marcas, estaria ele falando de todas as marcas, nela compreendida as marcas sonoras? Duas: quando o legislador fala de cessão dos direitos da voz, nela está incluída a marca sonora? Três: quando o legislador regula o direito de remuneração devida de cessão de marca e voz, estes dois termos devem ser lidos conjuntamente, e assim se poder dizer, com maior firmeza, que a marca sonora está com proteção legal?

Assim, é possível que, ao se perseguir uma proteção às marcas sonoras e ao direito que recai sobre a voz humana, pode o legislador e/ou o aplicador da lei caminhar por quaisquer dos métodos acima apontados, seja por aplicação do Direito, seja por observância da aplicação direta de disposições integrantes de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário – por sua prevalência ante disposições jurídicas infraconstitucionais, ou conforme queiram, por hierarquia constitucional desses tratados, por veiculação de matéria de direitos fundamentais -, seja por interpretação teleológica da Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXVIII, alínea a), ou por interpretação infraconstitucional havida no Código Civil, pelas alterações implementadas pela lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, cognominada como a lei da EIRELI, a qual trata expressamente do direito que recai sobre a voz humana.

Pois bem, a voz humana é parte integrante das marcas sonoras, o legislador ordinário, ainda que de forma acanhada, na medida em que regrou a possibilidade de cessão de direitos derivados de imagem e voz humana, contudo para apenas empresas prestadoras de serviços, afastando do dispositivo as empresas outras EIRELIS que exerçam outros tipos de atividades, e deixou claro que somente as empresas prestadoras de serviços são autênticas possuidoras do direito de uso de marcas sonoras (as empresas de radiodifusão). Assim, pode-se ter mente duas coisas: a visão que o legislador levou em consideração o segmento empresarial da radiodifusão e que avistou na legislação o direito que recai sobre a voz humana.

CONCLUSÃO

O que se buscou, no presente trabalho, foi uma sustentação argumentativa para que possibilite a registrabilidade das marcas sonoras, nela incluída o direito que recai sobre a voz humana, para que se possa afastar a interpretação literal dada pelo INPI ao artigo 122 da lei 9.279/96, que sustenta a decisão de que tais marcas – sonoras e voz – não se enquadram como “visualmente perceptíveis”, incluindo-as como marcas não registráveis. Para tanto se fez obrigatório um estudo apurado das marcas como um todo, para depois se debruçar sobre marcas sonoras e, no final, um olhar mais apurado no direito que recai sobre a voz humana.

A função das marcas, nos períodos iniciais, era a de apontar a origem (país, região e ou localidade) e a procedência (qualidade) dos produtos e estava adstrita a produtos derivados da indústria – período industrial que permeou a idade média e a moderna, dando-lhe a transformação inicial dos meios de produção, posto que, antes disso, as marcas servissem tão somente para identificar a propriedade de bens. Posteriormente – certo que pela influência das grandes descobertas impulsionadas pelo iluminismo e pelas grandes navegações, com expansão de mercados – eis que a marca se fez necessária para o comércio. Hodiernamente, as marcas são necessárias ao setor de serviços (MALLMANN, 2014, p. 1). E o conceito de marcas também se ampliou, saindo do conceito experimentado pelo artigo 122 da lei 9.279/96, conforme leciona Mallmann (2014, p. 01):

Em linhas gerais, as Marcas consistem em um sinal distintivo, visualmente perceptível, cuja finalidade precípua é identificar produtos e serviços,

distinguindo os de outros que sejam idênticos ou semelhantes, mas que possuem origem diversa. É o que preceitua a atual Lei da Propriedade Industrial, Lei 9.279/96, ao dispor no art. 122 que “são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais” (...).

Hodiernamente, ampliou-se o conceito de marca. Pinto Coelho, professor da Faculdade de Direito de Lisboa, observa que “a marca é empregada atualmente não apenas como indicativo do comércio ou da produção industrial, mas também para indicar outras operações diversas, como: a) escolha do produto ou mercadoria; b) a verificação da qualidade; c) as condições de fabricação”. Conforme assinalado anteriormente, a marca tinha, a princípio, a função restrita de indicar a origem ou a procedência da produção industrial, as “marcas de indústria”, posteriormente, evoluiu para também indicar as “Marcas de Comércio” e as “Marcas de Serviços”.

Contudo, com a evolução experimentada, as marcas deixaram de ter o somente a função de identificar a origem e procedência de produtos e serviços, ou até mesmo de identificar o fabricante – o que trazia maior valor às empresas – e passaram a ter valor autônomo, agregado, e, em certos casos, a ter valor superior ao da própria empresa produtora ou dos produtos por elas – as marcas - representados. E às vezes a marca e ou o produto é mais conhecido que a empresa que o produz (v.g., a Unilever, empresa anglo-holandesa que produz nomes consagrados como Omo, Comfort, Fofo, Seda, Lux, Dove, AdeS, Close Up e Rexona)²⁴. Assim, essas marcas se tornaram conhecidas mundialmente por todos os consumidores, que, na maioria, ignoram quem os produz. Outras vezes, o fabricante passa a ser conhecido através da sua marca registrada, caso da Gillette, marca de aparelho de barbear mundialmente conhecida, e que pertencia a The Gillette Company (atualmente Gillette é uma marca de propriedade da empresa Procter & Gamble)²⁵. Agora a marca sonora identifica o caráter intelectual do seu criador, trazendo-lhe um caráter pessoal ligado ao direito de personalidade, fato que interessa diretamente os profissionais da radiodifusão.

