

pidcc

REVISTA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL - DIREITO CONTEMPORÂNEO E CONSTITUIÇÃO

OUT/DEZ 2012
ISSN 2316-8080

01

www.pidcc.com.br

Do direito de propriedade intelectual das celebridades

The intellectual property rights of celebrities

A publicidade é uma dona loureira e senhoril, que tu debes requestar à força de pequenos mimos, confeitos, almofadinhas, coisas miúdas, que antes exprimem a constância do afeto do que o atrevimento e a ambição. Machado de Assis, A Teoria do Medalhão

Melius est nomen bonum quam unguenta pretiosa. Ecclesiastes, 7.1.

Denis Borges Barbosa*

Resumo

Trata o artigo, em particular, da problemática do direito da propriedade intelectual das celebridades, pois o uso da persona como elemento da própria ação criadora da sociedade não pode ser contida desponderadamente, em particular quando há a transformação criativa que legitime o uso da persona como insumo. Como nota certo precedente estadual americano, uma coisa é o uso da imagem da celebridade como centro da obra a qual se examina a eventual contaminação; outra é utilizá-la como matéria de partida para obra nova. Neste último caso, as obrigações perante a cultura não comportam oposição categórica. Em cada um desses casos, não se veja uma legitimação absoluta, ou *à outrance*. Trata-se sempre de um ajuste entre interesses constringidos, em que o interesse privado não pode inexoravelmente preponderar, nem ser eliminado irremissivelmente. Essa ponderação necessária encontra, às vezes, voz constitucional explícita; mas dela não carece. Assim é porque, não obstante a persona ser resultado de uma fabulação, que exatamente por isso adquire sedução, o emprego desse fascínio para associar-se a venda de produtos e serviços não pode ser atraído para o plano de um engano; a fama pode conotar por empréstimo a operação comercial, mas não pode nunca romper a barreira da verossimilhança.

PALAVRAS CHAVE: celebridade; imagem; uso; direito autoral do personagem-celebridade; interesses econômicos.

Abstract

This article, in particular, the issue of intellectual property rights of celebrities, for use as part of the persona's own creative action of society can not be contained, particularly when there is the creative transformation that legitimizes the use of persona as feedstock. How right note preceding American state, one thing is the use of celebrity image as the center of the work which examines the possible contamination, another is to use it as a starting material for new works. In the latter case, the obligations to the culture did not involve categorical opposition. In each of these cases, do not see an absolute legitimacy, or *outrance*. It is always a compromise between interests, in which private interests can not prevail inexorably, nor be deleted irrevocably. This weighting is necessary sometimes explicit constitutional voice, but it is not needed. This is so because, despite the persona to be a result of a fable that takes exactly why seduction, the use of this fascination to join the

sale of products and services can not be attracted to plan a mistake; fame can connote loan for commercial operation, but can never break the barrier of verisimilitude

KEYWORDS: celebrity; image; use; copyright character-celebrity; economic interests.

INTRODUÇÃO

Como notava David Vaver em 1978:

As pessoas que adquiriram fama e chamam a atenção e a imaginação do público descobriram que eles podem transformar a sua celebridade em dinheiro. Os anunciantes os querem para endossar seus produtos. Grupos como os Beatles ou, mais recentemente, Abba descobriram que sua capacidade de se vender vai muito além da esfera de discos e shows ao vivo, e se estende a parafernália como brinquedos, camisetas, cosméticos, emblemas, pingentes e cartazes - na verdade a faixa de bens e serviços possíveis é limitado apenas pela imaginação de empresário¹

Conforme publicação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual²,

Usando a imagem de alguém para benefício comercial.

Muitos países reconhecem que os indivíduos têm o direito de publicidade. O direito de publicidade é o oposto direto do direito de privacidade. Ele reconhece que a imagem de uma pessoa tem valor econômico que se presume ser o resultado do esforço da própria pessoa e dá a cada pessoa o direito de explorar sua própria imagem. (...)

Embora o direito de publicidade seja freqüentemente associada com celebridades, todas as pessoas, independentemente de quão famosas, têm o direito de impedir o uso não autorizado de seu nome ou imagem para fins comerciais. No entanto, como uma questão de prática, o direito de ternos publicidade são geralmente trazidos por celebridades, que estão em melhor posição do que os indivíduos comuns para demonstrar que a sua identidade tem valor comercial. (...)

E, ainda³:

Sugerindo que alguém está autorizando ou endossando um produto ou serviço.

A estrela do golfe Tiger Woods atua em comerciais de Buick, a tenista Anna Kournikova promove Omega Relógios e Nicole Kidman é o rosto da Chanel n° 5. As empresas têm muito apreciado o valor que as celebridades trazer para a promoção de seus produtos. A presença de uma celebridade parece ser uma ferramenta eficaz de rapidamente atrair a atenção do consumidor para um produto ou serviço e criação de valor percebido alto e credibilidade⁴.

Como diz a publicação, “muitos países” teriam algum tipo de proteção para esses interesses específicos de quem detém celebridade o suficiente para carrear o interesse do público para os bens ou serviços a que eles se associam. Esse interesse encontra descrição precisa em obra brasileira consagrada⁵:

“Há outra figura que, comumente, participa da publicidade e que influencia diretamente na decisão do consumidor. Trata-se dos artistas, pessoas públicas famosas, ou dos especialistas de produtos e serviços, que, sem dúvida, exercem grande influência sobre os consumidores ou sobre determinado grupo deles, dando-lhes, às vezes, uma falsa segurança sobre as qualidades do produto ou do serviço, seja por afirmações, conselhos, recomendações, seja pela simples vinculação de sua imagem ou nome ao bem ou serviço. Assume, assim, a celebridade, diante do consumidor, uma posição de 'garante'. Este tipo de publicidade desencadeia 'um comportamento no consumidor, em nível consciente e inconsciente, gerando uma resposta imediata devido ao conceito preexistente que se tem daquela pessoa ou grupo que está testemunhando a favor do produto, agregando-lhe valores como admiração, sucesso, riqueza, beleza, juventude, alegria, internacionalidade, tradição, notoriedade etc.”.

A criação do herói

Em trabalho no mesmo sentido, já no campo do direito argentino ⁶, traz-se uma interessante distinção entre a cultura popular, que tem criação autóctone – por exemplo, no folclore – e a cultura de massa. Aquela cria seus próprios heróis ⁷, enquanto essa escuta as celebridades, esperando que estas ensinem e liderem seus gostos e preferências. São elas os novos heróis olímpicos ⁸.

Assim se nota, em texto de tal trabalho argentino:

"Em geral, os resultados desses estudos têm mostrado que as celebridades são mais eficazes do que as não-celebridades. A razão principalmente usada para explicar por que isso acontece é que os anúncios com as celebridades são mais distintivos e chamam mais nossa atenção do que aqueles que utilizam pessoas menos conhecidas. Os famosos são considerados mais dinâmicos, mais atraentes e são dotados de qualidades pessoais que não são atribuídas a pessoas menos conhecidas. Isso pode afetar, entre outras coisas, a confiança atribuída à fonte, as respostas emocionais geradas por esses anúncios e, em última análise, a forma como eles são processados. " ⁹

O autor argentino nota, especialmente, que o endosso da celebridade induz uma reação do público de massa de caráter mais emocional, e não racional como no caso da propaganda comparativa, com um resultado mais eficaz:

Mas o interessante do estudo em questão, é que, como resultado dos testes empíricos realizados, conclui-se que em casos de baixo envolvimento são as mais comuns (concentração, ou seja baixo do que você está ouvindo ou assistindo), "... a publicidade famosa é processado em uma publicidade comparativa mais periférica, que se traduz em uma maior atitude em relação à marca anunciada e, portanto, a intenção de compra "

Claro assim o interesse econômico, cabe, no entanto, determinar o vínculo de juridicidade que permite aos sistemas nacionais conferir proteção a esse fenômeno. Mais ainda, como vincular tal proteção ao sistema de propriedade intelectual.

Do uso dessa imagem no direito estrangeiro e brasileiro

Na verdade, há alguns fundamentos diversos utilizados pelos sistemas nacionais para conferir alguma, ou mesmo extensa proteção a esse valor econômico específico.

A construção pretoriana do direito americano do right of publicity

O mais notável desses sistemas é a construção pretoriana de um *direito de publicidade*, de que já dava notícia na segunda edição de meu *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*:

O Direito Americano abrange, além das formas tradicionais, dois sistemas de patente de plantas, a proteção às topografias de semicondutores, a repressão específica à publicidade enganosa, os direitos de publicidade e o princípio da submissão de idéia, seja como criação legal ou jurisprudencial ¹⁰

Neste sistema, em bibliografia que é extensa ¹¹, assim se define tal direito ¹²:

O direito de publicidade é, em essência, um direito de natureza empresarial de controlar o uso de uma identidade no comércio. Embora os tribunais e comentaristas tenham oferecido vários fundamentos para tal direito, as decisões judiciais mais modernas defendem alguma combinação de incentivo, justa compensação, e enriquecimento sem causa: as celebridades devem ter um incentivo para desenvolver as suas valiosas personas públicas, seus esforços devem ser recompensados, e os terceiros que se aproveitam dos benefícios financeiros decorrentes das identidades valiosas devem pagar por isso. Os direitos de publicidade surgem mais frequentemente em casos de endosso de celebridades, mas o direito se estende a qualquer uso da imagem de uma celebridade, chamando a atenção para os interesses comerciais ou produtos. O direito de publicidade era originariamente aplicado apenas para o uso do nome de uma celebridade, ou sua fotografia; ao longo do tempo, no entanto, os tribunais ampliaram-no para o uso de "identidade", refletindo que limitar o uso de determinados aspectos específicos de uma celebridade iria prejudicar o objetivo de dar a elas "um interesse pecuniário protegido na exploração comercial de [sua] identidades" ¹³.

Aqui – como em outros sistemas – a raiz histórica do direito se encontrou na noção de privacidade ¹⁴, mas, como nota o estudo da OMPI, em sua vertente inversa: já não um interesse de preservação, mas a contemplação de um valor econômico que a privacidade torna suscetível de reserva e, no plano econômico, de escassez ¹⁵.

A análise econômica desse interesse revela dois elementos complementares: o primeiro, de conter o uso indiscriminado da imagem, que reduziria, pela vulgarização, a capacidade do retorno do favorecido ¹⁶; o segundo, de assegurar o retorno personalizado do potencial econômico da fama.

Das celebridades em outros direitos

Como já mencionado, alguns aspectos do interesse relativo à celebridade como constructo tem merecido proteção nos vários sistemas jurídicos com base na tutela da personalidade ¹⁷.

No direito espanhol, por exemplo, a Constituição prevê no seu art. 7 algumas instâncias de proteção à personalidade, com especial ênfase no direito *positivo* de controlar o uso publicitário da persona ¹⁸, o que faz certa doutrina considerar tal disposição como comparável ao *publicity right* ¹⁹.

Na Alemanha, a casuística construiu, a partir de 1956, a doutrina da *autodeterminação econômica* em face da persona, ou seja, que se expressaria num poder geral de determinar quais elementos da personalidade de uma pessoa, ou se quaisquer aspectos dessa personalidade, venham a ser utilizados para os propósitos econômicos de terceiros ²⁰. Mais recentemente, aos tribunais vêm conferindo tal posição jurídica aos sucessores da pessoa ²¹, o que, incidentalmente, tem merecido discussão normativa – já não mais construção pretoriana – no direito americano ²².

Na França e Itália, a julgar-se dos estudos sobre a questão, igualmente a proteção dos interesses das celebridades em sua persona tem encontrado fundamento nos direitos da personalidade, ainda que, atentando a sua manifestação econômica, enfatizando a ponderação devida com outros interesses constitucionais, em particular, o da informação ²³.

No Canadá ²⁴, Índia ²⁵ e, com certo retardo, no Reino Unido ²⁶, também se nota tal proteção.

A construção brasileira

A construção brasileira relativa à proteção dos interesses *positivos* patrimoniais da personalidade é bem estabelecida. Ilustra-o julgado do Tribunal paulista:

"As pessoas famosas pagam um preço pela fama, o que explica constantes reclamações sobre desrespeito dos direitos de privacidade e intimidade. Ocorre que as pessoas destacadas são titulares de uma tutela diferenciada quando a lesão de seus direitos decorre de exploração parasitária da celebridade que alcançaram por conquistas meritórias. A fama é utilizada para vender o programa que ofende a honra e a reputação e foi isso o que se sucedeu" TJSP, AC 315 678-4/0, Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, voto de Ênio Zuliani, 28 de agosto de 2008.

Por algum tempo derivado diretamente do texto constitucional, este interesse ganha mais proximidade com o Código Civil de 2002. Assim dispõe o Código Civil:

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

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.²⁷

Como nota Guilherme Calmon²⁸:

No que pertine ao art. 18, do CC/2002, a imagem da pessoa é protegida contra a exploração em propaganda comercial dentro da noção de imagem-atributo.²⁹

O direito à imagem, sob o prisma da imagem-retrato e da imagem-atributo, vem tratado no art. 20 do CC/2002. Mais uma vez o legislador não se preocupou apenas com o direito à imagem, mas também com o direito à informação, realizando um juízo de ponderação da imagem de uma pessoa quando não lhe macule a honra ou quando tenha finalidade lucrativa.

“Deve-se notar que, apesar do artigo fazer referência à divulgação de escritos e à transmissão da palavra, estes devem ser entendidos somente em relação ao que representam para a construção da imagem de uma pessoa e não para outros aspectos de sua personalidade, como a sua privacidade, por exemplo”.³⁰

Da personalidade ao atributo

Fixemo-nos aqui na noção de imagem-atributo³¹. Dos muitos exemplos de interesses jurídicos atinentes à personalidade, é o que mais se aproxima ao nosso tema de análise³². Diz Maria Helena Diniz que tal seria:

(...) o conjunto de atributos cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente. É a visão social a respeito do indivíduo, hipótese em que se configura a imagem atributo, imagem social, ou, ainda, imagem moral, protegida pelo art. 5º, V, da CF/1988, sendo distinta da honra (CC, arts. 20, in fine, e 953), que envolve a pessoa no círculo social, indicando suas qualidades, como, por exemplo, de hábil advogado, de médico competente, de mestre dedicado, etc. (ESTF, 1801:284). Enfim, é personalidade moral (reputação, fama, etc.) do indivíduo no mundo exterior.³³

Enfatizando, na imagem-atributo, exatamente o aspecto do constructo, e sua propensão à utilização publicitária:

[a imagem-atributo] se faz caracterizar pelos traços próprios, construídos por seu titular ou com o seu consentimento; não se está falando de qualquer traço físico ou de composição da fisionomia. Estamos falando, na verdade, da figura pública que é assumida pelo indivíduo. (essa imagem tem um caráter (mesmo que longínquo) de fundo publicitário. (...) Criamos nossa imagem, apresentamos nossa imagem, vivemos com a nossa imagem e imaginamos que as pessoas nos procurem profissionalmente pela imagem que construímos.³⁴

Da elaboração brasileira do direito das celebridades esportivas

Num campo específico do direito das celebridades, a elaboração legislativa, doutrinária e jurisprudencial tem tido vasta extensão ³⁵. Por suas características e principalmente pelas complexidades de sua pragmática, pejada de problemas tributários e trabalhistas, a questão foge claramente ao escopo desta análise.

No entanto, a evolução do instituto, tão notadamente nacional, é crucial como parâmetro de legitimidade da construção que vimos fazendo. Como se sabe, o direito de arena iniciou seu trajeto histórico como um instituto inserido na norma autoral ³⁶. O instituto, como tal, mereceu análise específica de Antonio Chaves ³⁷ e combate acérrimo de Walter Moraes ³⁸.

A questão – num tema que ecoará nessa análise –, repassa a natureza criativa ou não da prestação da celebridade esportiva no imaginário da sociedade; e pelo aceso da discussão, chegou a suscitar a comparação dos jogadores de futebol aos grandes artistas da raça ³⁹, e aos pensadores da humanidade ⁴⁰.

Há que se distinguir, nesse contexto, o interesse jurídico relativo à imagem coletiva, e aquele atinente à imagem individual, como nota Alvaro Melo Filho ⁴¹:

Direito de arena: (a) decorre da lei; (b) é coletivamente usufruído; (c) não se reveste de periodicidade; (d) ocorre dentro do contexto do evento desportivo transmitido; (e) tem natureza salarial; (f) Deve ser limitado a 20% do que recebe o clube, valor este rateado entre todos os atletas participantes do evento transmitido. Direito de Imagem: (a) decorre de contrato; (b) é individualmente usufruído; (c) normalmente reveste-se de periodicidade; (d) ocorre fora do contexto do evento desportivo transmitido; (e) não tem natureza salarial; (f) gera 100% para o atleta cedente do uso da imagem, sem rateio para os demais atletas.

Assim, tem-se o direito de arena, relativo à imagem coletiva, o direito pertinente à celebridade individual do esportista, *desvinculada do espetáculo* ⁴². A doutrina aponta, inclusive, matriz constitucional diversa para a proteção jurídica dos dois interesses.

O direito de arena, com base explícita em lei ordinária ⁴³, se fundaria no art. 5º, XXVIII, num dispositivo topologicamente dedicado aos interesse autorais ⁴⁴. Ainda que assim ancorado, distinguir-se-ia sua raiz no direito geral de imagem, mas *restrito* e especializado:

“Direito de Arena – Limitação – Direito de Imagem – O direito de Arena é uma exceção ao direito de imagem, e deve ser interpretado restritivamente. A utilização com intuito comercial da imagem do atleta fora do contexto do evento esportivo não está por ele autorizado. Dever de indenizar que se impõe (...)” STJ, AgRg no AI nº 141987 – SP, 3ª. Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 15/12/1997; v.u..

Levando em conta a distribuição legal de verbas, a doutrina distingue o direito de arena patronal daquele desigando como profissional, que se destina aos esportistas em caráter individual, mas não em consideração de sua celebridade individual ⁴⁵.

De outro lado, o interesse à imagem pessoal, como celebridade esportiva, teria radicação, além do dispositivo citado, no Art. 5º, V e X da Constituição ⁴⁶.

A distinção é possível, não obstante o tecimento confuso e por vezes fraudulento dos dois institutos no campo empírico:

“DIREITO AUTORAL – Direito à própria imagem – Uso de fotografias de jogadores de futebol para compor ‘álbum de figurinhas’ – Inadmissibilidade – Hipótese em que o direito de arena atribuído às atividades esportivas limita-se à fixação, transmissão e retransmissão do espetáculo desportivo público – Inteligência das leis 5.989/73, art. 100 e 8.672/93 (‘Lei Zico’). STJ, Resp 46.420-0-SP-J. 12.9.94, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 5.12.94.⁴⁷

E, autonomamente de qualquer direito de arena:

"DIREITO AUTORAL. DIREITO À IMAGEM. PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA E VIDEOGRAFICA. FUTEBOL. GARRINCHA E PELÉ. PARTICIPAÇÃO DO ATLETA. UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DA CRIAÇÃO ARTÍSTICA, SEM AUTORIZAÇÃO. DIREITOS EXTRAPATRIMONIAL E PATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. FATOS ANTERIORES ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS VIGENTES. PREJUDICIALIDADE. RE NÃO CONHECIDO. DOUTRINA. DIREITO DOS SUCESSORES À INDENIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME.

I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.

II - O direito à imagem constitui um direito de personalidade, extrapatrimonial e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.

III - Na vertente patrimonial o direito à imagem protege o interesse material na exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais.

IV - A utilização da imagem de atleta mundialmente conhecido, com fins econômicos, sem a devida autorização do titular, constitui locupletamento indevido ensejando a indenização, sendo legítima a pretensão dos seus sucessores". STJ, REsp. 74473-RJ. 4a. Turma, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento ocorrido em 23.02.1999. DJU, 21 jun. 1999.

A Persona como constructo

Qual o núcleo desse interesse jurídico de que se trata? A noção de *persona*, como sinônimo de imagem de celebridade⁴⁸, ou seja, a exteriorização de um constructo que *não* se identifica com a pessoa natural⁴⁹. Seria o *valor de reconhecimento* da celebridade.

A possível definição deste objeto de direito seria o seguinte⁵⁰:

A *persona* pode (...) representar um personagem inteiro, imagem e estilo de vida, enquanto obras escritas de um autor consistem em apenas expressões específicas. Por outro lado, um romance pode ser uma

representação mais precisa da personalidade de alguns escritores porque o trabalho é uma expressão intencional do criador, enquanto a persona é ações intencionais e não intencionais do indivíduo combinada com a reação popular a essas ações. De fato, é difícil encaixar em ambos a persona seja na teoria laboral, seja na teoria da personalidade, que explicam a propriedade intelectual. Às vezes a persona é o resultado de trabalho árduo no sentido de garantir uma imagem pública com base em uma visão interna. Mas muitas vezes ela é uma criação de puro acaso, talvez a única "propriedade intelectual" sem intencionalidade. "

Como se verá, ao focarmos nossa atenção ao constructo, à persona resultante do *trabalho árduo no sentido de garantir uma imagem pública com base em uma visão interna*, nos fixaremos no produto de uma intencionalidade, muitas vezes longa e contínua, na ereção de um personagem da história corrente.

Alguns analistas da economia da cultura apontam que, tomando, por exemplo, o autor literário transformado em celebridade, essa celebridade cria uma espaço de atuação, de *performance*, que transcende até mesmo a figura do autor romântico como gênio⁵¹: seria como um direito conexo à autoria literária.

O do sujeito desse interesse

Quem é o sujeito desse direito cuja existência se alvitra? É certamente “aquele que detém celebridade o suficiente para carrear interesse do público para os bens ou serviços a que eles se associam”; não é a simples condição de celebridade por quinze minutos a que celebrizou Andy Warhol⁵², mas a relativa perenidade que permite captar e manter o endosso⁵³.

Voltaremos abaixo a essa questão.

Do conteúdo econômico do constructo

Vale estabelecer aqui qual o núcleo econômico dessa construção, que, como nota Newton Silveira em estudo relativo à noção de personagem gráfico, se traduz no valor da *notoriedade*. Os elementos simbólicos da fama, naquilo que capturam a boa vontade do público, representam um dos mais relevantes potenciais de mercado da sociedade contemporânea⁵⁴

Sobre tal fenômeno, e seus efeitos jurídicos no campo da Propriedade Intelectual, discutimos seu impacto no direito de marcas⁵⁵:

Curiosamente, o fluxo simbólico interage com o econômico, mas com efeitos jurídicos. Uma marca solidamente registrada pode perder a exclusividade, pelo fenômeno da generificação, ou seja, no fluxo de comunicação a marca deixa de ser daquele produto ou serviço, originário do titular, e passa a ser um descritor funcional (celofane e fórmica são casos consagrados pela jurisprudência), que emigra para o domínio comum. Tal fenômeno será uma patologia da notoriedade, como sugere Faria Correa⁵⁶, usando extensa e adequadamente da metáfora:

A notoriedade, no seu sentido mais amplo, é o fenômeno pelo qual a marca, tal qual um balão de gás, se solta, desprendendo-se do ambiente em que originariamente inserida, sendo reconhecida independentemente de seu campo lógico-sensorial primitivo. A notoriedade é correlata à genericidade. A genericidade é o negativo (= imprestabilidade universal para servir como elemento de identificação de um produto ou serviço, por refletir, no plano lógico-sensorial, o próprio produto ou serviço). A notoriedade é o positivo (= idoneidade universal, absoluta para servir de elemento de identificação de um produto ou serviço). Notoriedade é magia e magia é a capacidade de se criar o efeito sem a causa, produzindo do nada. Notória a marca, e a sua utilização impregna de magia qualquer produto, tornando-o vendável. A vendabilidade do produto emerge do poder de distinguir, do poder de atrair o público. (...)