Deste ponto – do caráter da interpretação literal do artigo 122 da lei 9.279/96 - , poder-se-ia dizer que as marcas passaram a ter caráter de registráveis e não-registráveis, onde, no artigo 124 dessa mesma lei de propriedade intelectual, se aviste a discussão ser ela compostas de rol taxativo ou não (*numerus clausus ou numerus apertus*). Portanto, esse artigo 124 traz em seu bojo um rol de vinte e três

²⁴ UNILEVER: In <http://pt.wikipedia.org/wiki/Unilever>. Acessado em 13.06.2015.

²⁵ Idem.

incisos, todos dispendo de elementos não registráveis como marca, e, em nenhum deles, constam marca sonora e voz como sinais não registráveis como marca.

Para maiores esclarecimentos, avançou-se sobre a legislação nacional e estrangeira com elementos do direito comparado, como premissa para se entender a legislação que afeta um mercado comum internacional, dado a mercados globalizados e que necessitam estarem paripassos em suas legislações. A primeira legislação a ser analisada foi a francesa, a partir da LEURS e do seu Código de Propriedade Intelectual de 1992, que teve como serventia de melhorias no campo de prática profissional e o objeto de instituições administrativas nacionais ou supranacionais, conforme leciona Barbosa 2002, pág. 02).:

O Código de Propriedade Intelectual francês, de 1992, tentativa inaugural de um corpo nacional integrado de normas sobre o tema, não foi, ainda, um parâmetro de racionalidade e sistematização comparável ao Code Civil de Pothier. Código em nome, na verdade consolidação de normas preexistentes, sem evidenciar-lhes o sistema comum, a norma francesa será, possivelmente, um teste para o desenvolvimento de um Direito, no que hoje persiste sendo apenas um campo de prática profissional e o objeto de instituições administrativas nacionais ou supranacionais.

A União Europeia regulou marcas na Diretiva 89/CEE, e os Estados Unidos da América o fizeram através das leis do *copyright*, do *right of privacy* e do *the right of publicity*, onde o primeiro regula o Direito autoral, ou direito de uso – propriedade - ; a segunda e a terceira são empregadas em referência ao rol de direitos dos autores sobre suas obras intelectuais, sejam estas literárias, artísticas ou científicas. Segundo a doutrina jurídica clássica, nesse rol encontram-se direitos de natureza pessoal e patrimonial, também denominados direitos morais e direitos patrimoniais, respectivamente. Pois bem, nota-se que estes países, de plano, deram indícios da proteção que se queria às marcas sonoras.

A LEURS francesa tem significado importante para o desvelar das marcas sonoras e do direito que recai sobre a voz humana, na medida em que se aquilata com a lei da EIRELI brasileira e por ter servido, em conjunto com o Código de Propriedade francês, como parâmetro legislativo para que a OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual – instituição ligada a ONU – Organização Nações Unidas, em suas legislações sobre propriedade intelectual e, principalmente, para a OMC – Organização Mundial do Comércio, que, quando da rodada do Uruguai gerou

o Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT), em 1994, documento que deu origem ao TRIPS - Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - (ou Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual). Tal acordo traz em seu bojo a regulação e proteção dos direitos dos artistas-intérpretes, produtores de fonogramas (gravações sonoras) e organizações de radiodifusão (Artigo 14 do TRIPS), transbordando o assunto que de início se firmava apenas em marcas visuais, para proteção dos direitos de marcas sonoras, desta feita protegendo o direito dos profissionais e empresas ligadas à radiodifusão.

Tal regra influenciou a legislação de diversos países - v.g., EUA - e da própria União Europeia, que, conforme se lhe foi dito, eis que legislou a matéria levando como base a legislação francesa. A União Europeia editou a Diretiva 89/101/CEE, cujo artigo 2º regulava as marcas sonoras e que serviu de fundamentação jurídica para a decisão judicial exarada nos autos do processo movido pela empresa Shield Mark em face da empresa Joost Kist por contrafação, na medida em que esta empresa se utilizava do “canto do galo” utilizada por aquela outra empresa como marca sonora distintiva (MARQUES, 2010, p. 97). Já os Estados Unidos também regulou o direito de proteção das marcas sonoras, como dito, através da lei do copyright, do right of privacy, e do the right of publicity. Tal entendimento também influenciou legislações latino-americanas, tais como Chile e Argentina, que de certo modo proporciona proteção legal às marcas sonoras.