A construção da imagem-de-marca, em especial pelas técnicas persuasórias e de sedução, cria eficácia simbólica além do alcance da concorrência e dos direitos de exclusiva. Ou seja, o significante da marca significa – aponta origens – que não necessariamente correspondem à circulação de produtos e serviços. O símbolo extravasa o mercado, o *vinculum juris*, ou ambos.

Convencionalmente, dá-se a esse fenômeno o nome de *notoriedade*, eis que a marca capaz de ter esse efeito é descrita como *notória* ⁵⁷.

Já falando do mesmo efeito, na construção de personagens no campo autoral, disse Newton Silveira, nos seu Ensaio e Pareceres ⁵⁸

A revista jurídica italiana “IL DIRITTO DI AUTORE”, de março/98, publica interessante artigo de Luciano Menozzi, sob o título “IMMAGINE E NOTORIETÀ NELLA COMUNICAZIONE ICONICA”.

Embora o autor do texto se refira ao direito à imagem (direito de personalidade), e não ao direito de autor do fotógrafo (como no caso em exame), suas considerações têm plena aplicação ao tema da presente consulta.

Referindo-se à notoriedade adquirida pela imagem de determinada pessoa, afirma:

“Siamo qui all’estremo grado di oggettivazione dell’immagine di una persona, che arriva fino al punto di staccarla dalla persona reale.”

E acrescenta:

“In sostanza, può dirsi che il diritto positivo considera tradizionalmente l’immagine della persona prendendo come riferimento l’immagine nella sua realtà immediata e nei suoi riflessi morali, senza soffermarsi particolarmente su altri riflessi, che possano avere carattere diverso e valore prevalentemente commerciale.

Le situazioni alle quali ci riferiamo sono ben diverse: sono situazioni che riguardano immagini non dirette della realtà, ma immagini che

potremmo dire “di secondo grado”, rispetto alle quali la “notorietà” costituisce un elemento costitutivo dell’utilizzo delle immagini stesse.”

Para concluir que:

“Le immagini a cui ci referiamo... esistono solo in fusione della loro “circolazione” e specialmente della loro utilizzazione per fini pubblicitari... Sono quindi situazioni nelle quali l’elemento economico è in primo piano e l’immagine notoria è trattata alla stregua di un bene commerciale.”

A seguir, afirma:

“...l’immagine con i mezzi di comunicazione di massa è diventata “un vero e proprio prodotto di consumo”.”

destacando que:

“immagine notoria” è infatti un “plus valore”

E finaliza:

“In conclusione, ci sembra di poter affermare che “l’immagine notoria” costituisce un bene immateriale autonomo rispetto all’immagine-ritratto; bene che per le sue caratteristiche e la sua funzione travalica l’ambito dei diritti della personalità come regolati dal diritto positivo e trova più consona collocazione fra i segni distintivi commerciali.

Tutta la materia della pubblicità andrebbe comunque rivista in un’ottica che tenga conto dell’evoluzione sociale e del costume, con riconoscimento e regolamento di quel “right of publicity” del quale da tempo si parla.”

Nessas condições, sem outras considerações acerca de obra coletiva, ou direito à paternidade, ou exploração comercial de obra artística, parece claro que, face ao contrato com a PARMALAT, as ilustrações de TOM ARMA assumiram, no território do contrato, uma importância comercial e uma capacidade de licenciamento com que não contavam antes, o que liga TOM ARMA à PARMALAT, obrigando o autor das ilustrações, da mesma forma que a PARMALAT no contrato, a não proceder de maneira que diminua ou prejudique a força publicitária com que as figuras e ilustrações agora contam.

No campo dos direitos da personalidade, a questão da notoriedade introduz um diferencial específico ⁵⁹:

O mesmo fenômeno também pode ser notado na publicidade que explora a imagem de pessoas notórias no Brasil. Segundo constatação de Carlos Alberto Bittar Filho:

“O fenômeno ganha vulto em nossos tempos, em que a vinculação publicitária de pessoas bem-sucedidas em suas atividades representa estímulo ao consumo mediante a atração que exercem junto ao público; assim acontece com grandes estadistas, políticos, artistas, escritores, esportistas. Explora-se, nesse passo, a ânsia do espectador de se identificar com os seus ídolos, com os seus hábitos, os seus gostos, as

suas preferências, levando-o, pois, ao consumo do produto anunciado, direta ou indiretamente, conforme o caso.”⁶⁰

Note-se que ambos os perfis do direito à imagem podem ser envolvidos em uma campanha publicitária, uma vez que se poderá explorar: (i) a fisionomia de determinada pessoa, com acento em particularidades físicas especiais que atraiam a atenção do consumidor; e/ou (ii) atributos de uma pessoa notória que estejam em consonância com as características do produto ou com o público-alvo da publicidade.

A exemplificação do uso da imagem-retrato no âmbito da publicidade não apresenta maiores dificuldades, uma vez que basta apontar as obras publicitárias que exploram, como visto acima, celebridades para a divulgação de produtos pelo simples fato de as mesmas gozarem de notoriedade. Outras hipóteses poderiam ser indicadas, como a extensiva utilização de mulheres esculturais (ou, mais notadamente, de partes específicas de seus corpos) para a promoção de produtos cujo público-consumidor seja majoritariamente masculino.

A imagem-atributo, por sua vez, encontra grande utilidade na produção de obras publicitárias, dado que a publicidade visa à persuasão do consumidor através de uma operação de reconhecimento, gerando, por fim, a necessidade de consumo. Com efeito, a publicidade busca proporcionar esse resultado através da identificação do consumidor com determinadas qualidades do produto ou atributos da pessoa utilizada na obra publicitária.

Assim, introduzir em um comercial de curso de línguas estrangeiras para jovens um ator que possua expressividade junto ao público juvenil cumpre a função de identificação do consumidor com o produto. Da mesma forma, a utilização de um jogador de futebol conhecido pelo seu temperamento explosivo, e por vezes agressivo, em um anúncio de inseticida, ressalta a sua ação eficaz e mortífera no combate aos insetos. Trata-se de uma exploração de características da pessoa, não necessariamente físicas, que podem ser notadas através de seu comportamento nas relações sociais.

Da titularidade desse interesse

Enfatizemos, por amor à precisão doutrinária, que o *titular* desse interesse será, em princípio, a celebridade a quem se imputam os atributos notórios do constructo⁶¹.

Quem será seu originador? Oferecemos a hipótese de que – dentro de certos limites muito precisos – a celebridade se constrói a si mesma; sua *persona* dela mesma se origina como fulcro na deliberação de um constructo que se aliena de si mesmo para afirmar um *valor de reconhecimento* que seja autônomo do indivíduo tangível e sofrível.

Provavelmente de um *self-made man* como Sílvio Santos isso será verdade. Num universo de *image consultants*, cujo ofício é, como descreve o Decreto dec. 82.385 de 05 de outubro de 1978 para o diretor de arte na obra cinematográfica,

[Definir] a construção plástico-emocional (...) de cada personagem dentro do contexto geral

possivelmente em algum momento se verificará a cesura entre titularidade e autoria com que o direito tanto se debate. E nunca

Voltaremos a essa questão ao discutirmos quem é o autor da persona no campo do direito autoral.

Dos ônus e dos benefícios de ser celebridade

É parte dos direitos fundamentais o direito à informação ⁶². Há, no entanto, uma barreira à informação, que é a esfera da intimidade, que a todos atine; dela se distingue, porém, a *privacidade*, que se esgarça na proporção em que a pessoa se faz ou se torna *pública*.

Em muitos casos, como no dos políticos e servidores, essa redução é correlativa ao interesse público no acesso à informação a que lhes diz respeito ⁶³. De outro lado, nota-se essa redução de proteção no caso das celebridades, agora *também* por entender-se que teria havido um construção voluntária dessa notoriedade ⁶⁴.

"(...) o grau de resguardo e de tutela das pessoas famosas e notórias não pode ser o mesmo do homem comum, até porque a fama e o prestígio costumam ser a meta optate de certas pessoas e celebridades e, assim, o meio e modo pelo qual obterão esse desiderato" ⁵ Portanto, pode-se afirmar que essa invasão de privacidade por parte dos meios de comunicação (imprensa ou mídia) é consentida, ainda que de forma tácita, na medida em que não há fama se a imagem não é exteriorizada e divulgada pelos meios que a tecnologia dispõe." ⁶⁵

E o repete a casuística:

"Por ser ator de televisão que participou de inúmeras novelas (pessoa pública e/ou notória) e estar em local aberto (estacionamento de veículos), o recorrido possui direito de imagem mais restrito, mas não afastado; - Na espécie, restou caracterizada a abusividade do uso da imagem do recorrido na reportagem, realizado com nítido propósito de incrementar as vendas da publicação;" STJ, REsp 1082878/RJ. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.10.08

"É certo que uma das conseqüências da fama é a perda da privacidade, já que uma coisa implica na outra, reciprocamente: da notoriedade decorre uma maior exposição pública e desta exposição obtêm-se maior notoriedade. Assim, atores, cantores, jogadores de futebol e qualquer pessoa privada que se torna publicamente conhecida faz da exposição da imagem seu instrumento de trabalho, devendo estar mais acostumados a uma maior ingerência da mídia em suas vidas particulares, inclusive com uma interpretação negativa de atos e fatos que as envolva. No entanto, isso não significa que essas pessoas não sejam dotadas de intimidade, privacidade e honra, pelo simples fato de estarem sujeitas à maior exposição." AC TJSP, 0287205-74.2009.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, unanimidade, Des. João Carlos Garcia, 24 de maio de 2011

Neste último caso, distingue-se o interesse público na informação, quando tais personalidades atuam em espaço ostensivo ⁶⁶, daquela informação a que preside o interesse privado, por exemplo, o uso como endosso de serviços ou produtos ⁶⁷.

A questão aqui é claramente a da ponderação do interesse público ⁶⁸, que não se dissolve no interesse *do* público ⁶⁹: este, que deriva da notoriedade, pode ou não preponderar sobre o interesse à privacidade. Em quaisquer circunstâncias, distingue-se o interesse das celebridades no seu núcleo essencial de intimidade, a ser defendido com base na dignidade ⁷⁰, e o uso parasitário para fins comerciais ou publicitários, que tende a recair na esfera de negativa ou interdição da celebridade ⁷¹.

Assim, a celebridade incorre primordialmente num ônus perante o dever geral de informação; como contrapartida da sua notoriedade, que se supõe lhes ser consentida e favorável ⁷², ela deve suportar uma maior penetração.

Os deveres resultantes da construção da notoriedade

A celebridade não eventual, mas deliberada, se faz pública, que se faz como *pessoa da história* tem sido onerada com esse acréscimo de exposição necessário, resultante do aumento do interesse público em sua atuação na sociedade ⁷³. Distingue-se ela, pela construção contínua e intencional, da pessoa apenas colhida pela eventualidade de um acidente, de um momento em que sua atuação, ainda que involuntária, a faz objeto obrigatório do direito de informação.

Assim, essa construção da notoriedade tem uma dupla projeção no campo do direito: a celebridade não fica impune, no campo social, de obrigações perante o direito de todos à informação, que lhe tolhem o exercício da privacidade. Parafraseando o dizer da constituição alemã, *a celebridade obriga*.

Assim, a construção de si mesma como pessoa da história tem claras implicações jurídicas. A celebridade não desfruta de uma posição de privilégio imoderado ou irresponsável. O seu *constructo* é multidimensional, ainda quando a visão pública de sua projeção no tempo seja elaborada como fabulação, como uma deliberado tecimento de uma persona distinta de si mesma.

A distinção entre a pessoa e a persona

Num importante acórdão, o STJ chegou por si à noção desse constructo distinto da pessoa, ainda que para discutir a questão no plano do direito de personalidade. Assim, ao discutir se Maitê Proença tinha o direito de desvincular-se de uma publicidade que acabou por apor-se a uma séria infração do Direito do Consumidor, o relator chegou a entender que a atriz *como pessoa* poderia – sim – ficar afetada pelo empréstimo de fama numa função de celebridade:

Na publicidade, há a utilização, não só da imagem física, a chamada imagem-retrato, mas, também da imagem-atributo, que é reconhecida pela doutrina como sendo o conjunto de atributos de uma pessoa identificados no meio social.

O Procurador Regional da República, Luiz Alberto David Araújo, assim a conceitua:

“A imagem-atributo é consequência da vida em sociedade. O homem moderno, em seu ambiente familiar, profissional ou mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o cerca. Muitas pessoas não fazem questão de serem consideradas relaxadas, meticulosas, organizadas, estudiosas, pontuais ou impontuais. São característicos que acompanham determinada pessoa em seu conceito social. É importante verificar que tal característico não se confunde com qualquer outro bem correlato à imagem, como a honra, por exemplo, como será visto adiante.

A palavra imagem, portanto, tem apresentado sentido diferente do utilizado inicialmente (e analisado pelos civilistas apontados acima). Trata-se de concepção moderna do termo.(...) Dessa maneira, podemos afirmar que existem duas imagens no texto constitucional: a primeira, a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo; a segunda, a imagem-atributo, como o conjunto de características apresentados socialmente por determinado indivíduo.” (“A proteção constitucional da própria imagem”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1996, p. 31).

Associar o nome ou a imagem de uma pessoa pública, seja desportista ou artista a produtos e serviços, prática comum e cotidiana na publicidade atual, permite agregar ao produto ou serviço as características positivas dessa personalidade que, graças ao seu prestígio e bom conceito, por certo, contribuirá na valorização do produto e/ou de seu fabricante. (...)

A propaganda, não raro, vincula um produto à imagem de uma pessoa. O que se busca é fazer crer que a coisa anunciada tenha as vantagens apregoadas pela pessoa que as afirma. E o efeito positivo do anúncio em muito dependerá do prestígio público de quem faz a propaganda. (...)

Compulsando os autos, verifica-se que a autora, ora recorrente, foi escolhida justamente por sua aceitação junto ao público. E principalmente o feminino, à conta da credibilidade conquistada, não só como atriz, mas pela participação em campanhas sociais, como “Ação da cidadania contra a fome e a miséria”; “O câncer de mama no alvo da moda”; “Ação criança” e “Pró-criança” (fls.555). Logo, não há como negar que a campanha promovida pela ré, na busca do resgate de seu nome junto ao público feminino, valeu-se do prestígio da atriz e, defeituoso o produto, pela qualidade ou quantidade, a imagem da autora foi atingida.

Com efeito, em situações que tais, a credibilidade das pessoas ou da celebridade que faz o anúncio é transferida para o produto. O argumento de inoccorrência de dano moral pelo fato de não haver vinculação do nome da autora ao produto é frágil. Não resiste, principalmente in casu, ante o fato de o próprio contrato prever o caráter testemunhal pelo qual a atriz devia garantir a segurança do produto e o conceito de seu fabricante, o que acabou por converter a atriz em intermediária de uma “propaganda enganosa”. STJ, Resp 578.777 - RJ (2003/0162647-7), Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, voto do relator,

Ministro Humberto Gomes de Barros, 24 de agosto de 2004 (Data do Julgamento).⁷⁴

Porém a maioria desvinculou enfaticamente a pessoa da atriz daquela imagem elaborada e ficcional da celebridade. Na distinção que veio a prevalecer, enfatizou-se o elemento emocional, mítico, que – como nota a análise argentina já citada – tem maior efeito do que qualquer vinculação racional:

A campanha testemunhal foi contratada pela recorrida com o intuito de estimular os espectadores usuários a creditar, sob a nova embalagem de tom azul, segurança e confiança no produto MICROVLAR, cuja credibilidade estava abalada.

Para tanto, a imagem-atributo da atriz recorrente foi utilizada, tão-somente, com o intuito de apresentar o novo produto e, assim, angariar simpatia dos espectadores para o novo padrão qualitativo do produto, então simbolizado pela troca da cor da embalagem.

Neste contexto considerado, a vinculação da atriz ao produto se dá em estrita observância aos parâmetros eleitos pela publicidade divulgada, a saber, utilização de pessoa leiga no tema relacionado aos efeitos terapêuticos do fármaco (a atriz não é médica ou farmacêutica), o que autoriza concluir que:

a) a mensagem emitida pela campanha televisiva limitou-se tão-somente a estimular, mediante o uso da publicidade protagonizada pela atriz, o público a retomar sua crença no produto;

b) no sentido prestado pela atriz, leiga quanto ao produto e todos os riscos de fabricação, condições de assegurar ao público, com rigor técnico e científico, as qualidades terapêuticas e segurança nos métodos de fabricação do medicamento; e

c) como resultado dos itens 'a' e 'b': a campanha testemunhal não assegura ao público as qualidades do produto, apenas estimula-o a confiar nos novos parâmetros de qualidade.

Conclui-se, assim, nos termos da fundamentação adotada pelo TJRJ, não ser factível a vinculação da honra-profissional de atriz, leiga no tema técnico, à credibilidade nos componentes qualitativos do produto MICROVLAR, porquanto o espectador reconhece na pessoa da atriz, tão-somente, o apelo artístico no afã de resgatar a credibilidade do anticoncepcional. (voto vencedor da Ministra Nancy Andrighi)

A distinção entre a pessoa (objeto do direito de personalidade) e o constructo fica clara no mesmo voto:

Nesse contexto, distinção importante a ser feita é aquela estabelecida entre a pessoa da recorrente - no que concerne aos seus sentimentos, isto porque sempre esteve muito comprometida com campanhas sociais ou governamentais em prol da cidadania - e a atriz, profissional cujo conceito continua intacto no meio artístico e na opinião pública. (...)

Em conclusão, a análise de ofensa, ou não, à honra profissional constitui, nesses termos, a única questão a ser apreciada neste processo. E, pelos motivos expostos, inexistente dano moral à honra-profissional da recorrente, porquanto ausente a alegada vinculação entre ela e as características farmacológicas do anticoncepcional.

Em outro voto, o Ministro Humberto Gomes de Barros enfatizou que o empréstimo de celebridade era apenas uma *persona*, e não punha em jogo a atriz, ela mesma:

Por outro lado, se eu pudesse revê-los, pediria novamente vênia para dizer que, na verdade, a eminente, respeitada e querida recorrente fez um contrato de propaganda, no qual funcionou exercendo sua profissão de atriz. Há circunstâncias – não me lembro de a recorrente haver atuado como megera – em que várias atrizes exercem o papel de vilãs, por contrato profissional. Nem por isso, elas são contaminadas pelo personagem que estão encarnando. A recorrente continua a ser uma das grandes damas do teatro brasileiro.

No caso em exame, a atriz reconhece que não garantiu a qualidade do produto, mas que simplesmente agiu como atriz. Se o personagem que representou não traduzia a realidade, a culpa não é dela, tanto que não perdeu prestígio ou credibilidade.

Verdade é que Maitê Proença representou um papel, a de Maitê Proença, mas não a da pessoa natural, a que sofre, e sim a que corresponde à imagem pública – a *persona* da celebridade.

A natureza do contrato de celebridade, a que se vinculou Maitê Proença, aliás, se precisa e aresto paulista⁷⁵:

"Como assinalei em meu voto lançado nos autos do AI ns 0230698-59.2010.8.26.0000 (990.10.230698-4), julgado nesta mesma oportunidade, o contrato de patrocínio, segundo doutrina do Dr. ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA (da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), "designa uma série de contratos identificada e caracterizada pela sua função económico-social, a saber: a realização de uma forma especial de publicidade". (...)

Ainda a respeito do tema, diz o ilustre estudioso da matéria: "Trata-se, com efeito, de um instrumento de promoção da "imagem empresarial" do patrocinador, isto é, de um "instrumento da política de imagem" das empresas, mediante associação de um seu sinal distintivo, maxime a marca, à fama ou celebridade de uma pessoa e/ou à notoriedade do evento patrocinados, participando na repercussão mediática do seu êxito ("Imagetransfer")". TJSP, AC 0222466-83.2009.8.26.0100, 25a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, unânime, Des. Amorim Cantuária, 01 de março de 2011.

Como dizem os votos, no caso de um endosso como a de Maitê Proença, transfere-se a imagem da celebridade, mas a imagem da *persona* construída⁷⁶.

Dos benefícios econômicos do constructo

O principal resultante da notoriedade, ou pelo menos o que seria natural, é o que recai sobre a *atuação célebre*. O cantor famoso adquire seu próprio fundo de comércio, sua *clientela*, que lhe vem em retorno pelos ingressos e discos adquiridos; a *socialite* obtém acesso a meios e a facilidades que os obscuros precisam conquistar a grandes ônus⁷⁷.

Mas o objeto desse estudo é o valor econômico que resulta da *transferibilidade* da fama, seja pelo endosso de produtos e serviços de terceiros, seja pelo *merchandising* de imagens, seja pelas múltiplas oportunidades a que se referia David Vaver na citação inicial deste trabalho.

Seja como tutela da imagem-atributo no âmbito do direito de personalidade, seja como elemento integral da exclusiva autoral, reconhece-se ao titular do direito sobre a persona um poder de negar, daí de autorizar, o *uso comercial* do objeto de seu interesse.

Como se expôs, o próprio fundamento do interesse econômico que se discute, a *notoriedade*, garante à sociedade um uso público que lhe é vedado no caso da pessoa privada⁷⁸.

Os interesses contrapostos, aqui da sociedade como um todo, prevalecem frequentemente quando a personalidade famosa recai sob a atenção de todos, ou atua num sentido *público*. A não ser em limites muito estreitos⁷⁹, a celebridade tem menos poderes sobre si mesma do que a pessoa comum; ela é *pública*.

Mas se reconhece a ela certos interesses que toda a pessoa tem⁸⁰, mas que são economicamente mais significativos quanto às pessoas famosas. Essencialmente, se reconhece a elas o poder de *não endossar* com sua celebridade determinadas atuações de cunho econômico⁸¹. Neste caso, não vigora a limitação que impede as pessoas famosas de resistir à própria notoriedade em face do interesse de informação⁸². Dá-se assim, às celebridades, o poder de autorizar ou negar esse uso⁸³.

Assim, a falta da autorização, ou o excesso em face do uso consentido importa, no plano do direito de personalidade, ao poder de interditar⁸⁴, e ao direito à indenização⁸⁵.