No Brasil, atualmente, tem-se como marco regulatório das marcas, das marcas sonoras e do direito que recai sobre a voz humana a Constituição Federal, a lei 9.279/96, e a recente lei das EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – (Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011). Quanto ao interesse ao objeto da pesquisa, eis que foi destinada uma atenção maior ao tratamento jurídico dado às marcas sonoras e o direito de voz, realizando uma leitura mais acurada da legislação e das possibilidades de maiores rigores interpretativos, com a finalidade de subsidiar uma mudança de paradigma do modelo de interpretação literal empregado pela INPI cujo interesse seu é o de afastar as marcas sonoras como elemento identificador e diferenciador de produtos e serviços e ou capaz de, por si só, ter valor comercial autônomo. Assim, e apesar de a voz ser um elemento constitutivo da marca sonora, eis que se começou por aquela, e não por essa, já que a legislação nunca faz referência à proteção da marca sonora, mas em diversos textos jurídicos faz

referencia ao direito de voz. De plano, e de saber, por quanto adiantamento conclusivo, que no Brasil, a marca sonora transita pela seara interpretativa e de decisão judicial, assim como dependente de uma *interface* com a doutrina e com a legislação estrangeira, nos moldes do Direito Comparado.

Pois bem, a voz humana é elemento constitutivo da marca sonora. E a voz – assim como as marcas sonoras – também tem proteção no campo legislativo internacional, apontando-se a legislação Francesa como parâmetro ideal – na medida em que influenciou a legislação marcária de diversos países e é a base da legislação da União Europeia. Assim, os franceses regularam as marcas sonoras através do documento jurídico LEURS - *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (com tradução LRUE - empresa unipessoal de responsabilidade limitada) a regular o direito marcário no seu artigo L 711-1, elencando os sinais sonoros a partir de sons e frases musicais. Mas, a legislação estrangeira de suma importância para o direito marcário é o acordo TRIPS, adotada pela OMC como instrumento normativo marcário para ser seguido por todos os estados membros. No seu artigo 14, há a previsão de proteção da marca sonora, nele compreendido o direito que recai sobre a voz humana.

O TRIPS foi ratificado em 1994, e o Brasil efetivamente se obrigou ao Acordo TRIPS a partir de 1º de janeiro de 2000, data em que expirou o prazo de adequação aos países em desenvolvimento. Assim dispõe o Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, do então Presidente Itamar Franco. Esse decreto inseriu na legislação interna o Acordo TRIPS, por força do Decreto Legislativo nº 30/1994, do Congresso Nacional. Considerando que a ata final que incorpora aos resultados da rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Maraqueche, em 12 de abril de 1994 já foi inserida no sistema jurídico interno, eis que se apontam dois caminhos a serem seguidos no campo da aplicabilidade do Direito Internacional na ordem jurídica interna: i) a superioridade hierárquica da norma internacional veiculada em tratado internacional ratificado pelo Brasil ante a legislação infraconstitucional; ii) a possibilidade de esse tratado ser considerado norma constitucional, por veicular matéria afeta aos direitos fundamentais (como o é o direito que recai sobre a voz humana). Mesmo assim, a marca sonora e o direito que recai sobre a voz humana continuaram sem amparo jurídico, porquanto os seus registros continuam sendo impedidos pelo órgão governamental competente.

Por tudo isso, no Brasil, tornou-se matéria tormentosa e passa rigorosamente pelos planos hermenêuticos e de interpretação jurídica. Debruçou-se, então, sobre o assunto, e pode-se afirmar que a marca sonora, ainda que não tenha a proteção jurídica por força de interpretação literal do INPI ao artigo 122 da Lei 9.279/96, eis que está inserida em textos jurídicos outros. Mas, ao se interpretar, no campo constitucional, o direito das marcas sonoras (e a voz humana) tem-se que a Constituição Federal de 1988 literalmente regula a voz, em seu artigo 5º (precisamente na alínea a do inciso XXVIII). Eis que nessa alínea o legislador constituinte conferiu proteção à reprodução da voz humana, assim como proteção a imagem. Daqui se extrai que o legislador Constituinte adentrou noutra questão: a natureza jurídica da voz humana.

Houve questionamentos acerca da natureza da voz humana: se direito autoral de caráter patrimonial ou pessoal e que, ao se entender ser de caráter pessoal, reabriu-se outra discussão: ser a voz um direito afeto a imagem ou como direito autônomo ligado à personalidade. Primeiro, em uma análise do artigo 5º, inc. XXVIII alínea “a” da CF/88, o legislador constitucional foi enfático em dispor que “... e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”. Assim, entende-se que o legislador constituinte pôs fim à acirrada querela doutrinária acerca da natureza jurídica do direito que recai sobre a voz humana: ele é personalíssima e autônoma.

Mas a doutrina tem outro campo fértil para perseguir essa natureza jurídica dada à voz humana: o Código Civil. Persegue-se uma natureza jurídica afeta a personalidade, cujo escopo é senão outra: a proteção do direito ligado à personalidade do autor intelectual – e não o direito de autor, afeto ao direito de uso, quase sempre pertencente a quem promove e patrocina o evento -. Sendo direito de personalidade, eis que o autor intelectual terá a seu favor a proteção jurídica, inclusive o de proibir e o de desistir das autorizações previamente concedidas. Aqui se aponta como possível o real motivo da denegação dessa proteção jurídica: o direito de desistência. Mas não será por muito tempo, é o que esperam os profissionais da radiodifusão. Diz-se isso, pois a lei da EIRELI (Lei 12.441/11, de 11.7.2011) introduziu norma jurídica no Código Civil, através do parágrafo 5º do artigo 980-A, regulando a possibilidade da cessão de direito afeto a voz e imagem (novamente o legislador afastou a voz do conceito de imagem). Ora, não se poder

ceder aquilo que legalmente não é reconhecido como direito. Logo, o direito que recai sobre a voz humana já é reconhecido pela norma interna.