O extrato jurídico desse poder pode ser encontrado em duplo fundamento: tanto no direito de personalidade quanto, o que cobre também uma pretensão autoral, o simples locupletamento:

“Direito a imagem. Fotografia. Publicidade comercial. Indenização. A divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito a custa de outrem, que impõe a reparação do dano. Recurso extraordinário não conhecido. (...) “Aí é que se surpreendeu a ilicitude e se estabeleceu o fundamento para a reparação. Tirando proveito econômico da utilização da imagem da sambista, sem o seu consentimento e sem que se lhe retribua por uma apropriação que é significativa economicamente, e portanto, pagável, o Recorrente incorreu em mácula de locupletamento ilícito à custa de outrem, ou de enriquecimento injusto, princípios consagrados que impõem a reparação do dano”. STF, RE 95.872.RJ(DJ 1º.10.82), Ministro Rafael Mayer

"o direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização. O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. Em se tratando de direito à imagem, a obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral." STJ, REsp 267529/RJ, Quarta Turma, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 03/10/2000, DJ 18/12/2000 p. 208, JBCC vol. 187 p. 407.

"Na lição de Jacqueline Sarmento Dias, "a falta de consentimento para a divulgação da imagem, o merchandising sem autorização, o desrespeito dos limites acordados entre as partes são formas de violação do direito à imagem. Podemos acrescentar, ainda, o simples fato da usurpação do poder de exclusividade que cabe à pessoa, com relação à sua imagem, mesmo diante da não caracterização de consequências danosas." (O Direito à Imagem, Del Rey, p. 143). No presente caso, a violação do direito à imagem da autora ainda é mais evidente, pois o seu uso não autorizado teve inequívoco intuito comercial, para fins de publicidade. De nada adianta a apelante insurgir-se contra tal assertiva, pois é óbvio que se valeu da boa figura da autora para aumentar a venda de roupas e produtos de beleza e estética. As fotografias dos painéis publicitários que instruem a inicial constituem provas veementes da utilização ilícita de imagem alheia para fins comerciais." TJSP, AC 469.161.4/0-00, Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, Des. Francisco Loureiro, 10 de abril de 2.008.

A responsabilidade pelo endosso

Parte da doutrina, de outro lado, aponta que o aproveitamento da notoriedade pelo endosso de produtos e serviços de terceiros, que é um poder que se reconhece ⁸⁶, importa em responsabilidade. Tal responsabilidade é distinta do simples ônus de tolerar a perda de privacidade; como a notoriedade é utilizada para proveito próprio, e de cunho econômico muitas vezes diverso da simples prática da atividade célebre, se estabelecem parâmetros e contenções em favor do público que sofre e frui dos efeitos passivos da fama.

Do ponto de vista do ordenamento privado do mercado publicitário, o Código de Ética do CONAR (Anexo Q) ⁸⁷ impõe tais obrigações à atividade de uso do endosso:

Testemunhais, Atestados, Endossos

2. Testemunhal de pessoa famosa: é o prestado por pessoa cuja imagem, voz ou qualquer outra peculiaridade a torne facilmente reconhecida pelo público. (...)

“(a) o anúncio que abrigar o depoimento de pessoa famosa deverá, mais do que qualquer outro, observar rigorosamente as recomendações do Código;

(b) o anúncio apoiado em testemunhal de pessoa famosa não deverá ser estruturado de forma a inibir o senso crítico do consumidor em relação ao produto;

(c) não será aceito o anúncio que atribuir o sucesso ou fama da testemunha ao uso do produto, a menos que isso seja comprovado e;

(d) o anunciante que recorrer ao testemunhal de pessoa famosa deverá, sob pena de ver-se privado da presunção de boa-fé, ter presente a sua responsabilidade para com o público.”

De outro lado, ressalta-se o entendimento de certa doutrina pela responsabilização da celebridade, ela mesma⁸⁸. Essa responsabilidade pode chegar à esfera penal⁸⁹.

Da construção da persona no campo da propriedade intelectual

Do que já se citou, parece pelo menos razoável entender que a persona, como constructo, tenha proteção em direito, e em particular, no nosso direito. Tanto a elaboração no campo do direito de personalidade, quanto, no caso brasileiro, a relevância da construção específica do direito das celebridades esportivas apontam para um direito *absoluto*⁹⁰, ainda que não como fruto de direitos exclusivos da propriedade intelectual.

No entanto, cabe-nos apontar para uma faceta específica da proteção da persona das celebridades, que é a sua deliberada construção como personagem de si mesmas, como um dos heróis de nossa contemporaneidade, mas herói ficcional ou pelo menos fabular⁹¹.

A par da construção de um direito *sui generis* das celebridades, tem sido adiantada a proposta de subsumir tal interesse jurídico tanto ao campo autoral, quanto ao direito de marcas⁹². Quanto este último, é de se notar que já Gama Cerqueira já o consignava⁹³; mas não será objeto de nossas cogitações neste texto⁹⁴, muito embora ilustrada doutrina milite no sentido de ser sua topologia mais adequada⁹⁵.

Nossa tarefa é sugerir a construção desse interesse no campo autoral.

Por que fazê-lo? Dir-se-ia que a simples proteção da imagem-atributo no campo do direito da personalidade o bastaria. Mas não é fato. Na verdade, como se viu, a casuística distingue a proteção da pessoa da celebridade e o interesse relativo à persona como constructo. Esse constructo não necessariamente terá o abrigo dos direitos de personalidade.

De outro lado, o constructo da persona tem características de criação intelectual, minuciosamente análogos a de uma personagem. Há índices, que este parecerista sente como relevantes, que fazem da persona uma obra de fabulação⁹⁶, se não de ficção.

Muitas razões há para prevenir a extensão de novos objetos de direito autoral; mas tais razões são essencialmente ligadas à expansão das exclusivas, sem consentânea contrapartida dos direitos de acesso do público às obras protegidas. Quando se postula o reconhecimento de novos objetos, no entanto, com aplicação dos limites e condicionantes do exercício, que garantem a legitimidade desse exercício, no entanto, não há que se ver

lesão, mas enriquecimento dos interesses somados, públicos e privados, que incidem sobre o objeto em questão.

Assim é que, após propugnar pela hipótese do direito autoral da fabulação das celebridades, nos demoraremos nos condicionantes de seu exercício, em minucioso cuidado por seus limites e sua função social.

Do constructo como criação intelectual

O que é criação intelectual

Como já mencionado acima, definimos “criação intelectual” da seguinte forma:

Para os fins de nosso estudo, é a “criação intelectual”. Um corpo de conhecimentos tecnológicos, ou texto literário, musical ou científico, ou um desempenho de intérprete suscetível de fixação, ou um artefato (escultura, quadro...). Algo que, sempre intelectual (pois distinto de qualquer materialização), seja:

- a) destacado do seu originador, por ser *objetivo*, e não exclusivamente contido em sua subjetividade;
- b) tendo uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante.

Assim, o atributo capital da criação intelectual é sua objetividade ⁹⁷. Criações intelectuais existem em muitos campos, *inclusive* no campo da propriedade intelectual:

"Abrange, portanto, os direitos autorais e os direitos de propriedade industrial, num reconhecimento à interrelação entre as todas as formas de criação intelectual. Cada uma destas espécies, porém, cuida de proteger tais criações de modo diverso, respeitando a singularidade de seus formatos e aplicações. Assim é que, no Brasil, possuem seus próprios princípios e disciplinas - regendo-se os direitos de propriedade industrial pela Lei nº 9.279/96 e os direitos autorais pela Lei nº 9.610/98, seguindo, aliás, orientação internacional firmada pelas Convenções de Paris e de Berna, respectivamente. Vale transcrever pequenos trechos de especialistas destes dois ramos do direito: Denis Borges Barbosa, já citado, e José Carlos Costa Netto. (...)

E o segundo oportunamente enfatiza, em sua obra "Direito Autoral no Brasil" (2ª ed. - FTD - 2008 - pp.29/30): "Não há como contestar que a criação intelectual é a peça fundamental na descoberta de uma invenção, de um determinado modelo industrial original, ou de um desenho - ou arte gráfica - de uma 'marca' para identificar um produto, uma empresa industrial ou comercial.." TJSP, AC 0021455-57.2010.8.26.0006, Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. José Reynaldo, 16 de agosto de 2011.

E há criação intelectual, sensível ao direito, fora do campo da propriedade intelectual ⁹⁸.

Quem cria, em qualquer campo ou forma, deve ter sua intervenção reconhecida pela imputação *necessária* do ato inaugural a um

originador. Singular ou coletiva, autor de obra certa ou comunidade a quem se deve a construção imemorial, a ação humana é vinculada à coisa criada.

Assim é que em nada lesa o direito, e em tudo o prestigia, quem aponta de uma descoberta quem a fez; quem honra o cirurgião, que precisou um novo método de curar, designando-o com seu nome; quem aponta de uma receita gastronômica o seu inventor. Fora de qualquer exclusiva, o Tratado de Genebra de Registro de Descobertas Científicas cuida apenas dessa imputação ⁹⁹.

Assim, a criação em geral – e no criar se presume aqui um *quid novum* que será abaixo discutido – deflagra-se automaticamente uma pretensão: a de que se impute ao criador a coisa criada.

Mas nem toda criação intelectual cabe no campo autoral

Mas, no texto mais recente citado, tivemos de precisar que nem toda criação intelectual se aduna no campo autoral:

Como regra, a simples criação, desde que expressa ou fixada (ou seja, objetivada), pode deflagrar um conjunto de consequências jurídicas. Entre tais consequências pode acontecer - como ocorre no direito autoral brasileiro vigente - a constituição de um direito de exclusiva, se este direito específico não for denegado pela lei para o tipo específico de criação. Em outros casos, a criação apenas deflagra uma faculdade de obter posteriormente o direito de exclusiva, sem a automaticidade do direito autoral (como no caso de cultivares, topografias de semicondutores, patentes, etc.)

Essa criação objetiva e autônoma, assim, capaz de deflagrar seja um direito de exclusiva, sejam outras consequências jurídicas diferentes de um direito de exclusiva, constitui uma *criação intelectual*.

Além do filtro de entrada, todos os sistemas vigentes de propriedade intelectual ainda tem pelo menos dois requisitos complementares (e alguns mais outros): que a *criação intelectual* não seja copiada; e de que haja um mínimo de contribuição diferencial à sociedade que justifique uma exclusiva. Como suscitado pela Suprema Corte americana no caso Feist ¹⁰⁰, não é o simples trabalho que merece exclusiva, é preciso (pelo menos para se ter uma exclusiva, que não se identifica obviamente com o retorno material) que a criação intelectual represente uma contribuição à sociedade.

Em primeiro lugar, é necessário que a criação intelectual passe em um filtro *positivo*, qual seja ela, que ela seja resultante de um ato humano específico de instauração de uma nova ordem simbólica: a *originação*, metaforicamente assimilada à geração de um novo ser ¹⁰¹. Esse elemento não é típico da criação *autoral*, mas preside a todo ato de originação ¹⁰².

Assim, ela deve ser ... uma criação... *do espírito*. Sobre isso, notamos ¹⁰³:

3. O que a lei diz ser protegido

A construção legal é particularmente defectiva:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (...)

Ora, obras intelectuais – pelo menos em tese - são todos os objetos da Propriedade Intelectual. Com efeito, este ramo do Direito somente protege criações intelectuais e não elementos naturais, ou seja, o que existe na natureza sem ter sofrido a intervenção humana. Igualmente, "criações do espírito" são marcas, patentes, enfim, tudo aquilo que resulta da operação intelectual criativa. Assim o diz texto oficial da OMPI:

Le terme “propriété intellectuelle” désigne les créations de l’esprit, à savoir les inventions, les œuvres littéraires et artistiques et les symboles, noms, images et dessins et modèles utilisés dans le commerce ¹⁰⁴.

Escrevendo no sec. XIX, EUGÈNE POUILLET descrevia o campo de patentes da seguinte forma: “a lei não protege as descobertas, as criações intelectuais científicas e artísticas, senão, exclusivamente, as criações do espírito que se operam no domínio das indústrias...” ¹⁰⁵.

A fórmula legal, assim, é particularmente infeliz ¹⁰⁶. Na verdade, a Convenção de Berna, ao definir seu campo próprio, usa o mesmo procedimento que a lei brasileira: renunciando a definir positivamente seu objeto, o texto internacional cita uma multiplicidade de criações que lhe fariam objeto. Tal procedimento terá a virtude, se virtude o é, de relacionar uma soma de objetos que *historicamente* se reconhece como o campo próprio da proteção autoral. É uma taxonomia que renuncia a um conceito de obra autoral, mas resolve problemas práticos, e permite distinções entre obras que têm prazos de proteção ou requisitos diversos ¹⁰⁷.

Para entrar no campo autoral, além disso, é preciso passar num filtro *negativo* específico ¹⁰⁸.

Ao contrário das nossas leis anteriores, a norma de 1998 explicita quais são os objetos excluídos da proteção autoral:

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções ¹⁰⁹;

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

A listagem, também aqui, tem uma irrazoabilidade digna de Borges: as coisas mais disparatadas são postas num só lugar. As leis de patentes de 1945 a 1971 incorriam igualmente em recitais parecidos, que juntavam elementos de definição de que sistema aplicar (a noção de "invenção"), noções gerais de contributo mínimo e proibições diretas por razão de política pública. A lista, além de desconexa, é também incompleta: mesmo sem constar da relação, seriam denegados direitos autorais para um novo satélite de Saturno, um padrão monetário, ou um golpe de estado.

Mas a listagem aponta para exemplos de hipóteses que manifestam princípios de não-proteção subjacentes. A soma das "idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras" aponta para uma regra geral segundo a qual não se protegem idéias, mesmo se sujeitas a uma formalização que fosse classificada entre os tipos consagrados.

Na intuição de Camões, Mas esta linda e pura semidéia (...) Está no pensamento como idéia/ O vivo e puro amor de que sou feito/ Como a matéria simples busca a forma. É certamente um princípio básico de direito de autor¹¹⁰:

Com efeito, criando o Direito de Autor um monopólio em proveito do criador, direito este que é sancionado com vigor, tornar-se-ia paralisante tolerar que esta tutela recaísse sobre as idéias; as criações seriam entravadas pela necessidade de requerer a autorização dos pensadores: pode-se imaginar, por exemplo, que, no domínio científico, toda narração dos progressos seria difícil por que elas imporiam a concordância dos pensadores, dos quais as idéias seriam a base das descobertas. (...) Também esta exclusão das idéias do domínio do direito do autor é uma constante universal.

Tais exemplos também apontam para outro princípio de não-proteção: qualquer instância não expressiva está fora do alcance da proteção autoral: realizar atos mentais, jogos ou negócios; o aproveitamento industrial ou comercial (...). Não temos aqui uma recusa quanto à destinação da obra: será igualmente um princípio geral do direito de autor que não se denega proteção, por exemplo, ao texto de propaganda política ou comercial ou às instruções de como empinar uma pipa¹¹¹, desde que dotadas dos requisitos gerais de arbitrariedade e contributo mínimo. O exemplo sempre lembrado do Relatório Municipal de Graciliano Ramos vem à memória:

Pensei em construir um novo cemitério, pois o que temos dentro em pouco será insuficiente, mas os trabalhos a que me aventurei, necessários aos vivos, não me permitiram a execução de uma obra, embora útil, prorrogável. Os mortos esperarão mais algum tempo. São os munícipes que não reclamam. (...)

*A prefeitura foi intrujada quando, em 1920, aqui se firmou um contrato para o fornecimento de luz. Apesar de ser o negócio referente à claridade, julgo que assinaram aquilo às escuras. É um bluff. Pagamos até a luz que a lua nos dá. (...)*¹¹²

O que se recusa a falar das realizações e aproveitamentos são as instâncias pragmáticas de aplicações de idéias, em tudo que ultrapasse a conformação expressiva. Na vedação de dar exclusivas às informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas e aos nomes e títulos isolados se têm exemplos da exigência geral de contributo mínimo. No direito comparado tais hipóteses são excluídas seja sob a regra de *minimis non curat praetor*, seja diretamente pela aplicação do "nível mínimo de criatividade", originalidade, etc., sobre o que discutiremos logo adiante. Aqui também a regra de não-proteção não é literal, mas manifestação de um requisito de proteção.

Ao dizer que não incide direito autoral nos textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais mais uma vez se aponta para uma regra geral, pelo menos do direito brasileiro: os textos originados do Estado, com caráter oficial, não podem ser denegados à comunicação ao público com base em exclusiva autoral.

Note-se que nenhuma dessas hipóteses é de exceção ou limitação dos direitos autorais. O princípio de proteção da expressão - não das idéias - é uma norma positiva de incidência. O sistema autoral não incide no âmbito das idéias; não se excepciona ou limita o que nem sequer se inclui. Não se excepcionam ou limitam as ações pragmáticas ou aproveitamentos não expressivos: apenas eles não se inserem no campo de incidência do sistema autoral, seja para entrar em outro sistema, seja para permanecerem de livre utilização.

A regra do contributo mínimo igualmente não é exceção ou limitação: os objetos que não alcançam o nível mínimo de proteção destarte não incidem no campo de proteção.

Assim, não cabe aplicar interpretação restritiva às enunciações do art. 8º. da lei autoral, para reduzir sua aplicação às hipóteses nominais listadas; trata-se aqui de um estilo normativo *pars pro toto*, em que se usam exemplos como manifestação de hipóteses de não incidência do sistema autoral, ou de um requisito de limiar mínimo de acesso.

As regras de interpretação restritiva da lei autoral de alcance são unilaterais, eis que se dirigem ao autor (que se presume hipossuficiente¹¹³); e são regras relativas aos negócios jurídicos e não à aplicação do texto normativo. O próprio Supremo Tribunal Federal já

entendeu que mesmo o capítulo das exceções ou limitações permite interpretação não restritiva¹¹⁴.

E ilustramos a eficácia desse filtro de entrada em julgado do STJ:

O acórdão embargado não negou que a autora, ora embargante, tenha sido a criadora do estilo denominado "fragmentismo". Nem poderia fazê-lo, porque tal fato foi estabelecido no acórdão recorrido.

Ocorre que, mesmo tendo a autora criado o "fragmentismo", tal técnica é "apenas um meio, um procedimento, para a formação de obras artísticas". É "maneira de fazer arte", como está na inicial (fl. 8).

Exatamente por isso não está albergado pela Lei dos Direitos Autorais.

Como constou do acórdão embargado:

"O resultado da utilização da técnica é que tem guarida legal: somente se sujeita à proteção intelectual a obra formada pela utilização do estilo (v.g., quadros, telas, fotos, filmes etc.), individualmente considerada."

Em palavras diretas: fragmentismo não é obra (não no sentido jurídico do termo, que não se confunde com outras acepções admitidas e conhecidas).

Trata-se de método, técnica, procedimento para a criação de obras, estas sim cobertas pelo direito previsto no Art. 5º, XXVII, da Constituição Federal.

Pelas carregadas palavras da embargante, fica claro que ela gostaria que a Lei protegesse, também, os criadores de estilos, de técnicas.

É uma posição defensável, bastante razoável. Mas não é a opção da Lei, à qual devo obediência." EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 906.269 - BA (2006/0248923-0)

A questão chave de nossa tarefa é assim demonstrar o porquê a criação de uma persona por uma celebridade caberia no campo autoral. Para isso é preciso demonstrar que há *originação* e que não se exclui a criação do campo autoral.

A construção doutrinária da persona no direito autoral pátrio

Não parece haver qualquer discussão de que as criações de imagem – aqui no sentido de “retrato”, como distingue a doutrina dos direitos de personalidade – se acha no âmbito autoral. No entanto, para postular que a construção de uma persona, que em muito excede as lindes do simples retrato, também possa ter uma tessitura no mesmo direito, é preciso alguma demonstração¹¹⁵.

A questão da proteção autoral dos personagens

Parte respeitável da doutrina autoral brasileira se inclina pela proteção aos personagens como elemento pertinente ao campo autoral¹¹⁶.

Há que distinguir-se aqui, no entanto, o personagem como imagem-retrato, como o define a doutrina dos direitos de personalidade; o personagem como objeto de uma *encenação*, ou seja, como construção imanente aos direitos conexos; e a personagem como *persona*, ou elemento autoral e não de direitos conexos.

Da personagem-retrato

A discussão judicial relativa aos personagens-retrato é vasta, e muito condicionada à questão do *merchandising* de elementos de ficção, como as figuras de quadrinhos ou de desenho animado ¹¹⁷.

A imagem-retrato, em geral, e não só como personagem, como objeto de direitos autorais, inclusive a pictórica e fotográfica, em particular na difícil relação entre a criação e seu eventual modelo humano, tem sido objeto de considerável elaboração ¹¹⁸, que, no entanto, deixamos de lado para os propósitos deste estudo.

Da personagem encenada

A relação do intérprete e o personagem suscita interessantes questões jurídicas não só no campo exato dos direitos conexos, como também na intercessão sutil entre os direitos morais conexos ¹¹⁹, e os direitos de personalidade. Discute-se, inclusive na casuística brasileira, os eventuais direitos do intérprete em face de seu personagem, entre os quais o de aceitação de papel e o de manutenção do *cunho de interpretação* ¹²⁰.

Tem-se recente e valioso estudo de Eliane Y. Abrão ¹²¹, no tocante à personagem como fato da construção dos direitos autorais dos intérpretes:

Um personagem não existe, portanto, apenas em função da representação do ator. O seu criador original parte de uma idéia que se materializa em um texto, delineando um caráter a esse "ser de papel" que na pele do artista, além dos elementos intrínsecos à sua personalidade - imagem e voz -, recebe, por interferências do diretor, inflexões próprias, gestos, movimentos, expressões, maquiagem, figurino e adereços. Sem contar que, geralmente, o personagem é inserido em um cenário onde também exercem influência a iluminação e a música de fundo (trilha sonora). Todos esses elementos compõem um personagem na representação ao vivo ou na gravação. Filmes há, outrossim, em que a personagem é uma câmera, ou um terceiro invisível, protagonista da trama.

De outro lado, a alternância dos elementos e das pessoas físicas que interferem na composição de um mesmo personagem faz com que se tornem (paradoxalmente) inconfundíveis. O personagem Othelo, criado textualmente por William Shakespeare e interpretado por Richard Burton, não possui as mesmas características do Othelo shakespeariano representado tempos depois por Lawrence Fishburne. Do mesmo modo que a personagem Isaura - criação textual de José de Alencar vivida nas telas por Lucélia Santos em "A Escrava Isaura" e dirigida por Herval Rossano (Globo) - não se confunde com a Isaura interpretada por Bianca

Rinaldi e dirigida pelo mesmo Herval Rossano (Record). Esses aspectos garantem, de outra vertente, a inconfundibilidade, a independência, das respectivas obras audiovisuais.

E, agora notando a autonomia *jurídica* do personagem em face da pessoa do ator:

Dois outros artigos da atual Lei Autoral, Lei 9.610/98, são igualmente importantes na análise jurídico-autoral do personagem. O art. 83, em uma demonstração da preferência de tratamento jurídico concedido ao autor do texto em que se baseou o personagem em detrimento ao do ator que o interpreta, autoriza a lei a substituição do ator pelo diretor quando aquele tenha de interromper temporária ou definitivamente sua atuação. Mas o personagem tem assegurada sua continuidade na obra, audiovisual ou radiodifundida, não importando o ator que o represente. Diferencia-se, assim, o personagem intelectual do personagem representado e resguarda-se os direitos patrimoniais de todos: da produtora/emissora que continuará a veicular a obra; do diretor, a quem cabe dar continuidade artística a ela; do ator substituído, que fará jus à percepção de direitos patrimoniais proporcionais à duração de sua participação (o que se repete no § único do art. 92); do ator substituto, que receberá salários e que, igualmente, participará proporcionalmente dos rendimentos patrimoniais nas futuras reexibições da obra gravada

¹²².

Neste ponto, e ainda em outros segmentos da legislação em vigor, enfatiza-se o personagem como constructo, como algo definido pelas suas características pessoais, identificáveis, autônomas em face da pessoa a que ele se apõe ¹²³.

A verdade, outra consideração, ainda que estranha ao campo autoral, é que personagens em face dos quais se constrói uma *clientela* ¹²⁴, como no caso de novelas, constituem elementos de fundo de comércio, com a tutela que se reserva a tais elementos de aviamento ¹²⁵.

Da personagem como obra autoral

A questão dos personagens como obra, no entanto, valeu-nos suscitar pesquisa complementar ¹²⁶. Segundo André Andrade e Carolina Tinoco Ramos,

No Brasil, não há consenso a respeito da questão da proteção autoral a personagens. A própria Lei n.º 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais - LDA) apresenta, tanto para o que é protegido quanto para o que não é, apenas um rol exemplificativo. Como a personagem não está incluída em nenhuma das listas, a questão é deixada para a interpretação sistemática da lei pela doutrina e pela jurisprudência. Contudo, nem a doutrina tem desenvolvido o tema, nem os tribunais têm se ocupado do assunto, posto que as controvérsias e as ações judiciais ainda são raras.

Outra dificuldade encontrada é que o inciso VIII do artigo 7º da LDA determina expressamente que "obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética" são protegidas por direito autoral. Isso faz com que, muitas vezes, se confunda o desenho da personagem

(imagem da personagem) com a personagem ¹²⁷ em si. Quando se trata de personagens, deve-se ter em mente a construção de um ser fictício que irá desenvolver relações e comportamentos. E será dessas personagens que o presente artigo se ocupará.

Fixado o problema, assim se configura a questão:

Dentre os doutrinadores que se posicionam no sentido de proteção de personagens encontra-se Antônio Chaves:

O fato de alguém se apropriar de personagens criados por outrem, para, sem a indispensável licença, utilizá-los em outras histórias, para finalidades diferentes, ou mesmo para degradá-los para a propaganda de produtos comerciais, não constitui apenas ilícito civil: pode caracterizar verdadeiro crime, em casos que se apresentam cada vez com maior frequência. (CHAVES, 1987, p. 188) (...) ¹²⁸

Já entre os que se posicionam contrariamente à proteção de personagens encontra-se Eliane Abrão:

E há, finalmente, um campo de verdadeira imunidade a qualquer proteção de caráter autoral: é o das idéias, dos conceitos, dos métodos, dos sistemas, dos cálculos. O resultado material dessas idéias, métodos, etc., isto é, sua expressão fixada em base corpórea, concreta, palpável é que é protegido pela lei autoral e não as idéias, os métodos, os cálculos em si. Exemplifica-se: o livro de ensino de matemática é de criação de determinado autor, mas não os cálculos embutidos em cada exercício. O direito autoral não cobre qualquer idéia ou conceito existente por detrás da obra criada nem qualquer personagem nele retratado (in Circular 45, Copyright Office, EUA). ¹²⁹

A questão tomaria outra concretude, porém, em face de evento jurisprudencial específico:

Por este ser um tema que pouco chega aos tribunais, há apenas uma decisão ¹³⁰, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que aborda a questão e que acaba por reconhecer a proteção de personagens por direito autoral, no caso a personagem ‘Harry Potter’:

A autora escreveu as obras literárias centradas no personagem “Harry Potter”, seus companheiros e professores de uma escola inglesa bruxaria. Isso é fato notório (artigo 334, inciso I, do CPC).

A empresa produtora de espetáculos teatrais – Jotaelle Ltda. – organizou a peça “Harry Potter – o aprendiz de feiticeiro” (ut - fls.36), inclusive convocando candidatos à representação do personagem principal (fls.32 e 38). Depois de um contato dos advogados da escritora, o nome “Harry Potter” foi retirado dos cartazes de propaganda (fls.99/100).

Contudo, a produtora manteve, nos anúncios do espetáculo teatral, todas as características físicas dos personagens, bem como o enredo básico da história dos jovens aprendizes de magia negra. Isso está bem claro nos documentos juntados pela primeira apelante (Jotaelle

Ltda.), quando de sua contestação.

O fato de o roteiro da apresentação teatral afastar-se da versão dos livros da autora-apelada não exclui a existência de plágio. As características físicas dos personagens são iguais, bem como os figurinos e até o título “Aprendiz de feiticeiro” que neste contexto, evidenciam a violação de direitos autorais. A Lei Federal 9610, de 19 de fevereiro de 1998, protege o autor das adaptações de suas obras (artigo 29, inciso III) com o intuito de garantir-lhe a integridade (artigo 24, IV).

A divulgação da peça (fls.32, 36, 38 e 50) está demonstrada inclusive pela documentação trazida com a contestação da Jotaelle Ltda. (fls.99 e 100). O simples confronto entre o anúncio de um filme autorizado (fls.39) e os cartazes da peça produzida pela primeira apelante evidencia a violação aos direitos autorais. Isso tem como consequência a obrigação de indenizar, conforme artigo 186 da Lei Federal 9610. (TJRJ, ApC 2008.001.05609, Des. Rel. Bernardo Moreira Garcez Neto, Décima Câmara Cível, julgado em 02/04/2008, DJ 28/04/2008, p. 29)

A contribuição dos autores, porém, é tanto mais relevante quanto se propõem critérios para essa protectibilidade dos personagens:

A partir desse ponto será adotada a nomenclatura *personagens-constructos* para as que aqui defendemos que devem receber o tratamento de obras e *personagens-idéias* para as que, como o próprio nome diz, não passam de meras idéias, não merecendo, portanto, proteção. (...)

Entretanto, deixamos de adotar a nomenclatura literária, posto que a mesma não apresenta o grau de precisão necessária. Mesmo na literatura encontramos outras nomenclaturas que são passíveis de confusão¹³¹. Portanto, justifica-se assim a adoção da terminologia *personagens-constructos* e *personagens-idéias*.

Os autores propõem dois testes para distinguir o que é um personagem-constructo – a *persona*:

Personagens são Obras?

É a partir da análise do conjunto de características que se pode determinar se uma personagem possui ou não proteção por direito autorial. Em outras palavras, se a personagem chega a ser um constructo ou se é mera idéia. (...)

Para que a personagem-constructo seja considerada obra literária protegida por direito autorial, dela tem que ser possível criar obras derivadas¹³². Cabe ressaltar que não se trata de mera derivação das imagens das personagens e sim das personagens como um todo. (...)

Outro teste que precisa ser feito para determinar se a personagem pode ser objeto de proteção por direito autoral diz respeito ao plágio. Pode uma personagem ser plagiada?

A objetivação do constructo como requisito da obra

Entenda-se: há personagens *inexpressivos*, incapazes de se transformarem em objeto destacado da obra na qual elas se inserem¹³³. A objetivação da personagem é crucial para se transformar em objeto *singular* de direitos. Assim notamos em nosso Tratado da Propriedade Intelectual:

*The poet's eye, in a fine frenzy rolling,
doth glance from heaven to earth,
from earth to heaven;
And as imagination bodies forth
The forms of things unknown, the poet's pen
Turns them to shape, and gives to airy nothing
A local habitation and a name.*
(Sonhos de uma noite de Verão)

O ponto crucial para fixação do resultado de um processo de produção intelectual, para que tenha relevância jurídica, é a transformação que Shakespeare descreve com precisão: a pena do poeta transmuta a imaginação em *forma* e lhe dá um espaço preciso e identificável. O texto poético é, aliás, extremamente interessante ao distinguir os elementos mais abstratos da massa intelectual (“forms of things”) da sua expressão (“shape”, dicionarizada como “a perceptual structure”)

É assim que, para que haja “criação intelectual”, é preciso que o resultado da produção intelectual seja destacado do seu originador, por ser objetivo, e não exclusivamente contido em sua subjetividade; e, além disso, que tenha uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante. (...) ¹³⁴

O que se *origina*, neste processo?

Para os fins de nosso estudo, é a “criação intelectual”. Um corpo de conhecimentos tecnológicos, ou texto literário, musical ou científico, ou um desempenho de intérprete suscetível de fixação, ou um artefato (escultura, quadro...). Algo que, sempre intelectual (pois distinto de qualquer materialização), seja:

- a) destacado do seu originador, por ser *objetivo*, e não exclusivamente contido em sua subjetividade;
- b) tendo uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante.

Assim, um poema que se enuncia em público, ainda que não levado a papel, ou gravado, é um ente em si, provavelmente capaz de ser memorizado e repetido, distinto da subjetividade do poeta, e distinto também de uma infinidade de outros poemas.

Como regra, a simples criação, desde que expressa ou fixada (ou seja, objetivada), pode deflagrar um conjunto de consequências jurídicas. Entre tais consequências pode acontecer - como ocorre no direito autoral brasileiro vigente¹³⁵ - a constituição de um direito de exclusiva, se este direito específico não for denegado pela lei para o tipo específico de criação¹³⁶. Em outros casos, a criação apenas deflagra uma *faculdade* de obter posteriormente o direito de exclusiva, sem a automaticidade do direito autoral (como no caso de cultivares, topografias de semicondutores, patentes, etc.)

Essa criação objetiva e autônoma, assim, capaz de deflagrar seja um direito de exclusiva, sejam outras consequências jurídicas diferentes de um direito de exclusiva, constitui um *bem imaterial*¹³⁷.

O que propõem os autores para distinguir o personagem que é obra, ou *constructo*, do que é seja elemento integrante, mas indissociável da obra, ou ainda (o que os autores não consideraram) mera pertença¹³⁸ da obra em que se insere, são os testes de derivação e de plágio.

Se for possível tomar *a personagem* (não a obra na qual ela é atuante) como base de criação de outras obras, tem-se um *constructo*. Se for possível plagiar as características singulares e destacadas da personagem, e dela se remeter à obra plagiada, ter-se-ia um índice de *constructo*.

Como se faz o constructo como obra

Voltando agora ao texto de Tinoco e Andrade, e concluindo:

Através dos testes propostos é possível analisar, no caso concreto, a possibilidade de proteção de personagem como obra autoral. Mas é importante deixar claro que em momento algum se defende, aqui, que todas as personagens sejam obras e, portanto, merecedoras de tal proteção. Esta proteção deve ser conferida tão somente as que designamos como *constructos*, ou seja, as personagens esféricas de que trata Antonio Candido.

Carolina Tinoco Ramos, por sua vez, definiu em obra à parte¹³⁹ as características desse personagem que se torna obra:

Em outro trabalho, tratamos, em co-autoria com André Andrade, da proteção de personagens por si só, independentemente das histórias de que fazem parte, como criação objeto de direito de autor, isto é, como *obra*¹⁴⁰. Lá propomos a divisão dos personagens em duas categorias: *personagens-constructos* e *personagens ideias*.¹⁴¹ Chamamos de *personagens-constructo* aquelas que pelo seu conjunto de características podem ser consideradas obra e de *personagens-ideias* aquelas que, por não possuírem um conjunto marcante de características não podem ser identificadas de maneira isolada das histórias que as contêm e, assim, destas não podem se desprender para ganhar vida própria como obra. (...)

Portanto, quando se fala em personagem protegida por direito autoral deve-se ter em mente o conjunto de características dessa personagem

(esta é a obra), e não apenas sua imagem ou seu nome. Até porque, a imagem de uma personagem é indiscutivelmente protegida por direito autoral, na condição de desenho (art. 7º, inciso VIII, da LDA), enquanto que o nome de uma personagem (art. 8º, inciso VI, da LDA) só é protegido em associação com a obra.

De modo a deixar essa diferença bem clara: qualquer um pode montar uma peça de teatro com uma personagem chamada ‘Mônica’, pois este nome, isoladamente, não possui qualquer proteção. No entanto, não poderia montá-la com uma personagem que se chame ‘Carla’ e que possua todas as outras características da personagem ‘Mônica’. É essa a personagem como constructo: o conjunto de todas as características de uma personagem, tais como seu modo de se comportar, de se vestir, de se relacionar com outros, de agir de determinada maneira perante determinadas condições, seus sentimentos, suas características físicas etc.; tudo isso de forma independente de sua imagem e seu nome, sem, contudo, deixar de se considerar sua imagem e seu nome como características.

A celebridade como personagem autoral

Em outro exercício separado, este parecerista induziu a pesquisa sobre a construção da noção de uma celebridade como obra no direito brasileiro. No ensaio de Maria Angélica Teixeira Barbosa ¹⁴², a questão era a personificação de Sílvio Santos – como uma personagem de si mesmo.

A fabulação do personagem-celebridade

Em essência, o que afirma o ensaio é que a construção da persona é uma *fabulação*, uma construção deliberada, contínua, e ficcional, no sentido de que se destaca da pessoa real, viva, e objeto de uma personalidade como ser humano ¹⁴³.

Nota a autora:

Antes de tratarmos dos aspectos literários e teatrais da personagem é importante verificarmos o seu conceito. No dicionário *Aurélio* (; 1316) assim se define personagem: *1. Pessoa notável, eminente, importante; personalidade pessoa. 2. Cada um dos papéis que figuram numa peça teatral ou filme, e que devem ser encarnados por um ator ou uma atriz; figura dramática. 3 P. ext. Cada uma das pessoas que figuram em uma narrativa, romance, poema ou acontecimento. 4. P. ext. Ser humano representado em obra de arte.*

Note-se que o dicionário apenas relaciona personagem com pessoa e, apesar desse ser o aspecto fundamental da monografia, devemos ressaltar que representa uma limitação à sua concepção, posto que personagem pode referir-se a uma animal, um objeto, uma paisagem - vide a Combray de Proust, no Caminho de Swann. Dito isso, é nossa preferência a definição do Wikipédia (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Personagem>), *elemento vivo de uma obra narrativa*, com uma pequena modificação, em vez de obra narrativa, obra ficcional. Desse modo, **personagem seria elemento vivo de uma**

obra ficcional. “Elemento vivo” porque esse elemento transmite sensações, sentimentos ao destinatário daquela obra; “obra ficcional” no sentido de criação de um mundo imaginário. (...)

É a “ilusão do real”, ou seja, a impressão da “presença real” do objeto, no qual se insere o leitor, em termos literários, ou espectador, no caso da autoconstrução de uma personagem pela celebridade. Tanto o leitor como espectador participam dessa “ilusão do real”. Assim como o leitor anima através de sua imaginação o personagem de um livro de um autor de ficção, nós, espectadores da “vida real”, tendemos humanizar, vivificar aquilo que nos é apresentado pela celebridade como sua “realidade”, quando, na verdade, é apenas sua personagem. Melhor explicando, a pessoa à que se refere a personagem é vivificada perante os olhos do espectador, o que cria a ilusão mencionada.¹⁴⁴

A fabulação da celebridade é construir-se como um personagem que, no entanto, mantém verossimilhança¹⁴⁵:

A ficção, portanto, é o lugar no qual o homem pode viver e contemplar, através das personagens, a plenitude de sua condição, em que se transforma imaginariamente no outro, vive outros papéis, destaca-se de si mesmo, distancia-se de si mesmo¹⁴⁶. O espectador –participante de uma celebridade, através da personagem criada por ela, “se transforma” nessa personagem, “vive” outra vida que não a sua, distancia-se de si mesmo, construindo uma identidade não original, mas fabricada sob o prisma de um símbolo, uma criação.

Sobreleva notar que há uma diferença fundamental entre a ficção literária e a auto-ficção criada por uma celebridade. A primeira ajuda você a compreender melhor a si próprio enquanto a última ajuda você a enganar a si próprio.

Resumindo as idéias até então apresentadas, podemos afirmar que a personagem é elemento vivo de uma obra ficcional, o que causa a “ilusão do real”; é limitada e fragmentada; possibilita ao leitor de um romance ou espectador de uma celebridade contemplar e participar, através da personagem, de situações e sensações que o fazem se destacar de suas realidades imediatas, cotidianas.

Acrescente-se, ainda, mais uma idéia: o personagem é um ser fictício. Tal paradoxo ocasiona o problema da verossimilhança, o qual pode ser expresso na seguinte indagação: como pode existir o que não existe, já que a personagem é fruto do mundo imaginário do ser humano?¹⁴⁷

Antes de nos imiscuirmos na resposta de tal questão, averigüemos o significado de verossimilhança. Verossimilhança, segundo o Dicionário Aurélio,(;1768) é aquilo *que parece verdadeiro*, é algo que contém a aparência de verdade.

Vamos à resposta. A personagem, apesar de ser uma criação da fantasia, provoca essa impressão de verdade existencial (verossimilhança). Reside justamente nessa palavra a chave de toda questão: verdade.

A verdade está nos olhos de quem vê, de quem lê. É o espectador-participante, o leitor, que imprime existência à personagem, seja ela criada por um autor de uma obra literária, seja ela criada por um showman como Silvio Santo ou qualquer outra celebridade. É a conhecida e referida “ilusão do real” do início de nosso texto¹⁴⁸.

No entanto, somente o trabalho desse leitor ou espectador não é o bastante para configurar esse sentimento de realidade, de verdade, o qual necessita também da contribuição do autor, romancista ou celebridade, porquanto uma personagem nos parece real quando esse criador sabe tudo a seu respeito ou, pelo menos, dá essa impressão¹⁴⁹. Sendo assim, no caso de uma autoconstrução de uma personagem por uma celebridade, não há ninguém melhor do que ela própria, a celebridade, para dar essa impressão.

Assim, a celebridade torna-se personagem:

Em termos literários, a autoconstrução de uma personagem por uma celebridade apresenta similitudes com a personagem de um romance. Ambos são elementos vivos de uma obra ficcional, porém esta *vida ou verossimilhança* é criada de modo diverso pelo autor de um livro e por uma celebridade. No caso da personagem de uma pessoa famosa é a conjunção de três fatores, os quais possibilitam aquela sensação de realidade: espectador, a celebridade-autora e o contexto.

O espectador tende a humanizar, vivificar aquilo que é apresentada pela celebridade como sua verdade, quando nada mais é que uma personagem, um elemento de ficção. Isso é o que chamamos ilusão do real. São seus próprios olhos que o enganam. Por isso, em vez de olhar, vejamos o que se significa aquela máscara, na qual nos fixamos, a fim de apreendermos o seu real valor.

Da verossimilhança e da pessoa real

Saindo da análise literária, a autora vale-se da teoria de Stanislavski para distinguir a personagem construída e a pessoa em torno da qual ela se constrói:

Não se pode querer proteger a criação de uma personagem por uma pessoa em si própria pelo direito de personalidade, uma vez que esta se mantém intacta¹⁵⁰. À imagem externa criada pela pessoa correspondem faculdades interiores que se adaptam a ela, porém sem perder o seu eu interior¹⁵¹. (...)

Assim, o ator reconhece não o seu eu interior, mas a sua criação, O Crítico, assim como há celebridades as quais somente se referem a si próprias na terceira pessoa, como, por exemplo, o Pelé, pois a sua personalidade não se confunde com sua personagem¹⁵². (...)

As celebridades são fábricas de sonhos para seus espectadores. Elas criam e vendem sonhos através de suas personagens e ao mesmo tempo buscam, na verossimilhança, a concretização dessa fantasia. (...)

Em relação ao segundo aspecto, a verossimilhança precisa de três elementos: autor, o espectador e a mídia.

O autor é a própria pessoa famosa, que, no ato de criar sua personagem, acredita na sua verdade e assim a transmite ao público, o qual também participa desse processo, posto que o espectador vivifica aquele ser fictício, a personagem.

E a mídia cumpre seu papel ao fornecer elementos fictícios ou não que auxiliam a produzir essa sensação de realidade.

A criação da personagem, portanto, resulta de uma realidade circundante, ou seja, a personagem nasce de uma celebridade, sua fonte criadora, e, além disso, essa pessoa famosa, juntamente com o público e a mídia, ajudam na aparência de veracidade existencial dessa personagem.

E aplicando a caso concreto a análise:

Celebidades como Silvio Santos construíram a partir de si próprios personagens. Eles encarnam tais personagens (suas criações) e transmitem uma sensação de realidade, de verossimilhança, auxiliados pela mídia e pelo próprio espectador. (...)

Silvio Santos é o autor de sua criação, e a compõe através de caracteres físicos, psíquicos, gestuais, comportamentais. Personalidade e personagem não se confundem, porém o segundo tem sua fonte no primeiro. A personalidade faz parte da estrutura interna do indivíduo, seu íntimo, e se exprime nas suas emoções, reações, caráter, enquanto a personagem é criação, uma invenção do ser humano.

A mídia envolve tal personagem em fatos e o espectador, ante sua credulidade, vivifica aquela criação perante seus olhos, acredita piamente que a ficção, a personagem é real, é aquele ser vivo que se apresenta nos meio de comunicação. Para o espectador não há diferença entre personalidade e personagem.

É interessante aqui notar a distinção entre personagem e heterônimo¹⁵³; as celebridades não são necessariamente heterônimas, muito embora Silvio Santos, sob seu *nom de plume*, ou nome de antena, por caso o seja.

A autora, examinando as várias formas de inserção desse personagem-celebridade no sistema jurídico brasileiro, termina por classificá-lo no âmbito autoral:

Nesse contexto, o direito autoral tem muito a oferecer, pois caso aceite-se que se trata de criação de uma auto-personagem, então a pessoa estaria admitindo que aquilo que os outros vêem dela é uma ficção, a ser protegida pelo Direito Autoral.

A celebridade é obra do espírito?

O ato de engendrar uma persona, como algo distinto da pessoa privada, pode incorrer em verossimilhanças, *points de rattachement* com a pessoa tangível que se dotou de certidão de nascimento, e não registro na Biblioteca Nacional. Verossimilhança, porém não previne a fabulação, e mais, não previne a ficção que – legitimamente – faz de um *récit* uma obra literária.

Na observação de Teixeira Barbosa, Pelé se refere a si mesmo na terceira pessoa. Na verdade, Édson Arantes do Nascimento contempla e identifica num espelho lacaniano uma imagem que sendo a sua, não é de si mesmo. Não é essa desidentificação que faz de Pelé uma criação do espírito, mas sim sua deliberação criadora, o processo contínuo de construção e manutenção do constructo, zelando inclusive para que a artificialidade que o público conhece e que seduz a clientela não se esbata, dilua e dissipe.

A pessoa privada, no entanto, subsiste, como *outra*. Essa terá, no campo da personalidade, o resguardo da intimidade. Quando a notoriedade se constitui como algo distinto e objetivizado, haverá obra.

Exige-se, assim, que o constructo seja expressivo ¹⁵⁴:

Não existe no direito vigente nenhuma exigência de qualidade estética (e muito menos de *valor* estético ¹⁵⁵).