O que se descortinou foi que a voz, em sendo direito ligado aos de personalidade, é, portanto, inalienável e irrenunciável, na medida em que é direito pessoal. Portanto, não se está em questão a cessão desse direito, e sim o direito de uso do autor, que é coisa totalmente diferente. Esse direito – de uso do autor – não comporta proteção absoluta e pessoal, e, portanto, pode ser objeto de disputa no âmbito comercial. Pode o seu detentor – o autor intelectual – usar, gozar, dispor e reaver. Mas o detentor do direito de autor, só dispõe do direito de uso. Então tem-se como legislação (que pode ser aplicada junta ou isoladamente) o TRIPS, a CF/88 o Código civil e a Lei da EIRELI, enquanto se refere ao direito que recai sobre a voz humana. De outra banda, eis que os doutrinadores, em sua maioria, procuram firmar a voz humana no campo dos direitos fundamentais, eis que ligados à dignidade da pessoa humana. Aqui, o alcance se dá através de processos interpretativos de cunho teleológico, que busca a causa final da regra jurídica.

Ora, a interpretação de um dispositivo jurídico deve ser o mais amplo e completo possível, capaz de afastar a não-registrabilidade da voz - e da marca sonora como um todo-, porquanto o método literal empregado pelo INPI ao artigo 122 da lei 9.279/96 se mostre insuficiente. Assim, apontou-se que os métodos interpretativos utilizados em sua inteireza e composto pelo sistema gramatical, histórico, sistemático e teleológico, seria o ideal, alertando que a moderna doutrina se inquina pela teoria finalista da norma jurídica (aos moldes de lições de André Ramos Tavares e Luiz Roberto Barroso), onde a primazia é pelo método teleológico.

Desse modo, e em uma interpretação teleológica, eis que o legislador deixou claro o reconhecimento do direito que recai sobre a voz humana, com possibilidade de alerta ao INPI da necessária reforma de entendimento interpretativo, com escopo o de permitir a registrabilidade desse direito, cuja consequência é a proteção jurídica cabal. E a finalidade que se aponta na legislação pátria é a sua adequação aos parâmetros exigidos pelos mercados globais, que, com os avanços da tecnologia, exigem proteção aos direitos das marcas sonoras e da voz. Contudo, o que se nota é que, no Brasil, a proteção está sendo ao avesso do caminho trilhado pelo direito internacional, na medida em que a legislação estrangeira começa por dar proteção à

marca sonora, e nelas inserida o direito sobre o uso da voz humana, esta enquanto parte integrante daquela. No Brasil, há uma percepção de que o legislador regulou o direito que recai sobre a voz humana, mas em nada tratou sobre marcas sonoras, a demonstrar que começou pela sua parte constitutiva – a voz integra marcas sonoras -. Porém, outra matéria deve ser objeto da doutrina e da jurisprudência (apontando-se a preferência pela jurisprudência do tipo ativista reveladora): ao proteger a voz, o legislador ali incluiu as marcas sonoras como um todo? Certo que sim, posto que, em um plano cartesiano, a parte, como objeto de pesquisa, deve representar o todo. Desse modo, eis que o que se buscou foram caminhos a ser percorridos, a título de hermenêutica e interpretação da produção jurídica brasileira ora existente, com escopo o desvelar de uma possibilidade de se dar proteção às marcas sonoras, desta feita por um caminho inverso ao que se foi percorrido pela legislador estrangeiro, na medida em que, nos países que optaram por proteger o direito que recai sobre a voz humana, tal direito se deu por derivação da proteção jurídica das marcas sonoras, num percorrer do todo para a parte. Contudo, e como se viu, o legislador brasileiro optou por proteger a voz humana, inclusive a título constitucional, deixando passar a largo as marcas sonoras, exigindo, destarte, uma construção interpretativa mais apurada, sendo certo que, ao se conseguir a proteção da marca sonora por essa via, então será possível dizer que o percurso foi da parte para o todo.