Assim a noção de "expressivo" não se esgota no estético. Abrange o que mais? Todas aquelas criações intelectuais cujo propósito *central* é propiciar a instrução, a informação, ou o prazer no processo de comunicação ¹⁵⁶. Central, vale dizer: nem acessório nem subsidiário: o processo de fruição do público se volta para o elemento comunicativo. A *função* diferencial desta modalidade de objeto da Propriedade Intelectual é promover a criação de objetos de construção simbólica voltados à instrução, à informação, ou ao prazer num processo de comunicação humana.

De novo a autoria e a titularidade da persona

Uma questão crucial não apenas para definição de titularidade dos interesses resultante da criação da persona, mas também para extensão dos limites destes, no entanto, é a noção de que – como ocorre na construção da imagem de marca ¹⁵⁷ – a celebridade pode ser um atuante central na construção, mas grande parte do *valor de reconhecimento* deriva da interação do público e de outros agentes.

Como acontece no caso da *imagem de marca* ¹⁵⁸, a construção da persona por múltiplas fontes não impede a *titularidade* por aquele a quem a deliberação e o intuito de construção do mito acede. É no fim das contas uma escolha do sistema jurídico como um todo, a quem imputa os interesses jurídicos relativos a um fato jurígeno.

Haverá, em princípio, no caso de uma celebridade que se propõe sê-lo e atua contínua e deliberadamente nesse sentido (por oposição à celebridade eventual e espontânea), uma *construção decisória* que direciona elementos essenciais da fabulação que aponta para o fulcro autoral ¹⁵⁹.

Lidando com uma matéria prima, a mídia e público, a celebridade – sempre a deliberada e contínua – molda seu *próprio valor de reconhecimento*. A matéria é resistente, e pode rejeitar a direção. A persona pode não resultar; a persona pode falhar, como tantas obras de outro gênero. Mas é a escolha última da celebridade que determina a construção da persona ¹⁶⁰.

Assim, ainda que se identifique na construção da persona um espaço de construção de obra, não se deve contaminar tal noção, essencialmente técnica, de qualquer excesso no sentido de apoderamentos excessivos em face da função social deste constructo: a saciedade do desejo da sociedade por heróis e pessoas da história corrente ¹⁶¹. Embora possivelmente o estigma da celebridade seja irrenunciável, pode toda celebridade optar pelo destino de Greta Garbo ¹⁶², de ser um ponto cego no discurso da fama.

A celebridade é excluída pelo rol do art. 8º?

A persona não é uma ideia; é um conjunto de apreensões pelo público, resultantes da formalização de uma imagem pública; há uma práxis expressiva e voltada especificamente ao ato de comunicar. Como se notou, não é a destinação da obra que a exclui do âmbito autoral, eis que nele se inclui o texto de propaganda política ou comercial ou às instruções de como empinar uma pipa, *desde que dotadas dos requisitos gerais de arbitrariedade e contributo mínimo*.

Da lista do art. 8º. (e do requisito primordial da novidade) não se encontra nenhuma rejeição em abstrato que permita a *uma determinada celebridade* valer-se da proteção autoral. Quem pretende a celebridade por uma cópia dos *agissements* de outra celebridade consagrada não terá, perante a anterior, sequer a alteridade, que lhe destaca como obra.

E só mais um requisito essencial de proteção – que não se julga em abstrato -, dirá se uma celebridade específica não é tão fugaz, tão irrelevante para o tecimento das comunicacionais demandas do público, que chega a merecer a tutela de que se fala ¹⁶³:

A questão é simples: basta que a criação, para ser objeto de uma proteção exclusiva pelos sistemas da Propriedade Intelectual, seja nova? A noção de novo, neste caso, é simplesmente aquilo a que a sociedade ainda não tinha acesso. O pressuposto deste requisito é que, em cada modalidade dessas exclusivas, uma exigência de fundo constitucional se impõe, para exigir, como um elemento objetivo da criação, um aporte à sociedade de algo a mais do que o simplesmente novo. Numa destilação ainda mais incisiva do problema, a pergunta é: o direito exclusivo que se atribui ao criador – ou àquele que deriva seu título do criador, por cessão ou operação de lei – é proporcional ao acesso obtido pela sociedade? Há uma correlação razoável entre os benefícios que o criador obtém do sistema jurídico pela criação que fez, em face daquilo que todos demais tem de benefício?

Enfim, é a exigência de *originalidade* ¹⁶⁴.

Das limitações ao direito

Protegido pela tutela autoral, ou classificado como direito de personalidade, o exercício dos direitos de celebridade estão severamente contidos por limitações intrínsecas. O que são tais limitações? Dissemos em outro texto ¹⁶⁵, falando de patentes, mas em tudo pertinente ao nosso assunto:

Natureza da limitação.

A lei de 1996 assim considera fora da exclusividade da patente uma série de atos que podem ser praticados sem a permissão do titular do

privilégio. Da mesma forma que ocorre na Lei Autoral, trata-se de um rol de limitações legais (daí, involuntárias), objetivas e incondicionais à exploração da patente.

Interpretação das limitações.

Tratando-se de restrições a uma norma excepcional, como é a das patentes, as limitações são interpretadas extensamente, ou melhor, com toda a dimensão necessária para implementar os interesses que pretendem tutelar. De forma alguma as limitações deste artigo são exceções¹⁶⁶, a serem interpretadas restritamente.

Para que fique claro: a interpretação dessas limitações leva em conta – simultaneamente – a máxima eficiência no alcance da função de cada uma delas e o mínimo de ônus ao titular necessário para a plena satisfação de tais objetivos.

Isto se dá porque as limitações aos direitos exclusivos representam, no nosso sistema jurídico, uma ponderação de interesses constitucionais incorporada ao direito normativado.

Tais limitações podem ocorrer em todo caso que os interesses dos titulares de exclusivas colidem com interesses ou princípios constitucionais, em especial:

- quando se colidem interesses privados do criador ou investidor e direitos fundamentais;
- quando há que se conciliar tais interesses privados com interesses públicos;
- quando outros interesses competitivos na economia também merecem proteção do Direito.

Limitação não é licença obrigatória.

Note-se que em todos os casos deste artigo 43, não se tem licença obrigatória, pela qual não se precise autorização, mas seja necessário pagar. Ao contrário, em todos os casos deste artigo, os atos declarados livres de consentimento também serão livres de pagamento ou qualquer outro ônus. Os atos são livres.

E, em nosso Tratado¹⁶⁷:

As limitações legais em matéria de propriedade intelectual – patentes, registro de cultivares, direitos autorais, etc. - representam uma conciliação entre interesses constitucionais fundamentais. De um lado, a esfera moral e patrimonial da criação humana, protegida pelo texto básico; de outros, interesses tais como a tutela à educação, o direito de citação, o direito à informação, o cultivo das artes no ambiente doméstico, etc.

Argumentar-se-ia, talvez, que tais limitações seriam tomadas sempre como exceções, a serem restritamente interpretadas. Mas exceções não são, e sim confrontos entre interesses de fundo constitucional. Como já tive também a oportunidade de considerar, citando Canotilho: “As idéias

de ponderação (Abwägung) ou de balanceamento (balancing) surge em todo o lado onde haja necessidade de “encontrar o Direito” para resolver “casos de tensão” (Ossenbühl) entre bens juridicamente protegidos. (...)

Assim, não é interpretação restrita, mas equilíbrio, balanceamento e racionalidade que se impõe.

De uma forma particular, mas não menos presentes, as limitações se aplicam aos direitos de personalidade. Diz Guilherme Calmon¹⁶⁸:

Os direitos da personalidade integram-se em nosso ordenamento jurídico com outras proposições e outros poderes jurídicos de conteúdo diverso. Assim sendo, tais direitos são dotados de certa finitude, condicionando sua existência, validade e, com maior razão, seu exercício.

O primeiro desses limites que pode ser apontado diz respeito ao abuso de direito. Embora seja a liberdade um bem essencial da personalidade e verdadeiro alicerce da própria dignidade da pessoa humana, o espaço deixado à autonomia privada deve ser sempre restringido quando houver excesso manifesto dos limites impostos pelo fim social ou econômico desse direito, conforme previsão contida no art. 187, do CC/2002. Na própria dicção do art. 5.º, II, da CF/1988, observa-se que a liberdade pode sofrer restrições tais como outros bens jurídicos, daí a função do princípio da dignidade da pessoa humana como restrição ao direito da liberdade.

“Assim, no exercício dos diferentes poderes, faculdades e simples liberdades de agir que integram o direito geral de personalidade, o respectivo titular não está sujeito a realizar uma determinada e tipificadora função legal, podendo exercê-los dentro da sua autonomia privada. Todavia, em tal exercício, não pode exceder manifestamente o fim sócio-econômico do direito geral de personalidade, ou seja, o objetivo de permitir, igualitária e harmonicamente, a cada um e a todos os homens a preservação e o desenvolvimento das suas personalidades individuais”.¹⁶⁹

Em particular no tema de nosso estudo, diz Sonia Maria D’Elboux¹⁷⁰:

Esses limites decorrem do fato de que, em determinadas circunstâncias, sobre o direito à imagem prevalecem o direito à informação, a necessidade de manutenção da ordem pública e/ou da segurança nacional, o atendimento do interesse público ou social. Como ensina MARIA HELENA DINIZ, “há uma relativização do direito à imagem, que sofre algumas restrições em prol da coletividade”¹⁷¹.

Assim, conforme construção doutrinária e jurisprudencial, é dispensada a anuência da pessoa retratada para a divulgação de sua imagem (desde que sem conotação comercial), nas seguintes situações:

a) Acontecimentos da atualidade – notícias.

Essa limitação é motivada pelo direito coletivo à informação jornalística. (...)

- b) Se o tema da foto for paisagens, cenas de rua e eventos públicos e as pessoas retratadas sejam apenas parte do cenário. (...)
- c) Se as pessoas retratadas forem vultos da história contemporânea (políticos, escritores famosos, artistas, modelos, atletas etc.), desde que não sejam retratados em momentos de intimidade. (...)
- d) Caso a divulgação da imagem vise atender à administração ou serviço da Justiça, Polícia ou segurança pública. (...)
- e) Se a divulgação do retrato tiver a finalidade de atender ao interesse público, aos fins culturais, científicos e didáticos.

Postulando a hipótese de tutela dos interesses das celebridades sobre sua persona no duplo aspecto dos direitos de personalidade e dos direitos autorais, passemos assim a pormenorizar as limitações que recaem sobre tais interesses.

Das limitações inerentes ao estatuto autoral

A distinção que já se mencionou, entre o interesse público, motor das limitações e o interesse do público, é aqui crucial ¹⁷²:

Cabe aqui ressaltar uma distinção que a doutrina estabelece entre o interesse público, ou seja, o interesse de todos de caráter mais geral, e o interesse do público no sentido do destinatário da obra intelectual, que é mais particular, mas que deve refletir sempre um interesse coletivo ¹⁷³. A questão que se coloca é se o interesse privado do autor contrapõe-se ao interesse público ou ao interesse do público? O exame desta matéria não se exaure no interesse direto do usuário, mesmo como um direito difuso, uma vez que é necessário considerar que a criação intelectual integra o patrimônio cultural do povo e, assim, há um interesse público não só na criação de obras para desfrute do usuário, mas também no acesso e na preservação do acervo intelectual. (...)

Assim sendo, a exclusividade reconhecida ao autor não deve impedir o exercício de outros direitos fundamentais, em especial o direito de acesso à informação e à cultura ¹⁷⁴. Imbricada com esse ponto é a teoria de “livre utilização” da Lei Autoral alemã, segundo a qual um autor pode se inspirar em obra preexistente, desde que não se aproprie de sua essência criativa ¹⁷⁵. Esta doutrina favorece a conciliação de outro direito fundamental – a Liberdade de Expressão – com o Direito de Autor.

Assim, a celebridade é parte da cultura e deve à cultura sua criação ¹⁷⁶. Os interesses econômicos e pessoais relativos aos objetos dos direitos autorais devem sujeição genérica - ou ponderação específica - aos direitos fundamentais à cultura ¹⁷⁷, e ao admitir-se tutela autoral à persona faz-se concentrar-se sobre ela o impacto dessa consideração.

Parte central do dito *a celebridade obriga* vem da demanda de que, como *expressão cultural singularizada em obra*, impõe-se à persona a fruição cultural da sociedade ¹⁷⁸ e o dever de – como parte do fluxo cultural – não se excluir de sua reelaboração ¹⁷⁹.

Em particular, o uso da persona como elemento da própria ação criadora da sociedade não pode ser contida desponderamente, em particular quando há a transformação criativa que

legítimo o uso da persona como insumo ¹⁸⁰. Como nota certo precedente estadual americano, uma coisa é o uso da imagem da celebridade como centro da obra a qual se examina a eventual contaminação ¹⁸¹; outra é utilizá-la como matéria de partida para obra nova ¹⁸². Neste último caso, as obrigações perante a cultura não comportam oposição categórica ¹⁸³.

Um exemplo importante, ainda que tirado do campo das marcas, foi o uso do nome de Ginger Rogers no filme de Fellini *Fred e Ginger*, título que foi objetado nos Estados Unidos pelos titulares dos direitos relativos à atriz ¹⁸⁴. Mesmo considerando os interesses mais ingentes da integridade de marca, entendeu-se que a necessidade estética superava qualquer interesse da persona ¹⁸⁵.

Note-se que nem sequer é um interesse comercial subsidiário que impede o uso do *valor de reconhecimento* da celebridade na construção da cultura e da sociedade, inclusive como expressão política.

Como já se enfatizou, a camiseta que inclui a *facies* de uma celebridade apoiando ou rejeitando algum elemento da ideologia política ou social em relação a qual a fama da estrela é notória não pode ser coarctada com base em direitos autorais, ou em direito da personalidade. Os jornais são pagos, e nem por isso se retira a eles a plenitude da livre informação, e uma camiseta, ou *banner* terá função igual enquanto discutindo fatos ou ideias ¹⁸⁶. Coisa diversa, sem dúvida, é usar a mesma imagem para apoiar a *venda de um produto ou serviço*.

Tratamos aqui das limitações em abstrato. Não só se reconhece a impropriedade da listagem corrente da Lei 9.610/98, objeto de proposta legislativa em curso, como o fato, que sempre afirmamos, que as limitações da propriedade intelectual são exercícios de ponderação. Cristalizam certas propostas de equilíbrio de interesses de guarda constitucional, sem proscrever outros ¹⁸⁷, observadas - no pertinente e enquanto compatíveis com a Constituição - as restrições oriundas dos tratados.

Das limitações relevantes do confronto de interesses públicos

Muitas das limitações pertinentes ao objeto protegido pelo direito autoral resultam do antagonismo entre interesses relativos às criações da cultura (paródia e citação, por exemplo) e o do contraste entre o direito de acesso da sociedade aos frutos da sua cultura e o interesse em reservar singularmente os frutos morais e materiais da criação cultural. Assim, as limitações são instrumentos de coerência e eficácia do próprio direito autoral como instrumento da cultura.

Esses interesses, mas em pesos diversos, atuam no tocante a outros exercícios de direitos individuais que fujam ao escopo autoral. Quando se assegura o direito de reproduzir *o texto integral de notícia ou artigo informativo* em outro órgão de imprensa a lei autoral vai bem além de garantir o conteúdo da informação veiculada, o que em tese bastaria para atender o direito fundamental ao acesso à história ¹⁸⁸; garante-se, pela sua relevância perante o direito fundamental, ao acesso à informação a real expressão do informe original. Aqui, não temos uma relação interna à coerência do sistema jurídico autoral, mas sua permeação entre outros interesse constitucionais.

Por isso, a pertinência da lista de vulnerações necessárias aos interesses das celebridades, mesmo sem apelo ao estatuto autoral, a que se refere Sonia D'Elboux: acontecimentos da atualidade em que o constructo da celebridade aceda; as aparições inconspícuas da celebridade, que *sejam apenas parte do cenário*; o uso da imagem da celebridade para fins *da administração ou serviço da Justiça, Polícia ou segurança pública*; ou quando, de resto, o uso *tiver a finalidade de atender ao interesse público, aos fins culturais, científicos e didáticos*.

Em cada um desses casos, não se veja uma legitimação absoluta, ou *à outrance*. Trata-se sempre de um ajuste entre interesses constringentes, em que o interesse privado não pode inexoravelmente preponderar, nem ser eliminado irremissivelmente. Essa ponderação necessária encontra, às vezes, voz constitucional explícita¹⁸⁹; mas dela não carece.

Das limitações inerentes ao princípio da veracidade

O uso da persona, mesmo em atuações consentidas, não pode descurar de interesse outros, a que se dedica a tutela pública. O uso é lícito, mesmo se não estritamente exercício de direito de personalidade, mas de titularidade da persona, quando haja empréstimo de *verossimilhança*, mas não sanção de verdade inexistente.

Assim é porque, não obstante a persona ser resultado de uma fabulação, que exatamente por isso adquire sedução, o emprego desse fascínio para associar-se a venda de produtos e serviços não pode ser atraído para o plano de um engano; a fama pode conotar por empréstimo a operação comercial, mas não pode nunca romper a barreira da verossimilhança.

Como lembrou a maioria do STJ no caso Maitê Proença,

- a) a mensagem emitida pela campanha televisiva limitou-se tão-somente a estimular, mediante o uso da publicidade protagonizada pela atriz, o público a retomar sua crença no produto;
- b) no sentido prestado pela atriz, leiga quanto ao produto e todos os riscos de fabricação, condições de assegurar ao público, com rigor técnico e científico, as qualidades terapêuticas e segurança nos métodos de fabricação do medicamento; e
- c) como resultado dos itens 'a' e 'b': a campanha testemunhal não assegura ao público as qualidades do produto, apenas estimula-o a confiar nos novos parâmetros de qualidade.

Na verdade, o limite aqui é manter o estranhamento¹⁹⁰, a consciência do público que se tem um enredo fabular, um empréstimo conotativo de valores, e não um endosso denotativo, ainda que isso se dê num fio sensível de faca. Como se nota quanto a este dever da arte, e de todo constructo¹⁹¹:

Denis Barbosa observa que a questão da verossimilhança e da retórica de sistemas desempenha papel ordenador do Direito: “A coerência do sistema jurídico corresponde à ordem natural e também à ordem da ciência. (...) há uma verossimilhança de autoridade científica, resultante do poder intrínseco da logicidade e da correspondência.” (2011, pp: 726-727). O sistema da construção literária também tem sua ordenação, mas

a diferença é que o Direito, segundo ele, se vende como fazendo parte da ordem “imutável e serena da Natureza, enquanto que a eficácia da obra literária ficcional se baseia na consciência do leitor de que o universo que se lhe apresenta é (...) artificial, obra do homem – no mecanismo mágico do estranhamento.” (2011: 727).

A questão, porém, desse estranhamento é que a literatura ficcional pode nos fazer compreender de forma mais aguda as profundezas da natureza humana, se é que existe uma natureza humana, do que um tratado científico de neurociência ou psicanálise. Denis Barbosa observa que:

como notou Lukacs, a ideologia burguesa refletida nos romances de Balzac teria uma pungência e clareza mais veemente do que todo o corpo crítico da ciência social contemporânea a Eugene Grandet. Exatamente como Jhering, Marx sentiu que a clareza da visão literária ultrapassaria de muito a crítica científica de então. Claramente se evoca aqui a noção de estranhamento (...). Para essa perspectiva marxista, o Direito seria outro dos discursos da ideologia, caracterizado por uma ilusão de que a instância do jurídico predominaria sobre outras práticas sociais. (2011, pp: 730-731).

Se determinadas situações da arte podem requerer o caráter de verossimilhança, esta pode ser pensada como elemento convincente, mas sempre deixando claro tratar-se da não realidade.

É nesse sentido que se deve entender os critérios do CONAR ou de outras fontes em face dos deveres das celebridades.

Da responsabilidade contida no tocante ao direito de marcas

Curiosamente, pode-se notar que a possível vinculação da celebridade por seu endosso, no campo do direito de personalidade ou no campo autoral, talvez não encontrasse igual agravo, se se tratasse a questão no campo das marcas. Em análise sobre a questão ¹⁹², tivemos ocasião de notar quanto a julgado da Corte Européia:

16.15 Dúvidas têm sido suscitadas perante a ECJ concernentes a cessão de marcas que consistem em nomes de indivíduos famosos. Em particular se quando tal cessão ocorre, mas o indivíduo não permanece envolvido com o negócio, se resultaria em engano ao consumidor. *Elizabeth Emanuel v Continental Shelf* (Elizabeth Florence Emanuel v Continental Shelf 128 Case C-259/04, AG Opinion para 63) relativamente a concessão, por Elizabeth Emanuel, da marca portando seu nome junto com o logo formado por dois ‘E’s de costas para o outro. Após a titularidade da marca ter mudado diversas vezes, a Sra. Emanuel fez uma oposição quanto à uma mudança na marca registrada e pediu sua revogação baseando-se que deixar a marca permanecer registrada seria como enganar o público nos termos do Artigo 3 (1) g da Diretiva. Foi argumentado, que uma significativa proporção do público relevante acreditaria que o uso da marca indicaria que o indivíduo permanecia envolvido com o design ou criação dos produtos em relação com os quais a marca era usada, e ao usar assim a marca em um negócio em que

o indivíduo não estivesse envolvido seria enganoso. A ECJ não aceitou o argumento. A corte decidiu que a marca que corresponde ao nome da designer e primeira produtora dos produtos não, por tal razão, passível de revogação com base em que levaria o público a se enganar. Isto se dava particularmente onde o fundo de comércio associado com a marca tenha sido cedido juntamente com o negócio que produz os bens relacionados à marca.

Portanto uma marca consistindo em um nome famoso pode ser cedida mesmo se o indivíduo não permaneça posteriormente associado com o negócio. Ainda que isso pareça um estranho resultado sob a ótica de que um consumidor pode confundir-se achando que o designer em questão não tenha de fato participado do design dos produtos, é indubitavelmente um reflexo do que ocorre na vida comercial. Até que ponto, por exemplo, a Naomi Campbell participa do desenvolvimento dos perfumes vendidos sob seu nome? Como o Procurador Geral argumentou: ‘o usuário tem ciência da possibilidade de divergências entre nomes pessoais usados como marcas e a participação de tais pessoas na produção dos bens ou serviços por ele abrangidos: Todos os consumidores sabem que um designer de moda pode transferir seu negócio a qualquer tempo’¹⁹³

Ou seja, não há lesão ao consumidor quando o titular da fama deixa a sociedade; na economia presente a flutuação dos nomes e dos signos é esperada e faz parte da sensibilidade do consumidor. Ninguém espera que os produtos da “Xuxa” sejam manufaturados pela artista pessoalmente, como não espera que a Mônica – que endossa miríades de produtos – incorpore-se em pessoa física e exerça controle de especificações¹⁹⁴.

Num outro plano, mas igualmente relevante, vale mencionar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos ao repelir o uso da marca para afirmar a subsistência de direitos exclusivos em obras autorais de domínio público¹⁹⁵.