Nesse toar, temos que a princípio, tem-se como parâmetro a Constituição Federal de 1988, que literalmente regulou a proteção à voz humana, conforme se avista do seu artigo 5º, inciso XXVIII, alínea “a”, que regular a proteção do direito do autor, em reproduções da imagem e da voz, inclusive em atividades desportivas. Tal artigo é a pedra fundante dos direitos individuais do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I - Dos direitos e deveres individuais e coletivos, da CF/88. O legislador constituinte vislumbrou, aqui, duas regras importantes: i) a elevação da matéria a título constitucional; ii) a proteção da voz como direito fundamental. Em uma interpretação conjunta com o Acordo TRIPS, eis que tal regra se impõe, na medida em que as suas normas – diga-se, as do TRIPS – tem caráter constitucional, posto que veiculasse matéria que a própria constituição já informa como tal. Nesse trilhar, não se pode aceitar uma interpretação de que as regras do TRIPS não teriam aplicação imediata e superior às regras infraconstitucionais,

apenas por não serem elas portadoras de caráter uniforme, aos modos dos acordos internacionais relativos a títulos de crédito extrajudiciais (sem se olvidar que os acordos referentes títulos de crédito não interessam ao direito autoral, mas ao das empresas concessionárias de crédito). Nessa seara, o TRIPS protege o direito do autor através da proteção das gravações sonoras, experiência do seu artigo 14, que, de uma forma ampla, oferta proteção de artistas-intérpretes, produtores de fonogramas (gravações sonoras) e organizações de radiodifusão.

Adiantando-se para a interpretação da legislação infraconstitucional, seria possível dizer que haveria uma interpretação correlata do Acordo TRIPS com o disposto no Código Civil, principalmente após as mudanças que se lhe aplicou a lei da EIRELI. Assim, o TRIPS informa que:

Art. 14 (...)

1. No que respeita à fixação de suas apresentações em fonogramas, os artistas-intérpretes terão a possibilidade de evitar a fixação de sua apresentação não fixada e a reprodução desta fixação, quando efetuadas sem sua autorização. Os artistas-intérpretes terão também a possibilidade de impedir a difusão por meio de transmissão sem fio e a comunicação ao público de suas apresentações ao vivo, quando efetuadas sem sua autorização.

Tal disposição contém elementos que fundamentam uma interpretação capaz de suprimir a deficiência interpretativa do INPI: o artista-intérprete tem a possibilidade de evitar ou proibir a fixação de sua apresentação, ou de impedir a sua difusão de comunicações porventura realizadas ao vivo, quando efetuadas sem autorização. Pode-se dizer que o que se avista nessa regra é a natureza pessoal de caracteres que somente o espírito humano é capaz de produzir, reconhecendo-se, por tal, como um direito afeto à personalidade.

Assim, é certo que a voz, enquanto elemento humano, é direito de personalidade, e, portanto, objeto de regulação civilista, v.g., do Código Civil. Portanto, tem a proteção que o legislador destinou aos direitos afetos a personalidade, cujos direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (art. 11 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Vale dizer que a experiência da proteção afeta aos direitos de personalidade alcança, na seara autoral, apenas o direito do autor enquanto obra oriunda do seu espírito humano, não o direito de uso – a possibilidade de comercialização do uso -.

Contudo, o Código Civil sofreu alteração pela Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, que se lhe fez inserir, dentre outros, o artigo 980-A, o qual traz, em seu parágrafo 5º, regras atuais que implicam na proteção do direito de uso da voz humana. Assim, e novamente, o legislador não avançou sobre um direito tido como de personalidade, mas o seu uso, porquanto rege a cessão do direito que recai sobre a voz humana. Não disse o legislador ordinário que seria transferido o direito da voz, mas os direitos patrimoniais dela decorrente.

Pois bem, a voz humana já está com a proteção – e o direito patrimonial dela decorrente –, na medida em que o legislador reconhece a sua intransmissibilidade e a sua irrenunciabilidade (portanto, reconhece o seu caráter de direito afeto à personalidade). O que se persegue, agora, é a proteção mais ampla, a das marcas sonoras como um todo. A voz é parte integrante das marcas sonoras. Mas o legislador ordinário novamente se acanhou ou quiçá trilhou na contramão do reconhecimento da incidência do Acordo TRIPS na ordem interna. Pois bem, que se faça uma interpretação em conjunto: Acordo TRIPS, Constituição Federal, Código Civil e lei da EIRELI. Assim, pode-se chegar a um entendimento: A legislação brasileira reconhece as marcas sonoras com um direito digno de proteção, necessitando apenas que o legislador e ou o intérprete autêntico deem o entendimento que se espera: uma decisão que imponha a registrabilidade das marcas sonoras como direito digno de proteção.

Tal direito afeta uma elevada gama de profissionais, principalmente os que laboram com radiodifusão. Assim, têm-se os intérpretes, o ator de rádio, o ator fonográfico, o dublador, o declamador, o narrador, o cantor, o radialista, como principais destinatários dessa norma. E é de suma importância que o legislador insira no ordenamento jurídico pátrio a norma esperada, para que a discussão seja vencida, e que a registrabilidade não dependa da interpretação jurídica e ou de ordem judicial.

REFERÊNCIAS

Bibliografia citada:

ARENDT, H. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ASCENÇÃO, J. O. **Direito autoral**. Rio de Janeiro Forense, 1980.

BARBOSA, D. B. **O Direito Constitucional dos signos**. In: JABUR, W. P. e SANTOS, M. J. P. (coords.). **Propriedade intelectual: sinais e tutela judicial e administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Propriedade intelectual. A aplicação do Acordo TRIPS**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2003.

_____. **O Conceito de Propriedade Intelectual**. In: denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/110.doc. Acessado em 13/06/2013.