Referências

¹ "People who have acquired fame and caught the public attention and imagination have found that they can turn their celebrity into cash. Advertisers want to endorse their products. Pop singing groups such as the Beatles or, more recently, Abba have found their marketability extends well beyond the sphere of records and live shows and into such assorted paraphernalia as toys, T-shirts, cosmetics, badges, pendants and posters - indeed the range of possible goods and services is limited only by the imagination of entrepreneurs" VAVER, David, The Protection of Character Merchandising - A Survey of Some Common Law Jurisdictions, IIC 1978 Heft 6 541

² "Using someone's image for commercial benefit. Many countries recognize that individuals have a right of publicity. The right of publicity is the direct opposite of the right of privacy. It recognizes that a person's image has economic value that is presumed to be the result of the person's own effort and it gives to each person the right to exploit their own image. (...) Although the right of publicity is frequently associated with celebrities, every person, regardless of how famous, has a right to prevent unauthorized use of their name or image for commercial purposes. However, as a matter of practice, right of publicity suits are typically brought by celebrities, who are in a better position than ordinary individuals to demonstrate that their identity has commercial value". VERBAUWHEDE, Lien, Legal Pitfalls in Taking or Using Photographs of Copyright Material, Trademarks and People, encontrado em http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/ip_photography.pdf; e VERBAUWHEDE, Lien, Savvy Marketing: Merchandising of Intellectual Property rights, 2004, <http://www.wipo.int/sme/en/documents/merchandising.htm>.

³ Suggesting that someone is authorizing or endorsing a product or service. Golf star Tiger Woods acts in Buick commercials, tennis player Anna Kournikova promotes Omega Watches and Nicole Kidman is the face of Chanel No 5. Businesses have long appreciated the value that celebrities bring to the promotion of their wares. The presence of a celebrity seems to be an effective tool of quickly attracting consumer attention to a product or service and creating high-perceived value and credibility. However, before using the photograph of a person in an advertisement to sell products or promote services, it is strongly advisable to get prior explicit permission of that person. Without authorization, that person would have grounds to take action against you for "passing off" or for "unfair trade practices."

⁴ Outra incursão da OMPI neste campo é o seu relatório sobre *merchandising* de imagens de 1991, Document AB/XXII/2.: RUIJSENAARS, Heijo E., The WIPO Report on Character Merchandising, IIC 1994 Heft 4 532.

The International Bureau observes that no country has enacted *sui generis* legislation and that there exists no international treaty dealing specifically with the protection of character merchandising. Therefore, for this protection one has to rely on the legislation on copyright, trade or service marks and industrial designs, together with protection against unfair competition and passing off, whereas other areas of law concerning personality or "publicity" rights are relevant to personality merchandising. After a short introduction of the characteristics of the intellectual property law involved, the Report explains which aspects of the particular law are relevant and under what circumstances a character will be considered as protectable according to that law. Whereas most fictional characters would be protectable under copyright and trade mark law statutes, real personalities usually would have to rely on protection by unfair competition law, including passing off, and by personality or "publicity" rights. (...) The Report mentions the advantage of copyright protection, as it would cover all unauthorized uses, irrespective of the goods or services and the question whether the work is used in a different medium, in a different dimension or for decorative or promotional use. Also, the availability of moral rights, in particular the right with respect to the integrity of the work, could be useful for licensing agreements. Under trade mark law, the rights conferred to registered trade or service marks would cover situations of confusion. If the mark is well known or famous, extended protection against the use of the mark for non-similar goods or services causing prejudice to the owner of the mark or taking unfair advantage of the reputation of the mark is or will be available in a number of countries."

⁵ Guimarães, Paulo Jorge Scartezzini, A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam, ed. RT, v. 16, 2001, p. 155. Note-se que o texto, como alguns outros, trata da eventual *responsabilidade* da celebridade sobre o endosso que faz de produtos ou serviços alheios; nossa análise se volta ao elemento antinômico dessa responsabilidade, que é o poder de negar tal endosso. Mas o núcleo dos dois interesses jurídicos é um só fenômeno, o descrito por Scartezzini.

⁶ ALVAREZ LARRONDO, Federico M., La responsabilidad de las celebridades por su participación en publicidades, RCyS 2010-II, 44.

⁷ "Uma das manifestações mais fortes do mito, também presente em quase todas as áreas da cultura de massa, é o herói. Seja no cinema, na literatura, na televisão ou nas histórias em quadrinhos, o herói surge na vida dos povos como guardião de seus valores mais nobres e justos e como responsável, não só pela defesa dos homens, mas pela transmissão, através de suas narrativas, de ensinamentos para as gerações futuras. (...) Assim, a função primordial do herói, seja qual for sua origem ou época, seria servir, velar, defender, vigiar. Ele é, portanto, aquele que põe o interesse coletivo acima de seus próprios, que se sacrifica por uma causa, um

ideal, por um mundo justo onde o bem-comum está acima de tudo. O sociólogo Ronaldo Helal faz uma comparação entre os ídolos da mídia, colocando os do futebol mais próximos do herói clássico que os demais, como os da música. Segundo Helal, a trajetória do herói do futebol, ligada à luta, à disputa, ao sucesso em virtude da derrota de um oponente, é semelhante às batalhas dos mitos da Antiguidade. Segundo ele, “esta característica do ‘ídolo-herói’ acaba por transformar o universo do futebol em um terreno extremamente fértil para a produção de mitos e ritos relevantes para a comunidade”. (HELAL, 1999) Para ele, o herói atual tem sua narrativa “construída” segundo um padrão midiático para corresponder aos anseios do público. (...) Assim, se por um lado as qualidades colocam o ídolo acima do público, os defeitos os identificam. Isto, ao invés de enfraquecer a couraça do ídolo, apenas a reforça, pois é por meio deste lado “humano” que o herói deixa de ser uma figura inatingível, abrindo a qualquer fã a possibilidade de, um dia, ser como ele.” VIEIRA, Marcos Fábio, Mito e herói na contemporaneidade: as histórias em quadrinhos como instrumento de crítica social, Contemporânea, no. 8, 2007, [Revista on-line do grupo de pesquisa Comunicação, Arte e Cidade da Faculdade de Comunicação Social da UERJ.] http://www.contemporanea.uerj.br/pdf/ed_08/07MARCOS.pdf

⁸ MORIN, Edgar, L’esprit du temps, Editions Grasset Fasquelle, 1962, "Les olympiens sont: stars de cinéma, champions, princes, rois, play-boys, explorateurs, artistes célèbres, Picasso, Cocteau, Dali, Sagan. L’information transforme ces olympiens en vedettes de l’actualité. Elle porte à la dignité d’événements historiques des événements dépourvus de toute signification politique. Ce nouvel Olympe est le produit le plus original du cours nouveau de la culture de masse. Les nouveaux olympiens sont à la fois aimantés sur l’imaginaire et sur le réel, à la fois idéaux inimitables et modèles imitables; leur double nature est analogue à la double nature théologique du héros-dieu de la religion chrétienne: olympiennes et olympiens sont surhumains dans le rôle qu’ils incarnent, humains dans l’existence privée qu’ils vivent. Ils sont des condensateurs énergétiques de la culture de masse. Ils sont des modèles de culture au sens ethnographique du terme, c’est-à-dire des modèles de vie qui tendent à détrôner les anciens modèles (parents, éducateurs, héros nationaux)."

⁹ RODRIGUEZ M. A. - del Barrio S. - Castañeda J.A., "Procesamiento diferencial entre la publicidad comparativa y la publicidad con famosos en condiciones de baja implicación", Universidad de Granada, http://www.ugr.es/~jalberto/Investigacion/Del%20Barrio_Rodriguez_Casta%25eda_2003.pdf. "“en general, los resultados de estos trabajos han demostrado que los famosos son más efectivos que los no famosos. La razón que principalmente se utiliza para explicar por qué esto es así se encuentra en que los anuncios con famosos son más distintivos y llaman más la atención que los que usan a personas menos conocidas. Los famosos se consideran más dinámicos, más atractivos y están dotados de cualidades personales que no se

atribuyen a personas menos conocidas. Esto podría afectar, entre otras cosas, a la confianza atribuida a la fuente, a las respuestas afectivas que generan estos anuncios y, en definitiva, al modo en que se procesan".

¹⁰ [Nota do original] Chisum e Jacobs, Understanding Intellectual Property Law, Matthew Bender 1992, p. 6-1 a 6-90.

¹¹ ROTHMAN, Jennifer E., Copyright Preemption and the Right of Publicity. UC Davis Law Review, Vol. 36, p. 199, 2002. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=309659> or doi:10.2139/ssrn.309659; MCKENNA, Mark P., The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition (December 30, 2010). University of Pittsburgh Law Review, Vol. 67, 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=794844>; KWALL, Roberta Rosenthal, The Right of Publicity vs. The First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis. Indiana Law Journal, Vol. 70, p. 47, 1994. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=849745>; BARNETT, Stephen R., 'The Right to One's Own Image': Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain. American Journal of Comparative Law, Vol. 47, P. 555, Fall 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=224628> or doi:10.2139/ssrn.224628; KARCHER, Richard T., The Use of Players' Identities in Fantasy Sports Leagues: Developing Workable Standards for Right of Publicity Claims. Penn State Law Review, Vol. 111, p. 557, Winter 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=964295>; BARTOW, Ann, Trademarks of Privilege: Naming Rights and the Physical Public Domain. UC Davis Law Review, Vol. 40, p. 919, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=981199>; DOGAN, Stacey L. and LEMLEY, Mark A., What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law. Stanford Law Review, Vol. 58, p. 1161, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=862965>; KWALL, Roberta Rosenthal, Preserving Personality and Reputational Interests of Constructed Personas through Moral Rights: A Blueprint for the Twenty-First Century; 2001 U. Ill. L. Rev. 151 (2001); KLINK, Jan, 50 Years of Publicity Rights in the United States and the never-ending Hassle with Intellectual Property and Personality Rights in Europe, [2003] I.P.Q.: NO. 4 © Sweet & Maxwell LTD and contributors 2003, encontrado em http://www.rugerpattent.de/downloads/publicity_rights.pdf. LIPTON, Jacqueline D., Celebrity in Cyberspace: A Personality Rights Paradigm for Personal Domain Name Disputes. Washington and Lee Law Review, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1124596>

¹² "The right of publicity is, at core, a business right to control use of one's identity in commerce. Although courts and commentators have offered various rationales for the right, most modern cases defend it on some combination of incentive, just deserts, and unjust enrichment grounds: celebrities should have an incentive to develop valuable public personas, their efforts should be rewarded, and others deriving financial benefits from those valuable identities should pay. Publicity claims arise most often in celebrity endorsement cases, but the

right extends to any use of a celebrity image calling attention to commercial interests or products. The publicity right originally applied only to the use of a celebrity's name or photograph; over time, however, courts extended it to the use of a celebrity's "identity," reasoning that to limit the right to the use of particular features of the celebrity would defeat the objective of giving celebrities "a protected pecuniary interest in the commercial exploitation of [their] identities." DOGAN, Stacey L., An Exclusive Right to Evoke. *Boston College Law Review*, Vol. 44, 2003. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=410547> or doi:10.2139/ssrn.410547

¹³ [Nota do Original] *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc.*, 698 F.2d 831, 835 (6th Cir. 1983) ("If the celebrity's identity is commercially exploited, there has been an invasion of his right whether or not his 'name or likeness' is used.").

¹⁴ DOGAN, op. Cit.,: "The right emanated originally from the common-law right to privacy. See Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193, 213–20 (1890). In the middle of the last century, however, courts decided that the general right of individuals to be left alone was not well suited to remedying uses of celebrity identities (because the celebrities had deliberately cast themselves into the limelight) and accordingly developed the modern right of publicity. See *Haelan Labs., Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866, 868 (2d Cir. 1953) (holding that "in addition to and independent of . . . right of privacy . . . , a man has a right in the publicity value of his photograph"); see also Melville Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 Law & Contemp. Probs. 203, 215–23 (1954) (advocating publicity rights)."

¹⁵ Num texto crucial para nosso estudo, diz COOMBE, Rosemary J., *Authorizing the celebrity: publicity rights, postmodern Politics, and unauthorized genders*, in WOODMANSEE, Martha and Peter Jaszi Editors. *The Construction of Authorship - Textual Appropriation In Law And Literature*. United States of America: Duke University Press, 1994, p.101-122: "Anglo-American legal jurisdictions recognize the right of individuals to protect publicly identifiable attributes from unauthorized and unremunerated appropriation by others for , commercial purposes or economic benefit. Originally developed primarily to deal with an unauthorized use of a person's name or picture in advertising that suggested the individual's endorsement of a product, the right of publicity has been greatly expanded in the twentieth century. It is no longer limited to the name or likeness of an individual, but now extends to a person's nickname, signature, physical pose, characterizations, singing style, vocal characteristics, body parts, frequently used phrases, car, performance style, mannerisms, and gestures, provided that these are distinctive and publicly identified with the person dal1m'ng the right. Although most cases still involve the unauthorized advertising of commodities, rights of

publicity have evoked to prohibit the distribution of memorial posters, novelty souvenirs, magazine parodies, and the presentation of nostalgic musical reviews, television docudramas, and satirical theatrical performances, Increasingly it seems that any publicly recognizable characteristic will be legally recognized as having a commercial value that is likely to be diminished by its unauthorized or unremunerated appropriation by others. The right is recognized as proprietary in nature and may therefore be assigned, and the various components of an individual's persona may be independently licensed. A celebrity could, theoretically at least, license her signature for use on fashion scarves, grant exclusive rights to reproduce her face to a perfume manufacturer, her voice to a charitable organization, her legs to a pantyhose company, particular publicity stills for distribution as postcards, and continue to market her services as a actor, and composer. The human persona is capable of almost infinite commodification, because exclusive, non-exclusive and temporally, spatially, and functionally limited licenses be granted for the use of any aspect of the celebrity's public presence. Furthermore, the right of publicity has been extended the celebrity, her licensees, and assignees, to protect the 's descendants and their assignees and licensees".

¹⁶ LANDES, William M. e POSNER, Richard A., "Indefinitely Renewable Copyright, 70 University of Chicago Law Review 471 (2003). Para não fugirmos a uma citação integral, vale mencionar um desses autores num texto pertinente: "Geralmente, somente a forma verbal exata é totalmente protegida: um autor é livre para utilizar o mesmo gênero, técnica, estilo e até – em determinada extensão, mas não ilimitadamente – o enredo e personagens de outro autor" (Richard A. Posner – Law and Literature, Harvard University Press, Cambridge, USA, 1988, p. 340).

¹⁷ Vide para uma comparação da casuística pertinente, FROTA, Hidemberg Alves da. Os limites à liberdade de informação jornalística em face dos direitos da personalidade, à luz do Direito brasileiro e da jurisprudência estrangeira. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, v. 8, n. 15, p. 191-227, jan.-jun. 2006, encontrado e em http://www.unigran.br/revistas/juridica/ed_anteriores/15/artigos/10.pdf, visitado em 6/12/2011.

¹⁸ Art. 7.5 "La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos . . . " e, particularmente, Art. 7.6 "[L]a utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga."

¹⁹ “Thus Article 7.6, with its requirement of a “commercial” purpose, seems comparable to the American right of publicity; while Article 7.5, with its focus on “private life,” seems analogous to the U.S. right of privacy”, BARNETT, Stephen R., 'The Right to One's Own Image': Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 47, P. 555, Fall 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=224628> or doi:10.2139/ssrn.224628

²⁰ “At its heart, the right prevents deception or confusion as to the identity of the name holder. Thus, infringement means the designation of someone else but the name holder by the holder’s name. Accordingly, the mere mentioning of the holder’s name in an advertisement may not constitute any deception or confusion about his identity. But German courts have held that in these cases the general public might assume that the holder gave his consent to being connected with the advertised item. If in fact no consent was given or the name holder does not support the advertised products and maybe does not even have economic, organisational or other links with the advertising company, such advertising misleads about the way he has chosen his identity to be used—namely, not being connected with the advertised items. Stretched this way, the name right has proved able to cover all forms of unauthorized use of popular names: be it on t-shirts, on book and film titles or for fictional characters. (...) In addition, and since 1956 (*Mephisto* (1968) N.J.W. 1773, BGH.), the German Federal Supreme Court has recognized the commercial interests in personality as a part of the general personality right and called it a right of economic self-determination (*Rennsportgemeinschaft* (1981) G.R.U.R. 846, 847, BGH.). This right provides the freedom to decide if and how one’s personality or personality features are used for the business interests of others (Paul Dahlke (1956) N.J.W. 1554, BGH; *Carrera* (1981) N.J.W. 2402, BGH; *Marlene Dietrich* (2000) N.J.W. 2195, BGH.).” KLINK, Jan, 50 Years of Publicity Rights in the United States and the never-ending Hassle with Intellectual Property and Personality Rights in Europe, [2003] I.P.Q.: NO. 4 © Sweet & Maxwell Ltd And Contributors 2003, encontrado em http://www.ruger-patent.de/downloads/publicity_rights.pdf.

²¹ “However, the German Federal Supreme Court, in an attempt legally to reflect business reality, in the more recent *Marlene Dietrich* judgment (*Marlene Dietrich* (2000) N.J.W. 2195, BGH.) made another effort to read some aspects of a typical publicity right into the general personality right. The daughter of *Marlene Dietrich* wanted to prevent a musical producer from granting unauthorized licenses of the likeness and name of the deceased famous actress for cars, cosmetics and merchandise articles. The District Court and the Court of Appeal followed the traditional interpretation and only granted an injunction to the daughter. Damages were denied because human rights neither are transferable nor inheritable and thus the daughter could not have

obtained any rights. The Federal Supreme Court went further and granted damages on the grounds of a renewed economic personality right which not only provides the right to control the economic use of one's personality features but also to earn the profits of its commercial value". Id. Eadem.

²² Sobre a consolidação do right of publicity como norma legal, vide ZUBER, Thomas F., The Statutory Right of Publicity for Deceased Celebrities in California and the Impact of Sb 771, encontrado em <http://www.articlesbase.com/intellectual-property-articles/the-statutory-right-of-publicity-for-deceased-celebrities-in-california-and-the-impact-of-sb-771-574762.html>, visitado em 26/11/2011.

²³ "France has strong laws enabling individuals to prevent the unauthorized exploitation of their name and image. As in most countries with a publicity right, this right has stemmed from the right of privacy for individuals – something which English law has never had. Prior to 1970, when the right of privacy was enshrined in the French Civil Code, the Courts were prepared to protect the unauthorized use of images. Protection of a person's privacy protects their identity, their health, and their private and social relations. (...) One of the first French cases involved Petula Clark [Paris 15 Dec 1965, JCP 66 II, 14711. 8. Paris 10.10.96, Gazette 18.22/05/99 p28] who had authorized an agency to interview and photograph her for a particular publication. The agency concerned, however, sold the photographs to another agency who used them in a weekly publication. Petula Clark was successfully awarded damages by the French Court proportional to the loss of her opportunity to earn revenue from the publication of the photographs. This has been followed consistently in France. One of the more recent cases concerned a photograph of Eric Cantona on the front cover of a weekly sports publication without his consent. The Court held that the absence of any authorization had prevented Cantona from being able not only to control how his image was used in the magazine but also to earn money for its use. Publicity rights are provided in statute in Italy, Germany and the Netherlands similar to those granted under French law. The legal framework in these territories, however, provide for the right to use the name and image of people in public life without consent when it is in the interests of free speech to do so. Case law provides a balance between the protection of a celebrity's image and the right of free speech, i.e. a biographical work of a well-known individual. The use of a well-known individual's image for advertising purposes, however, without authorization, would be unlawful". OWEN, Mark e PENFOLD, Richard, IP Protection For Personalities - From Elvis To Eddie, les Nouvelles, Volume XXXVIII No. 1 March 2003

²⁴ "Canadian common law recognizes the right to personality on a limited basis. This was first acknowledged in Krouse v Chrysler Canada Ltd. [Krouse v Chrysler Canada Ltd (1971), 5 C P R (2d) 30] The court held that

where a person has marketable value in their likeness and such a likeness has been used in a manner that suggests an endorsement of a product then there are grounds for an action in appropriation of personality. This right was later expanded upon in *Athans v Canadian Adventure Camps*, [Athans v Canadian Adventure Camps, (1977), 17 O.R. (2d) 425.] where the court held that the personality right included both image and name." AHMAD, Tabrez and SWAIN, Satya Ranjan, *Celebrity Rights: Protection under IP Laws* (January 30, 2011). *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 16, pp. 7-16, January 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1940926>

²⁵ "The Hon'ble Delhi High Court, in *ICC Development (International) Ltd v Arvee Enterprises* [Smt Manu Bhandari v Kala Vikas Pictures Pvt Ltd and another 1986(2) Arb L R 151 (Delhi)] , gave a statement on publicity rights, which is the only authoritative discussion of publicity rights in Indian legal jurisprudence. 'The right of publicity has evolved from the right of privacy and can inhere only in an individual or in any indicia of an individual's personality like his name, personality trait, signature, voice etc. An individual may acquire the right of publicity by virtue of his association with an event, sport, movie, etc. Any effort to take away the right of publicity from the individuals, to the organizer /non-human entity of the event would be violative of Articles 19 and 21 of the Constitution of India - No persona can be monopolized. The right of publicity vests in an individual and he alone is entitled to profit from it.'" AHMAD, Tabrez and SWAIN, Satya Ranjan, op. cit.

²⁶ " (...) the concept of publicity rights was settled in the case of *Irvine v Talksport*. [Irvine v Talksport [2003] EWCA Civ 423.] In this case a successful Formula 1 driver, Edmund Irvine's image was used without his consent in an advertisement for a radio station. The court held that he had a property right in the goodwill attached to his image, and he was entitled to compensation on the basis of a reasonable endorsement fee.." AHMAD, Tabrez and SWAIN, Satya Ranjan, op. cit.

²⁷ Assim disciplina o artigo 79 (Direito à imagem) do Código Civil Português: 1- O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n.º 2 do artigo 71.º, segundo a ordem nele indicada. 2- Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente. 3- O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decore da pessoa retratada.

²⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, Direitos da personalidade e código civil de 2002: uma abordagem contemporânea, Revista dos Tribunais | vol. 853 | p. 58 | Nov / 2006 | DTR\2011\1503. Quanto à noção de imagem-atributo, vide RODRIGUES, Cláudia, Direito autoral e direito de imagem, Revista dos Tribunais | vol. 827 | p. 59 | Set / 2004 | DTR\2004\563: "Daí poderem-se destacar dois aspectos da imagem: o físico e o moral, ou, falar em duas espécies de imagem, a imagem-retrato e a imagem-atributo. A primeira referente à representação do corpo da pessoa, pelo menos por uma parte que a identifica, e, a segunda, representada pela imagem construída pela pessoa diante da sociedade ou, em outras palavras, pelos seus modos de operar na vida de relação humana e profissional (...) A imagem-atributo, isto é, a imagem construída não se confunde com a honra, embora dela se aproxime, pois os atributos associados à pessoa, sejam por conhecidos ou desconhecidos, nem sempre derivam de sua reputação. Ser retraído, por exemplo, embora seja uma característica da imagem construída, nada tem a ver com a honra, a reputação da pessoa. Em sentido contrário: MORAES, Walter. "Direito à própria imagem". Revista da ABPI 9/25, São Paulo, 1993, para quem a imagem moral nada mais é do que a reputação pessoal."