BARBOSA, P. M. N. **Direito civil da propriedade intelectual: o caso da usucapião de patentes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BARROS, C. E. C. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007.

BARROSO, L. R. **O novo Direito Constitucional Brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Ba dpqm.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma nova dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. revi. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASSO, M. **Propriedade intelectual na era pós-OMC: Especial referência aos países latino-americanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1824**. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acessado em 03 de março de 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acessado em 03 de março de 2014.

BRASIL. Lei 10.406/2002 – **Código Civil.** In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acessado em 03 de março de 2014.

BRASIL. Lei 12.441/2011. **Lei das Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada.** In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acessado em 03 de março de 2014.

BOURDIEU, P. **O Poder simbólico.** Trad. Fernando Thomás. 14^a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2010.

CARMINATTI, A. **A aplicação do TRIPS na ordem jurídica interna.** Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual -. Edição especial TRIPS. Ed. nº 17, jul-ago, 1995 Pág. 13 a 17.

CARVALHO, N. P. de. **A propriedade intelectual em mercados regulados: os casos das indústrias farmacêuticas e automotiva.** Curitiba: Juruá, 2013.

COMUNIDADE EUROPEIA. **Directiva 89/104/CEE, de 21 de dezembro de 1988.** In: Jornal Oficial da Comunidade Europeia nº L 40/1, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0104&rid=13>, acessado em 23.07.2014.

CORREIA, J. A.; FARIA. B. L. **Sinais não registráveis.** In: JABUR, W. P. e SANTOS, PEREIRA. M. J. (coords.). **Propriedade intelectual: sinais e tutela judicial e administrativa.** São Paulo: Saraiva, 2007, P. 209-267.

COZIAN, M.; VIANDIER, A.; DEBOISSY, F. **Droit des Sociétés.** 12^e me édition. Paris: Litec, 2009.

CUVELIER R.; JARDIN C. **Les difficultes de depot et D' enregistrement des marques sonores et olfactives.** In: <http://emmanuel.poteaux.pagesperso-orange.fr/sonodeur.doc>. Acessado em 23.07.2014.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Vol. I: Teoria geral do direito civil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo.** 19^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DOMINGUES D. G. **Marcas e Expressões de Propaganda.** Rio de Janeiro; Editora Forense, 1984.

FERRAZ Jr., T. S. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão e dominação.** 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRAZÃO, A. **Função Social da empresa: repercussões sobre responsabilidade civil de controladores e administradores de S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Como classificar as pesquisas.** In: http://200.17.83.38/porta1/upload/com_arquivo/metodologia_de_pesquisa_aplicavel_as_ciencias_sociais.pdf acesso em 24.05.2014.

HORGAN, J. K; HICKS, L. **A lei das patentes, marcas registradas e direitos autorais nos Estados Unidos após a rodada Uruguai.** Revista ABPI nº 17. São Paulo: Jul/ago de 1995.

HÖRSTER, H. E. **A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil.** 5ª reimpr. Manuais universitários. Coimbra: Almedina, 2009.

KISCHELEWSKI, F. L. N. **Entenda o direito autoral.** In: <http://www.aprendebrasil.com.br/pesquisa/swf/DireitoAutorial.pdf>. Acessado em 15.03.2015.

LACERDA D. O. **Direito da personalidade e integridade psicofísica.** Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

MALLMANN, Q. **O poder das marcas: marcas registráveis e não registráveis.** PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição nº 05/2014, p.29 a 35 Fev/2014. In: <http://www.pidcc.com.br/artigos/052014/02052014.pdf>. Acessado em 13.06.2015.

MARMELSTEIN, G. **Curso de direitos fundamentais.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, R. L. P. **Marcas sonoras no Direito Brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2010.

MAUSS, M. **Ensaio Sobre a Dádiva. Forma e Razão das Trocas nas Sociedades Arcaicas.** In: Revista de Sociologia e Antropologia, Vol. II, São Paulo: EDUSP, 1994.

MAZUOLLI, V. O. de. **Tratados internacionais.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

MEDEIROS, H. G. **Medidas de fronteira TRIPS-PLUS e os Direitos de Propriedade Intelectual.** Curitiba: Juruá, 2012.

MOREIRA, E. R. **Direito Constitucional.** Atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MORO, M. C. F. **Direito das marcas: abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, S. L. **Direito autoral, direito antitruste e princípios constitucionais correlatos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OLGUIN, P. R. **A empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI instituída pela Lei nº 12.441/2011 e sua importância social**. in: <http://jus.com.br/artigos/23881/a-empresa-individual-de-responsabilidade-limitada-eireli-instituida-pela-lei-n-12-441-2011-e-sua-importancia-social>. Elaborado em 2012. Publicado em 2013. Acesso em 27.04.2014.

OLIVEIRA NETO, G. H. de. **Manual de Direitos das Marcas. Aquisição, posse, direito de precedência ao registro e proteção contra a fraude e concorrência desleal**. São Paulo: Editora Pillares, 2007.

PASCALE LEONARDI, F. S. **Voz e Direito Civil: proteção jurídica da voz: evolução e fundamentação legal**. Barueri, São Paulo: Manole, 2013. (Coleção Direito autoral contemporâneo/Coordenadora Salmara Juny de Abreu Chinellato).