²⁹ [Nota do original] BARRETO, Wanderlei de Paula, op. cit., p. 158 [BARRETO, Wanderlei de Paula et alii . Comentários ao Código Civil brasileiro. v. 1. coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 111-116]

³⁰ [Nota do original] DONEDA, Danilo, op. cit., p. 52 [DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo CC. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de direito civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.]

³¹ Segundo decisão do STJ, a imagem-retrato seria "a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam. (...) a sua reprodução, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida". STJ, REsp 58101-SP, Quarta Turma, Min. Cesar Asfor Rocha, 16/09/1997.

³² Pertinentes à essa linha de ponderação, vide GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, Direitos da personalidade e código civil de 2002: uma abordagem contemporânea, Revista dos Tribunais | vol. 853 | p. 58

| Nov / 2006 | DTR\2011\1503; RODRIGUES, Cláudia, Direito autoral e direito de imagem, Revista dos Tribunais | vol. 827 | p. 59 | Set / 2004 | DTR\2004\563 ; FERREIRA, Ivette Senise, A intimidade e o direito penal, Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 5 | p. 96 | Jan / 1994 | DTR\1994\6; SILVA NETO, Manoel Jorge E, A proteção constitucional à imagem do empregado e da empresa, Revista de Direito do Trabalho | vol. 112 | p. 157 | Out / 2003 | DTR\2003\560; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, A liberdade de expressão e de imprensa. Homem público. Político. Limites frente à função social da informação, Revista dos Tribunais | vol. 884 | p. 111 | Jun / 2009 | DTR\2009\719; BASTERRA, Marcela I, El Derecho a la Intimidad como límite a la Libertad de Información. A propósito del caso "V., J. s/medidas precautorias", DFyP 2011 (octubre), 243; BENJAMIN, Antonio Hermen de Vasconcellos e, A repressão penal aos desvios do "marketing", Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 6 | p. 87 | Abr / 1994 | DTR\1994\507; CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo, La intimidad de los hombres públicos, LA LEY 19/11/2004, 1; PALHARES, Cinara, Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade? Revista dos Tribunais | vol. 878 | p. 42 | Dez / 2008 | DTR\2008\727; ADLERS, Leandro Bittencourt, O cabimento da tutela inibitória na defesa de direitos fundamentais e da personalidade violados por excesso na liberdade de expressão e informação, Revista de Direito Privado | vol. 31 | p. 303 | Jul / 2007 | DTR\2007\446.; RODRIGUES JUNIOR, Álvaro, A responsabilidade civil dos apresentadores de programas de rádio e televisão pela publicidade enganosa ou abusiva, Revista de Direito do Consumidor | vol. 46 | p. 305 | Abr / 2003 | DTR\2003\

³³ DINIZ, Maria Helena. Estudos de direitos de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e anos morais. 1. ed. Forense Universitária, 2002. p. 79.

³⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David de, O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional, Revista do Advogado, São Paulo, v. 23, n. 73, p. 119-126, nov. 2003.

³⁵ EZABELLA, Felipe Legrazie. O direito desportivo e a imagem do atleta. IOB Thomson, 2006. MELO FILHO, Álvaro. Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: IOB Thomson, 2002 ; ALMEIDA, Silmara Chinelato e, Direito de Arena, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v. 3, p. 127-134, p. 127. SANTOS, Roberto Martinho dos, SCHAAL, Flavia Mansur Murad, O direito à imagem no direito desportivo: suas virtudes comerciais e publicidade, Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 11 | p. 147 | Jun / 2007 | DTR\2011\2157. SÁ FILHO, Fábio Menezes de, A teoria zainaghiana do direito de arena e suas influências na remuneração do empregado futebolista na renovada lei dos desportos, Revista de Direito do Trabalho | vol. 142 | p. 275 | Abr / 2011 | DTR\2011\1728. BRAGA,

Hugo Albuquerque, O contrato de trabalho do atleta profissional de futebol, Revista de Direito do Trabalho | vol. 137 | p. 143 | Jan / 2010 | DTR\2010\68. SANTIAGO, Mariana Ribeiro, Direito de arena, Revista de Direito Privado | vol. 22 | p. 224 | Abr / 2005 | DTR\2005\919 MOTA, Mateus Scisinio, Direitos de imagem e de arena: reposicionando questões controvertidas, Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 18 | p. 88 | Jul / 2010 | DTR\2010\957. SÁ FILHO, Fábio Menezes de, Aspectos sobressalentes da remuneração do empregado futebolista, Revista de Direito do Trabalho | vol. 135 | p. 53 | Jul / 2009 | DTR\2009\439. SANTOS, Roberto Martinho dos, O Direito à Imagem no Direito Desportivo: Suas Virtudes Comerciais e Publicidade, Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 11 | p. 147 | Jun / 2007. PINTO FILHO, José Alexandre Cid, A Utilização do Contrato de Licença de Uso de Imagem do Atleta Profissional Como Mecanismo de Violação da Legislação Trabalhista Brasileira, Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 12 | p. 116 | Dez / 2007 | DTR\2011\2243.

³⁶ “O direito de arena esteve estatuído na antiga Lei de Direitos Autorais (de 1973), inserido dentre os direitos conexos, o que provocou inúmeras críticas entre renomados autoristas, que não consideravam os "atletas" como "autores, artistas, intérpretes ou executantes", ao negar a existência, no espetáculo desportivo, de produto intelectual semelhante à obra ou à execução artística. Por conta de suas peculiaridades, o direito de arena foi previsto na primeira lei específica para tutela sistemática e ampla dos desportos, a denominada "Lei Zico" (Lei 8.672, de 06.07.1993) em seu art. 24. Tal lei, no entanto, foi posteriormente revogada pela Lei 9.615, de 24.03.1998, mais conhecida como "Lei Pelé", atualmente vigente, que agora consagra o referido direito em seu art. 42.” MOTA , Mateus Scisinio, Direito de Imagem, op. Cit. O texto original era o seguinte: Art. 100: À entidade a que esteja vinculado o atleta, pertence o direito de autorizar, ou proibir a fixação, transmissão, retransmissão, por quaisquer meios ou processos, de espetáculo desportivo público, com entrada paga. Parágrafo único: Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo. Art. 101: O disposto no artigo anterior não se aplica à fixação de partes do espetáculo, cuja duração, no conjunto, não exceda a três minutos para fins exclusivamente informativos, na imprensa, cinema ou televisão.

³⁷ CHAVES, Antônio. Direitos conexos. LTr, p. 607 e seguintes. No campo autoral, vide ainda, entre muitos, ASCENSÃO , José de Oliveira, Direito Autoral, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.503 e RABELLO , José Geraldo de Jacobina, Do “Direito de Arena”, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 5, p. 53-59, p. 56. De outro lado: "Esta teoria parte do pressuposto de que o direito à imagem e o direito do autor são semelhantes. [...] A existência de um vazio legislativo em relação ao direito à imagem possibilitou o surgimento desta teoria. Assim, por muito tempo aplicou-se no Direito brasileiro a

norma do art. 666, inciso X, do Código Civil, para solucionar questões pertinentes ao direito à imagem." FACHIN, Zulmar Antonio. A proteção jurídica da imagem. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.61

³⁸ MORAES, Walter, Questões de Direito Autoral, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

³⁹ Em obra anterior especializada, Antonio Chaves dizia que “de alguma forma, o desempenho dos grandes atletas aproxima-se ao de verdadeiros artistas”. Antônio Chaves, Direito de Arena, Campinas: Jurulex, 1988.

⁴⁰ No que se convencionou indicar como o primeiro acórdão quanto ao direito das celebridades entre nós: Ap. Cív. nº 26.108, Rel. Des. Rui Domingues, j. em 27.6.74, in Revista Forense, vol. 250, abr./jun. 75, pp. 269-273. “A escola de futebol criada pelo Brasil tem raízes humildes, vem do povo humilde, assim como a coreografia e cânticos carnavalescos, modelos de organização, de disciplina, de espírito de equipe. Os heróis do futebol são admirados e contemplados pelas massas e pelos seus representantes, inclusive pelas mais altas autoridades federais. Não há assunto mais sério no Brasil . (...) Um grande jogador de futebol como Jairzinho é tão importante para o povo brasileiro como Kant ou Heidegger para um estudante de filosofia na Alemanha. Tais nomes, tais imagens, não podem ser tomadas em vão, nem a troco de nada.”

⁴¹ MELO FILHO, Álvaro, Direito desportivo.... op. Cit.

⁴² MOTA, Mateus Scisínio, Direito de Imagem ... op. Cit. , “O que se tutela com o direito de arena é a exploração da imagem coletiva dos atletas durante a participação em eventos e espetáculos esportivos, enquanto o direito à imagem se refere ao uso da imagem individual do atleta, desvinculada do espetáculo desportivo.”

⁴³ Lei 9.615/1998, Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem [Redação dada pela Lei 12.395/2011]. § 1.º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil [Redação dada pela Lei 12.395/2011].

⁴⁴ Art. 5.º 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: (...)XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à produção da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

⁴⁵ Como distingue SÁ FILHO, Fábio Menezes de, A teoria..., op. cit. : “Em síntese, a titularidade do direito de arena pertence aos clubes de futebol. Em contrapartida, a titularidade do direito de imagem, em virtude do seu caráter personalíssimo, pertence a cada pessoa, quer seja física ou jurídica. Quando houver a realização da transmissão, por exemplo, de uma partida de futebol, o clube é responsável pela negociação antecipada desta exibição. Nos termos do caput e § 1.º do art. 42, da Lei dos Desportos, com a redação dada pela Lei 12.395/2011, clube negociante terá direito a 95% (noventa por cento) do valor total da autorização negociada por ele mesmo, em virtude da exposição da sua imagem coletivizada, equivalendo ao direito de arena patronal. O que é negociado, conforme disposição do supracitado artigo da Lei dos Desportos, é a imagem coletiva, cuja titularidade pertence aos clubes de futebol. A partir desta negociação é que um percentual do valor total negociado será destacado e repassado aos atletas profissionais, os quais são, nesta oportunidade, representados pelos sindicatos profissionais da categoria. Sendo assim, pode-se afirmar que o direito de arena profissional e o direito de arena patronal são espécies do gênero direito de arena. Assim, o direito de arena profissional diz respeito apenas ao percentual de 5% (cinco por cento) devido aos empregados futebolistas a título de repasse dos clubes de futebol daquele montante total da autorização negociada (pacote de partidas a serem disputadas), em virtude de contribuírem participando do espetáculo ou evento desportivo, durante o exercício das funções oriundas das obrigações pactuadas no contrato de emprego.”

⁴⁶ Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

⁴⁷ Curiosamente, o caso judicial americano que detonou a criação dos publicity rights versou exatamente sobre figurinhas de esportistas: Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. 202 F.2d 866, 868 (2nd Cir. 1953). Tal caso foi objeto de análise por NIMMER, Melville B. , The Right of Publicity, 19 Law & Contemp. Probs. 203 (1954).

⁴⁸ COOMBE, Rosemary J.: "I will use the term "celebrity image" to designate not only the celebrity's visual likeness, but rather, all elements of the complex constellation of visual, verbal and aural signs that circulate in society and constitute the celebrity's recognition value. The term "persona" will also refer to this configuration of significations. I will also use the terms "celebrity" and "star" interchangeably."

⁴⁹ "Persona é uma palavra de origem latina que pode designar tanto 'máscara' quanto 'pessoa'. Goffman [GOFFMAN, Erving. A representação do eu na vida cotidiana. Petrópolis: Vozes, 1999.] cita Robert Ezra Park para dizer que não é por acidente histórico que "a palavra pessoa, em sua acepção primeira, queria dizer máscara", pois, conforme ele, em todos os lugares estamos desempenhando papéis. Na vida, ainda segundo Goffman, os papéis desempenhados revelam "o nosso mais verdadeiro eu". (1999: 27-29). Conforme Ryngaert [RYNGAERT, Jean-Pierre. Introdução à análise do teatro. São Paulo: Martins Fontes, 1996.], no teatro grego da Antigüidade Clássica, a máscara era exatamente a instância que cabia ao papel desempenhado pelo ator, papel este que não se confundia com quem o interpretava. A máscara distanciava o ator do personagem, resguardando sua individualidade, de forma que um e outro não se confundiam (1996: 126)". PIMENTEL, Márcia Cristina., op. cit.

⁵⁰ Tomamos aqui a definição de um dos textos clássicos da propriedade intelectual, Hughes, Justin, The Philosophy of Intellectual Property, 77 Geo. L.J. 287, December, 1988: "Persona" is a term used when discussing the right of publicity and the right to one's image, name, or likeness. Hengham & Wamsley, The Service Mark Alternative to the Right of Publicity: Estate of Presley v. Russen, 14 PAC. L.J. 181, 182 (1983)." Indeed, it is hard to say whether an author's writing or an author's persona is the better medium for expressing personality. The persona may be more important because it represents a whole character, image, and lifestyle, while an author's written works consist of only specific expressions. On the other hand, a novel may be a more accurate representation of personality for some writers because the work is an intentional expression of the creator, while the persona is the individual's intentional and unintentional actions combined with popular reaction to these actions. Indeed, it is difficult to fit personas into both the labor and personality theories of intellectual property. They are sometimes the result of hard work towards securing a public image based on an internal vision. But quite often they are creations of pure chance, perhaps the only "intellectual property" without intentionality."

⁵¹ "Há direito conexo ao de autor (ou seja, o direito de interpretação), quando caracterizada a pessoa na representação de um determinado personagem (como um ator ou humorista enquanto vive um papel). Ambos

não se confundem com o direito de autor propriamente dito, que incide sobre a obra intelectual, estética, de cunho literário, artístico ou científico (assim, na fotografia, na pintura, na cinematografia, na obra publicitária)” (CARLOS ALBERTO BITTAR, ob. cit., pág. 90)". TJSP, Ac 199.530-1, Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, J. Roberto Bedran, 19 de outubro de 1999.LEX - JTJ - Volume 243 - Página 201

⁵² “The expression was coined by Andy Warhol, who said in 1968 that “In the future, everyone will be world-famous for 15 minutes.” http://en.wikipedia.org/wiki/15_minutes_of_fame. Na verdade a própria frase ilustra a noção de celebridade. Andy Warhol não criou coisa alguma. Na verdade, sem o benefício da celebridade, mas com a doação maior do talento, já dizia muito antes Lima Barreto: “Anedotas deste, casos com aquele, expedientes daquele outro, ele narrava com chiste e firmeza de lembrança; mas, ao que parece, a figura de seu tempo que mais o impressionou foi a de um pequeno poeta, que nunca teve seu quarto de hora de celebridade e hoje está totalmente esquecido” Clara dos Anjos. E, também: “Houve um em Niterói que teve o seu quarto de hora de celebridade” O triste fim de Policarpo Quaresma. Mas também se encontra, por exemplo, em Gide: « Le vieux savant, théoricien buté, avait eu son heure de célébrité » (Si le grain ne meurt, 1924, p. 415).

⁵³ O requisito da perenidade foi analisado em ANDACHT, Fernando, Uma proposta analítica da imagem da celebridade na mídia, encontrado em <http://revistas.utfpr.edu.br/ct/tecnologiaesociedade/index.php/000/article/view/20/20>, visitado em 6/12/2011. Quanto a diferença entre a celebridade relativa ou efêmera, e a que constitui o objeto de nossas cogitações, lembra o TRF2: “Ressalte-se, também, que há alguns anos, quando ainda não havia um acesso maciço aos meios de comunicação de massa, quando uma pessoa se celebrizava, havia um destaque imenso em torno dela, já que poucas eram as personagens realmente celebrizadas. Atualmente, há multiplicação de meios de telecomunicação. Há o youtube, a TV a cabo, tantos outros meios em acréscimo àqueles existentes, por exemplo, em meados da década de 80 do Século passado, que até mesmo o conceito de celebridade vem um tanto diluído na mídia, posto que vem ao lado de talvez uma ou mais centena de pessoas, também celebrizadas pela mesma mídia.” TRF2, AC 2003.51.01.540786-9, Primeira Turma Especializada do TRF 2ª Região, por unanimidade, JFC Marcello Ferreira de Souza Granado, 29 de março de 2011. Celebridade não é, e nunca foi, criação da mídia contemporânea. Como se lê num capítulo exatamente denominado “Celebidades” do livro Filomena Borges, de Aluísio Azevedo: “Que frenesi! Todos queriam ser o primeiro a vê-la. O cais Pharoux parecia diminuir sob a multidão que o coalhava. Viam-se enormes grupos, esparsos, por aqui e por ali, galgando a muralha, invadindo as lanchas e os escaleres. Nas ruas faziam-se comentários a respeito da baronesa de Itassu; os jornais pregavam na parede notícias a respeito dela; vendia-se o seu retrato

em todas as proporções; inventavam-se biografias. Uns afirmavam que Filomena Borges era um modelo de virtudes; outros que era uma grande velhaca. Este jurava que a vira já muito por baixo, num hotel; aquele dizia que ela fora sempre riquíssima, e que só trabalhava em público por amor à arte. Aqui afiançavam havê-la visto, em tal época dançar uma *habanera* em casa de tal figurão; logo, ali, negavam: - Que não! que essa Filomena era outra, falecida havia já coisa de cinco anos, e que esta, a nova, a do teatro, não tinha absolutamente nada de comum com a outra, com a tal Filomena, cujos bailes, por tão luxuosos e originais, ainda se conservavam na memória de toda a gente!"

⁵⁴ COOMBE, op. cit.: "It is impossible to deny the potential value of the celebrity persona in an age of mass production and communications technologies. The aura of the celebrity is a potent force in an era in which standardization, rationalization and the controlled programming of production characterize the creation and distribution of goods and the capacity of mass media communications to convey imagery and information across vast distances is harnessed to ensure consumer demand. As mass market products become functionally indistinguishable, manufacturers must increasingly sell them by symbolically associating them with the aura of the celebrity - which may be the quickest way to establish a share of the market. It is suggested that fame has become the most valuable (and also the most perishable) of commodities and that celebrity will be the greatest growth industry in the nineties.

⁵⁵ Proteção de Marcas, Lumen Juris, 2008, 3.1.2. Uso simbólico da marca e criação de direito. Vide, aliás, o texto de Dogan e Lemley, citado neste estudo, em que os autores correlacionam o interesse jurídico das celebridades sobre seu endosso como correlato ao interesse marcário de evitar a diluição das marcas, ou seja, o da notoriedade que, no nosso sistema jurídico, encontra guarida no art. 125 da Lei 9.279/96.

⁵⁶ [Nota do original] CORREA, José Antonio B. L. Faria. "O Fenômeno da Diluição e o Conflito de Marcas", Revista da ABPI, Nº 37, nov/dez 1998, p. 31.

⁵⁷ Id. Ead., 4.3.3. O extravasamento simbólico.

⁵⁸ SILVEIRA, Newton, Direito autoral sobre "Mamíferos" Parmalat, 08/10/1998, Estudos e pareceres de propriedade intelectual, Lumen Juris, 2009.

⁵⁹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de, Contornos atuais do direito à imagem, Revista Forense – Vol. 367 Doutrina, Pág. 45

⁶⁰ [Nota do original] Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho, Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 58.

⁶¹ Vale lembrar que o *right of publicity* americano tem sido categoricamente separado dos direitos pessoais, como notou Nimmer no texto doutrinário inaugural dessa nova categoria jurídica: "Moreover, since animals may be endowed with publicity values, the human owners of these non-human entities should have a right of publicity in such property . " NIMMER, Melville B. , The Right of Publicity, 19 Law & Contemp. Probs. 203 (1954). Como nota Husband, B. Paul Husband, Horses In Entertainment, Sports And The Law, encontrado em <http://www.husbandlaw.com/~media/Firm%20Galleries/Organizations/6/9/1/0/69102/horses-entertainment.ashx>, visitado em 26/11/2011, há alguma justificativa jurisprudencial, naquele direito, para tal afirmação.

⁶² "O direito à informação considera o ser humano tanto na dimensão coletiva, que se refere ao direito difuso do povo de receber informações, para que possa participar efetivamente da esfera pública, quanto na dimensão individual, que se refere ao direito de cada pessoa de receber e transmitir as informações necessárias para a formação das suas convicções, bem como o de expressar as suas opiniões." (...) No direito nacional, a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à informação em diversos dispositivos. Na perspectiva interna, tem-se a proteção da liberdade de consciência e de crença [art. {5.º, VI}, : "é inviolável a liberdade de consciência e de crença (...)."], e na perspectiva externa tem-se a proteção da livre manifestação do pensamento [art. {5.º, IV}: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"; e Art. 220: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."], do livre exercício dos cultos religiosos e proteção aos locais de culto e a suas liturgias [art. {5.º, VI}: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias."], da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação [art. {5.º, IX}: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"; e Art. 220: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição." e da liberdade de acesso à informação [art. {5.º, XIV}: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."]. PALHARES, Cinara, Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade? Revista dos Tribunais | vol. 878 | p. 42 | Dez / 2008 | DTR\2008\727

⁶³ “Assim sendo, é possível afirmar que a intimidade de uma pessoa não representa qualquer interesse público que justifique a sua violação, salvo raríssimas exceções, como para a apuração da prática de crime (caso seja necessário, por exemplo, escuta telefônica ou violação de correspondência e de domicílio). a privacidade, uma vez que envolve necessariamente uma face pública, comportará maior flexibilização em razão do interesse público envolvido. Portanto, dependendo da relevância social de determinado fato, ou de uma qualidade especial de um indivíduo, como é o caso das pessoas públicas (políticos, pessoas que exercem cargos públicos) ou famosas (artistas, cantores, pessoas notórias em razão da sua profissão), a esfera privada poderá ser reduzida (...) Pessoas famosas ou notórias no seu campo de atuação, consideradas "pessoas da história do tempo em sentido absoluto", também sofrem maiores restrições à sua privacidade. Quanto às pessoas famosas, cuja atividade requer necessariamente a exposição à mídia (artistas, cantores, apresentadores de programas televisivos, participantes de reality shows etc.), a esfera privada sofre restrições por razões óbvias. Esses indivíduos construíram a sua imagem e a sua personalidade à custa da exposição pública, de maneira que, quando estiverem em locais públicos, é natural que ocorra interferência na sua vida privada. PALHARES, Cinara, op. Cit.

⁶⁴ O consentimento é um elemento, mas não determinante, na delimitação dos interesses das celebridades quanto a sua persona. Como se verá mais adiante, há outros condicionantes que se impõem independentemente da vontade expressa ou tácita da pessoa famosa.

⁶⁵ STOCO, Rui, Tratado de Responsabilidade Civil, Revista dos Tribunais, 7a edição, p. 1663

⁶⁶ “Portanto, duas são as situações a serem observadas: a) admite-se a utilização da imagem de pessoas famosas ou notórias em razão do direito à informação, presente o interesse público, caso em que a face pública da esfera privada poderá sofrer limitações (assim ocorre quando esses indivíduos comparecem em eventos sociais, espetáculos públicos, festas, teatro, ou seja, quando são fotografados ou filmados em locais públicos, pois a sua simples presença já denota interesse público)”. Idem, Eadem.