PESSOA, F. M. G. **Manual de Metodologia do Trabalho Científico: Como Fazer uma Pesquisa de Direito Comparado**. Aracaju: Evoca ti, 2009.

PERLINGIERI, P. **Perfis do Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ªed. rev. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar> 2002.

PINHO, J. B. **O poder das Marcas**. 3ªed. São Paulo: Summus Editorial, 1996. In: <http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=xg5xXtXBrBsC&oi=fnd&pg=PA7&dq=o+poder+das+marcas&ots=knpy466S2W&sig=iSnkR5X0VV9gEO6qdb9IYlbDoM#v=onepage&q=o%20poder%20das%20marcas&f=false>. Acessado em 04 de abril de 2014.

PRONER, C. **Propriedade Intelectual e Direitos Humanos: sistema internacional de patentes e Direito ao desenvolvimento**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed., 2007.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 19ªed. São Paulo, 1991.

RIBEIRO, M. J. S. P. dos. **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada**. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. In: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/MariaJuliaRibeiro.html. Acesso em 27.04.2014.

ROUSSEAU, J. **Discurso da origem da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUA, M. G. das. **Análise e Políticas Públicas: Conceitos Básicos.** In: RUA, M. G. das e CARVALHO, M. I. V. (Orgs.). **Estudos da Política: Estudos Especializados.** Brasília: UNB, Paralelo 15, 1999.

SAYEG, R.; BALERA, W. **O Capitalismo Humanista.** 1ªed. POD. Petrópolis, KBR, 2011.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SIQUEIRA, A. M. de. **Direitos da personalidade.** In: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509.

SOARES, R. M.F. **Hermenêutica e Interpretação jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, A. R. **Direito Constitucional da Empresa.** São Paulo: Editora Método, 2003. Capítulo I e II, págs. 15 a 86.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 9ªed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

VENDRUSCOLO, W. **Direito à própria imagem e sua proteção jurídica.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. In: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/16704/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Vers%C3%A3o%20Final.pdf?sequence=1>. Acessado em 07.03.2015.

VIANA, J. R. A. **A teoria do diálogo das fontes.** In: <http://jus.com.br/artigos/18279/a-teoria-do-dialogo-das-fontes>. Acesso em 04 de abril de 2014.

YOSHIKAWA, E. H. O. de. **Controle jurisdicional do processo de cassação de mandato parlamentar por falta de decoro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 864, 14 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7596>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2014.

ZANOTI, L. A. R. **Empresa na ordem econômica. Princípios e função social.** Curitiba: Juruá, 2009.

Bibliografia consultada:

ABRANTES, A. C. S. de. **Introdução ao sistema de patentes: aspectos técnicos, institucionais e econômicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda H.S. Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2ªed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

AVILA, H. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ªed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Reivindicando a criação usurpada. (A adjudicação dos interesses relativos à propriedade industrial no Direito brasileiro – Prefácio -)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Yuris, 2010.

_____. **Propriedade intelectual. A aplicação do Acordo TRIPs**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Yuris, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, C. R. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª ed., rev., e ampl. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BENAYON, A. **Globalização versus desenvolvimento**. São Paulo: Escrituras Editora, 2005.

BOBBIO, N. **Estado, governo e sociedade: por uma Teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro; Paz e Terra, 1987.

BOURDIEU, P. **O Poder simbólico**. Trad. Fernando Thomás. 14ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2010.

BOTREL, S. **Direito societário constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRAZ, T. A. **Breve tratado da razão jurídica**. Sintra, Portugal: Zéfiro, 2012.

BRITO, C. A. de. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARDOSO, P. L. V. **O empresário de responsabilidade limitada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASSIOLATO, J. E. A Economia do conhecimento e as novas políticas industriais e tecnológicas. In: LASTRES, H. M. M. e ALBAGLI, S. (orgs.). **Informações e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CERQUEIRA, J. G. da. **Tratado da propriedade intelectual**. Vol. II, Tomo II. 3ª ed. 2ª tiragem. Atualização: BARBOSA, D. B.; SILVEIRA, N. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

COZIAN, M.; VIANDIER, A.; DEBOISSY, Fl. **Droit des sociétés**. 12ª ed. Paris: Litec, 1999.

CRUZ, F. A. da. **Algumas provocações sobre hermenêutica constitucional**. In: CLÉVE, C. M. (coord.). **Constituição, democracia e justiça. Aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 119-168.

CUNHA JR., D. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

DALARI, D. A. de. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERREIRA, A. B. H. de. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001.

FLORIANO, N. T. L.; FLORIANO JR., M.. A nova interpretação constitucional: uma (re)leitura necessária em face das transformações do Estado. In: REIS, J. R. dos; GORCZEWSKI, C. (organização). **Constitucionalismo contemporâneo**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 279-302.

FRAZÃO, A. **Função social da empresa: repercussões sobre responsabilidade civil de controladores e administradores de S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GOYARD-FABRE, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Claudia Berlier; Ver. De Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

GRAU, E. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros; 1998.

HEIDEGGER, M. **Ser e tempo**. Trad. Revisada e apresentação de SCHUBACK, Marcia de Sá Cavalcante. Posfácio de LEAO, Emmanuel Carneiro. 5ª Ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

HELENO, J. M. M. **Hermenêutica e ontologia em Paul Ricoeur**. Coleção Pensamento e Filosofia. Coimbra: Instituto Piaget, 2001.

JABUR, W. P.; e SANTOS, M. J. P. dos (coord.). **Propriedade Intelectual: Sinais distintivos e tutela judicial e administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2007.

KÜHN, V. F. e IOCOHAMA, C. H. **A legitimidade do poder jurisdicional sob a perspectiva de Jürgen Habermas**.
<http://www.unicesumar.edu.br/pesquisa/periodicos/index>. Acessado em 04.01.2014.

LACERDA, B. Ver e cegar-se? Considerações sobre a origem e o sentido da venda da justiça. In: LACERDA, B. A. e LOPES, M. S. **Imagens da Justiça**. São Paulo: LTr, 2010, p. 23-39.

_____. Personificações da Justiça. In: LACERDA, B. A. e LOPES, M. S. **Imagens da Justiça**. São Paulo: LTr, 2010. -63. p. 54

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10ª ed. Revista, atualizada e ampliada com EC 52/2006. São Paulo: Editora Método, 2006.

LIMA, L. F. B. **Direito de Imagem, clubes e seus hinos: A correlação no Direito Brasileiro**. In: LIMA, L. F. B. (coord.) **Propriedade Intelectual no Direito Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LOPES, M. Clarice Lispector e o perdão: incidências e coincidências. In: LACERDA, B. A. e LOPES, M. S. **Imagens da Justiça**. São Paulo: LTr, 2010, p. 64-84.

MARIANO, C. M. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário na Democracia Brasileira: O restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder legislativo e do positivismo ético na teoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

MARX, K. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. Trad. de Maria Helena Barreiro Alves e revisão de Carlos Roberto F. Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

MAUS, I. **O Judiciário como superego da sociedade**. In Novos Estudos. n 58. São Paulo: CEBRAP, 2000.

MAUSS, M. **Ensaio Sobre a Dádiva. Forma e Razão das Trocas nas Sociedades Arcaicas**. In: Revista de Sociologia e Antropologia, Vol. II, São Paulo: EDUSP, 1994.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, E. R. **Direito Constitucional Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Tópico 12.

_____. **Marcas tridimensionais. Sua proteção e os aparentes conflitos com a proteção outorgada por outros institutos de propriedade intelectual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, M. **Transaconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Capítulos I e II.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3ª ed. Ver. E Atual. Rio de Janeiro: Método, 2008.

PEREIRA, A. C. P. **A proteção Patentária Interna e Internacional: implicações do acordo TRIPS/OMC na ordem jurídicas brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

PORTO, P. C. R. da. **Quando a propriedade intelectual representa qualidade: Marcas coletivas, marcas de certificação e denominações de origem**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

RANIERI, J. **Trabalho e dialética. Hegel, Marx e a teoria social do devir**. São Paulo: Boitempo, 2011.

RODRIGUES, M. G. A ação de adjudicação de patente como ferramenta reivindicatória do usurpado. In: BARBOSA, D. B. **Reivindicando a Criação usurpada. (A adjudicação dos interesses relativos à propriedade industrial no Direito brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Yuris, 2010, p. 111-206.

SCHMIDT, L. D. Princípios aplicáveis aos sinais distintivos. In: JABUR, W. P. e SANTOS, M. J. P. dos (coords.). **Propriedade Intelectual: sinais e tutela judicial e administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31-82.

SILVA NETO, M. J. **Curso de Direito Constitucional**. Atualizado até a EC 67 de 22 de dezembro de 2010 e Súmula vinculante nº 31 de 17/02/2010: (Com comentários às leis 11.417/06, Súmula Vinculante e 11.418/06 – Repercussão Geral de Questões Constitucionais) 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANGOI, T. S.; TESSMANN, E. K. Jurisdição constitucional e hermenêutica: limites e fronteiras da interpretação conforme a constituição. In: REIS, J. R. dos; GORCZEWSKI, C. (organização). **Constitucionalismo contemporâneo**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 155-176.

SOUZA, L. R. da. A elaboração de Normas e proteção dos Direitos Fundamentais. In: OLIVEIRA JUNIOR, J. A. (Orgs.). **Direitos Fundamentais Contemporâneos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2012... Págs. Pág. 33 a 50.

SOUZA, R. H. M. de. Discurso decisório e Democracia: Uma perspectiva retórica. CLEVE, C. M. (coord.). **Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 119-168.

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004

TELLO, D. C. V. A relatividade da justiça e a importância do debate no interior dos Estados constitucionais democráticos. In: Coord. CLEVE, C. M. (coord.). **Constituição, democracia e justiça; aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: FORUM, 2011, p. 243-240.

ZANOTI, L. A. R. **Empresa na ordem Econômica. Princípios e função social**. Curitiba: Juruá, 2009.