⁶⁷ “ (...) quando a utilização da imagem comportar alguma finalidade, seja ela comercial ou até mesmo filantrópica, como a promoção declarada de alguma causa social, deverá, necessariamente, ser precedida de autorização, podendo ou não ser ajustada uma contraprestação.” Idem, Eadem.

⁶⁸ “ (...) in any given case, the determination of appropriate relief should be made by balancing the relevant harms triggered by allowing unauthorized uses of publicity rights against the benefits that society derives

from such uses.” Kwall, Roberta Rosenthal, The Right of Publicity vs. The First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis. Indiana Law Journal, Vol. 70, p. 47, 1994. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=849745>. No direito brasileiro, vale a observação: "A admissibilidade dessa limitação voluntária está ligada à interpretação dos direitos da personalidade a partir dos três extratos que os compõem: (i) núcleo duro: é sempre indisponível e inegociável, estando demarcada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela ética; (ii) a periferia: as limitações são admitidas apenas no caráter patrimonial, tendo como ponto de vista a relação de um terceiro como o titular do direito; e (iii) a orla: aceita-se as limitações, a partir de um ato de disponibilidade de vontade do titular do direito no exercício do mesmo, dentro da autonomia de cada um." FREITAS, Luciana da Silva, Estudo de caso: a técnica da ponderação na colisão entre o direito à imagem e o direito de informação dentro da sociedade de informação, Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 3943.

⁶⁹ "Não se pode confundir, no entanto, interesse público com interesse popular ou do público, que é mera curiosidade coletiva, muitas vezes movida pela maledicência ou até pela bisbilhotice mórbida." D'Elboux, Sonia Maria, A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade: tensões e limites, Tese de Doutorado, FDUSP, 2005.

⁷⁰ "Portanto, em todos os casos nos quais o interesse público não for de tal forma relevante, e não tendo a própria pessoa dado ensejo à informação depreciativa, o direito à informação não poderá significar uma violação da honra do indivíduo. A exibição da imagem de uma pessoa famosa em situação constrangedora, pelo simples prazer mórbido de se deleitar com a desgraça alheia, não pode ser admitida. É certo que entre essas situações extremas surgirão situações duvidosas, que exigirão a ponderação no caso concreto." PALHARES, Cinara, op. Cit. Mas mesmo antes dos limites extremos, se garante por vezes a reserva da intimidade, por exemplo, quanto aos *paparazzi*: "Direito Constitucional. Direito Civil. Embargos Infringentes. Direito à privacidade. Art. 5º, X da Constituição Federal. Artigo 20 do Código Civil. Exposição de atriz e sua filha menor, com cinco anos de idade, em matéria jornalística expressamente desautorizada antes da publicação. Violação do direito à privacidade e intimidade das autoras. Fotos clandestinas que destacam detalhes privados da vida da atriz e de sua filha com revelação do nome da escola em que estuda a pequena. Direito ao respeito e à preservação da imagem da menor. Infração ao disposto nos artigos 15 e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A editora vende informação ao público e incontáveis vezes se vale de fotos tiradas por "paparazzi" para ilustrar suas reportagens que são lidas por um enorme público, cada dia mais fiel e ávido por conhecer detalhes sobre aspectos íntimos e privados da vida das celebridades. O confronto entre

direitos fundamentais de índole constitucional tem sido decidido através de critérios de ponderabilidade, mas nunca é demais registrar que perante a Constituição Federal não há direitos absolutos ou ilimitados – nem mesmo os da mídia de qualquer natureza. Recurso desprovido." TJRJ, Embargos Infringentes 0080274-36.2006.8.19.0001, Vigésima Câmara Cível, Des. Marco Antonio Ibrahim, 24 de agosto de 2011.

⁷¹ "Two types of publicity claims have raised particular problems for the courts. The first involves merchandising claims, in which individuals claim violation of their publicity right not by the use of a name in advertising, but by people who sell products that bear their name or likeness. Courts have generally resolved these claims by making a distinction between news or art, on the one hand, and merchandise, on the other - but as art and information become increasingly commodified, this distinction - if it ever made sense - has become ever harder to sustain. The second type of problematic claim involves cases in which a use draws attention away from the celebrity, or arguably sullies the celebrity's reputation in some way that harms the overall value of her identity." Dogan, Stacey L. and Lemley, Mark A., What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law. Stanford Law Review, Vol. 58, p. 1161, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=862965>

⁷² Aqui, a distinção da notoriedade involuntária, que restringe o acesso da informação da pessoa ao evento que a tornou objeto do interesse público, mas não justifica o excesso além desse. "Pessoas comuns podem, em determinados fatos da vida, tornar-se pessoas da história do tempo "em sentido relativo". [BARROSO, Luís Roberto, Colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 270.] São pessoas envolvidas em acontecimentos da atualidade que revelam interesse à coletividade, como catástrofes naturais, graves acidentes, descoberta de algum fato importante para a humanidade, vítimas de perseguição racial ou social, conflitos sociais. Nesses casos, há redução da esfera de privacidade, mas que deve se limitar ao acontecimento notório e enquanto perdurar o interesse da coletividade." PALHARES, Cinara, op. Cit.

⁷³ "Segundo Manuel da Costa Andrade, "a doutrina e a jurisprudência maioritárias propendem hoje a subscrever, tanto no plano categorial como prático-normativo, a distinção proposta por Neumann-Duesberg entre pessoas da história do tempo em sentido absoluto e em sentido relativo (absolute e relative Personen der Zeitgeschichte). Pertencerão à primeira categoria as pessoas que na sua época lideram a vida política, econômica, social, cultural, científica, tecnológica, desportiva, do mundo do espetáculo, etc. e em relação às quais subsiste um interesse público de informação particularmente alargado. Um interesse que cobre toda a

esfera da publicidade e se estende a muitos dos domínios em geral considerados como pertinentes à esfera da privacidade, *stricto sensu*" (Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 262)". PALHARES, Cinara, op. Cit.

⁷⁵ Tive ocasião de discutir a figura em texto anterior : BARBOSA, Denis Borges, Nota sobre o Contrato de Patrocínio, in A Eficácia do Decreto Autônomo, Estudos de Direito Público, Lumen juris, 2003. "Não encontro no chamado "Contrato de Patrocínio" (não obstante as citações que lhe faz a Lei Rouanet) tipicidade que o caracterize como categoria jurídica a parte. No caso, quando o chamado patrocínio importa em compra antecipada dos exemplares, é pelas regras do contrato de compra e venda que se deve governar o negócio jurídico. Não me parece impossível o contrato de compra e venda de coisa futura, inclusive nas modalidades *emptio spei* e *emptio rei speratae* a que se refere a doutrina civilista clássica. Uma vez que realmente há uma apreciação qualitativa da obra, tal modalidade de compra se aproxima da coedição, dela só se distinguindo, por sua vez, pelo fato de que o Município não assume os riscos pela edição. Pagará, se e quando receber a edição. O que distingue este "patrocínio" da simples compra e venda de coisa futura é a consignação, nos exemplares a serem impressos, do endosso do Município, o que empresta talvez maior peso de prestígio à edição, assim como o propósito específico de viabilizá-la, mais do que de obter a coisa em si mesma. Este último ponto é que nos obriga a ponderar se o patrocínio, expressando o apoio do ente público, não seria sujeito à regra da isonomia, da transparência, da publicidade e da impessoalidade. O que se tem por inexigível é a satisfação de uma necessidade do Município pela aquisição de uma obra cuja fonte é única. Neste caso, não há, como se notou, demanda do produto em si mesmo, mas a verificação de uma eventual conveniência de que a obra venha à luz. Ocorre que quando a obra está por fazer-se, não existe a unicidade de fonte que torna inexigível a licitação. Pelo contrário, no mundo das possibilidades conceber-se-ia um dicionário com desenho de Oscar Niemayer e texto de João Cabral de Mello Neto. O que indicaria a Constituição como caminho reto e límpido é a abertura de concurso, com o desígnio do Município sendo aberto à satisfação dos mais aptos. Pois quando os príncipes Esterhazy exerciam o mecenato subvencionando a obra de Haydn, faziam-no com patrimônio próprio. Exercer o mecenato com fundos públicos exige cuidados outros, que são os que o art. 37, caput, da Carta de 1988 aponta. O poder, quando público, e quando democrático, não admite o fulgor de um Vaux le Vicomte, e certamente marca menos a História com o alcance da visão dos administradores. Tais providências, que tendem a assegurar o princípio radicalmente democrático de que "todos devem ter acesso às oportunidades conferidas pela Poder Público", têm toda a aparência de estulta burocracia. É esta natureza própria da Administração, por mais fúria que cause aos grandes espíritos."

⁷⁶ "Sous quelque titre que ce soit - droit des interprètes comme droit voisin en Europe, droit à l'image aux Etats-Unis et en Europe aussi -, les traditions juridiques protègent une double réalité : - l'acteur comme personne physique : James Dean, Alain Delon, Elisabeth Taylor comme individus. - l'acteur dans un rôle : Humphrey Bogart dans son imperméable du Faucon Maltais, Nicolai Tcherkassof comme Ivan le Terrible, Marilyn Monroe dans "Some Like It Hot". 9. Cette double réalité n'appelle pas les mêmes mesures de protection légale. Les considérations relatives au droit de publicité portent sur l'usage de l'image personnelle de l'acteur dans la commercialisation de produits ("merchandising")". DESSEMONTET, François, Les droits des acteurs face à la digitalisation, <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/Dt%20des%20auteurs%20digitalisation.pdf>

⁷⁷ Tal notoriedade não importa só em poder econômico. O mais célebre sociólogo das celebridades, o ALBERONI, Francesco que escreveu *L'élite senza potere*, Bompiani, Milano, 1963, recentemente notou: "Ma a decidere chi arriverà sullo schermo e prenderà la parola è una élite formata dai grandi conduttori, divi, cineasti, cantanti, giornalisti, comici che si cooptano fra di loro. Essi si presentano come modelli da imitare, poi giudicano, danno consigli, lanciano slogan, animano e dirigono i dibattiti. Il tutto poi viene ripreso dai quotidiani, dai settimanali e da internet. Non esistono perciò più una élite del potere ed una élite senza potere, ma due élite del potere: quella politica e quella dello spettacolo. La prima si forma attraverso il dibattito politico e le elezioni, la seconda attraverso la cooptazione e l'audience. Inoltre le due sfere della politica e dello spettacolo spesso si sovrappongono e, nel campo del costume e dei valori, l'élite dello spettacolo tende a prevalere su quella politica. L'audience ha più peso del voto." Lo spettacolo e la politica, sono le élite del potere, 'il Corriere della Sera' del 6 luglio 2009, pag. 1. Reagan, Schwarzenegger e Tiririca se elegem.

⁷⁸ "Y es que no le falta razón al Juez Cabral Barreto cuando incide en el hecho de que Carolina de Mónaco ejerce, de hecho, un importante rol en la vida pública europea, que, creo también, justifica sobradamente su calificación como personaje público. Es más, a mi juicio, a los efectos que nos ocupan, en esa categoría estarían integradas incluso las personas que sin profesión conocida, hacen de la exhibición pública de su vida privada auténtica dedicación profesional, en definitiva, las personas -cada vez más numerosas- que se dedican al ejercicio de una auténtica "profesión", la de famoso. (...) En esta línea, el propio TC ha entendido que personaje con notoriedad pública, es además del que "expone al conocimiento de terceros su actividad profesional", el que "difunde habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada". En ambas hipótesis, se corre el riesgo de que, tanto su actividad profesional, como la información revelada sobre su vida privada se pueda ver sometida a una mayor difusión de la pretendida por su fuente o a la opinión, refutación y

crítica de terceiros. Cfr. STC 134-1999, de 15 de julio (RTC 1999- 134)." PASCUAL MEDRANO, Amelia, Personajes públicos y derecho a la propia imagen, Puntotex, Santiago, Chile 2009-11-20 14:47:08.352248-03.

⁷⁹ "Sin duda, la decisión final del magistrado se enrola en la doctrina que entiende que aún siendo muy elevado el nivel de notoriedad que posea una persona, no implica desconocer que goza de la prerrogativa del derecho a la intimidad. Efectivamente, el carácter de celebridad de un determinado individuo, no autoriza la publicidad indiscriminada, ni suprime la protección de su esfera privada. Máxime cuando las fotografías difundidas, en modo alguno revistan carácter de interés público. Ciertamente, esta tesis parece la más adecuada a fin de garantizar una convivencia armónica entre dos derechos fundamentales, que se encuentran en constante antagonismo." BASTERRA, Marcela I., El Derecho a la Intimidad como límite a la Libertad de Información. A propósito del caso "V., J. s/medidas precautorias" Publicado en: DFyP 2011 (octubre), 243.

⁸⁰ SANTOS, Roberto Martinho dos, O Direito à Imagem no Direito Desportivo: Suas Virtudes Comerciais e Publicidade. Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 11 | p. 147 | Jun / 2007 | DTR\2011\2157: EZABELLA, Felipe Legrazie. O direito desportivo e a imagem do atleta. Monografia (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. IOB Thomson, 2006. "O consentimento quanto a utilização da imagem não se presume unicamente pelo fato da pessoa retratada ser famosa ou atuar no mundo artístico, ou por não auferir-se vantagem econômica, ou mesmo pela ausência de resistência do retratado no momento da captação da imagem, devendo-se levar em conta uma conjunção de fatores, tais como a habitualidade da pessoa consentir na sua retratação, a sua notoriedade, a sua ausência de relação com a vida privada ou violação à honra, a finalidade de utilização e outros, nem sempre sendo tarefa simples dirimir-se tal controvérsia havendo arrependimento posterior do retratado. Admitindo-se a possibilidade de haver consentimento tácito quanto à utilização da imagem, aquele somente se evidenciará pela atitude de tolerância do retratado, e o ônus da sua demonstração compete àquele que dela se utiliza" (A pessoa pública e seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 42).

⁸¹ A questão do consentimento presume na aceitação do vínculo de algum aspecto da pessoa a um *endosso* de atuação publicitária. Vide o Código Civil da Califórnia, em dispositivo incluído em 1971: CAL. CIV. CODE § 3344 : California Code - Section 3344 - (a)Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be

liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof. (...) (d)For purposes of this section, a use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in connection with any news, public affairs, or sports broadcast or account, or any political campaign, shall not constitute a use for which consent is required under subdivision (a).(e)The use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in a commercial medium shall not constitute a use for which consent is required under subdivision (a) solely because the material containing such use is commercially sponsored or contains paid advertising. Rather it shall be a question of fact whether or not the use of the person's name, voice, signature, photograph, or likeness was so directly connected with the commercial sponsorship or with the paid advertising as to constitute a use for which consent is required under subdivision (a). (...)

⁸² “Igualmente, para uso de imagem fotográfica de jogadores de futebol ou de artistas em figurinhas para colocar em álbuns (RJTSP, 11:71), ante o intuito especulativo, será preciso a autorização dos retratados, não vingando o argumento de que são personagens da história contemporânea. Tal argumento só seria admitido em favor de imprensa falada, escrita ou sonora, a título de informação jornalística (RJTSP, 44:61; RT, 519:3). Assim, se alguém quiser reproduzir fotografia de um cantor famoso em propaganda de alguma promoção, desfile, campanha ou produto, deverá pedir sua autorização e remunerá-lo sob pena de ter de pagar uma indenização. A divulgação da imagem de uma pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe reparação do dano (RT, 568:215).” DINIZ, Maria Helena. Novo Código Civil Comentado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 89.

⁸³ O que não significa que esse consentimento deva ser formal e explícito: “Todos os famosos que se hospedam na ilha convivem com ações de marketing de empresas privadas, eis que o projeto “ilha de caras” somente pode ser viabilizado em razão das empresas que patrocinam os eventos realizados na ilha. Restou comprovado que, embora não houvesse autorização escrita da parte autora, havia autorização tácita da mesma, tendo em vista que a apelante, bem como todas as celebridades que se hospedam na ilha de caras sabem que as fotos tiradas serão publicadas na revista e que as mesmas podem eventualmente contemplar alguma marca de empresa que patrocina o evento. O artigo 20 do código civil brasileiro e o artigo 79 do código civil português não exigem que a autorização seja expressa, podendo ser tácita.” TJRJ, AC 0422349-46.2008.8.19.0001, Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, 09 de fevereiro de 2011.

⁸⁴ ADLERS, Leandro Bittencourt, O cabimento da tutela inibitória na defesa de direitos fundamentais e da personalidade violados por excesso na liberdade de expressão e informação, Revista de Direito Privado | vol.

31 | p. 303 | Jul / 2007 | DTR\2007\446. "A doutrina é uníssona em reconhecer a utilidade da tutela inibitória em casos de ofensa ao direito à imagem por meios de comunicação, até porque isso está previsto no art. 12 e 21, do Código Civil, valendo mencionar a obra de EDUARDO TALAMINI, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, RT, 2001, p. 440, que sugere aplicação da multa para dissuadir o ofensor. No campo da informática, destaca-se a doutrina autorizada de DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO [Responsabilidade por publicações na Internet, Forense, 2005, p. 149] e RICARDO LUIZ LORENZETTI [Comércio Eletrônico, RT, 2004, p. 435]. ELIMAR SZANIAWSKI afirmou [Direitos de personalidade e sua tutela, 2ª edição, RT, p. 2005]: "A vítima terá por escopo obter, por parte do Judiciário, a cessação da execução da violação. A interdição da perturbação dar-se-á através de tutela inibitória, que além de fazer cessar o atentado atual e contínuo, removendo os efeitos danosos que são produzidos e que se protraem no tempo, possui natureza preventiva contra a possível prática de novos atentados pelo mesmo autor. As ações típicas destinadas para tutelar preventivamente a vítima de atos atentatórios ao seu direito de personalidade, consiste na ação inibitória antecipada, na ação de preceito cominatório, da tutela antecipada e das medidas cautelares atípicas, como a busca e apreensão e o seqüestro, e das medidas cautelares atípicas". TJSP, Ag 472.738-4, 4ª Câmara Direito Privado, Ênio Zuliani.

⁸⁵ "São, basicamente, três as formas de violação do direito à imagem: quanto ao consentimento, quanto ao uso e quanto à ausência de finalidades que justifiquem o uso da imagem sem o consentimento do titular. O primeiro caso, como nos parece elementar, é quando a imagem de alguém é utilizada sem autorização de seu titular; o segundo caso é quando, muito embora tenha havido tal consentimento, o uso feito da imagem extrapola os limites da autorização concedida; e o terceiro caso é quando, embora se trate de imagem de pessoa célebre, ou fotografia de interesse público, a maneira como a imagem é utilizada não permite que seja invocada a exceção." FAVA, Irineu Jorge, O (abuso) do direito à própria imagem na publicidade. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – PUC/SP, São Paulo, out. 2004, p. 139.

⁸⁶ O endosso é uma das formas de aproveitamento econômico da persona da celebridade; como representa uma atuação consensual em face de um produto ou serviço, induz a um empréstimo específico de notoriedade. Outra forma seria o *merchandising* de imagem: RUIJSENAARS, Heijo E., The WIPO Report on Character Merchandising, IIC 1994 Heft 4 532. "Character merchandising is defined by the Report as "the adaption or secondary exploitation, by the creator of a fictional character or by a real person or by one of several authorized third parties, of the essential personality features of a character in relation to various goods and/or services with a view to creating in prospective consumers a desire to acquire those goods and/or to use those services because of the consumers' affinity to that character". The following examples are given by the

Report: - A toy being the three-dimensional reproduction of the fictional character "Mickey Mouse"; - a T-shirt bearing the name or image of the fictional characters "Ninja Turtles"; - a perfume bottle labelled with the name "Alain Delon"; - tennis shoes bearing the name "André Agassi"; - an advertising movie campaign for the drink Coca Cola Light showing the popstar Elton John drinking Coca Cola Light."

⁸⁷ Encontrado em <http://www.conar.org.br/html/codigos/todos%20os%20capitulos.htm>, visitado em 28/11/2011. Para as regras americanas, vide <http://www.ftc.gov/os/2009/10/091005revisedendorsementguides.pdf>, visitado em 30/11/2011.

⁸⁸ O já citado Guimarães, Paulo Jorge Scartezzini, A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam, ed. RT, v. 16, 2001, p. 155. Mas também ALVAREZ LARRONDO, Federico M., La responsabilidad de las celebridades por su participación en publicidades, RCyS 2010-II, 44 e, num sentido diverso, RODRIGUES JUNIOR, Álvaro, A responsabilidade civil dos apresentadores de programas de rádio e televisão pela publicidade enganosa ou abusiva, Revista de Direito do Consumidor | vol. 46 | p. 305 | Abr / 2003 | DTR\2003\ . Este último nota: "Contudo, ao vincularem a sua imagem ao produto, visando tão-somente ao lucro, sem qualquer preocupação com a qualidade do produto ofertado ao consumidor, os apresentadores "assumem, diante do consumidor, uma posição de garante", pois a credibilidade que as pessoas têm no apresentador é imediatamente transferida para o comercial, acarretando em grande credibilidade ao produto anunciado. É evidente que nesses casos o apresentador do programa torna-se parceiro, ou melhor, verdadeiro aliado do fornecedor, pois transforma-se no principal meio de propagação dos produtos do fornecedor."

⁸⁹ O CDC considera crime "fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa" (art. 67). "Ademais, o juízo de enganabilidade levará em conta, além das informações falsas propriamente ditas, outras que sejam ambíguas e até aquelas que, embora sendo literalmente verdadeiras, emanem um entendimento global - a impressão total - capaz de induzir em erro o consumidor." BENJAMIN, Antonio Hermen de Vasconcellos e, A repressão penal aos desvios do "marketing", Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 6 | p. 87 | Abr / 1994 | DTR\1994\507. Embora a doutrina não venha citando a celebridade, veja o CDC: "Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código, incide nas penas a esses cominadas, na medida de

sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas".

⁹⁰ Há uma certa alergia, mas atécnica, em se classificarem certos interesses jurídicos como absolutos. Em no fazendo, apenas seguimos a mansa acepção de que esses interesses não são relativos. Classificando esses interesse de que falamos como absolutos: "Converge a doutrina em estabelecer que são os direitos da personalidade absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, necessários, inatos, vitalícios, indisponíveis e irrenunciáveis. Diante dessas características e por sua própria natureza podemos dizer que estes são oponíveis erga omnes, implicando em dever de abstenção geral, sendo imposto à generalidade dos homens e, inclusive, ao Estado. " MOTA, Mateus Scisínio, Direitos de imagem e de arena: reposicionando questões controvertidas, Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 18 | p. 88 | Jul / 2010 | DTR\2010\957. "Considerando que a imagem constitui um direito de personalidade, inato, absoluto, extrapatrimonial, imprescritível, impenhorável, vitalício, necessário, oponível erga omnes e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada, deve-se destacar que a imagem de pessoas notórias, como a dos atletas, não pode ser utilizada com fins econômicos, sem a devida autorização do titular." EZABELLA, Felipe Legrazie, , Direito de Arena, Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 3 | p. 84 | Jun / 2003 | DTR\2011\2028. O mesmo se dirá dos direitos "morais" do campo estritamente autoral: ESPÍRITO SANTO, Marcelo do, Omissão e inclusão indevida de créditos autorais: aspectos peculiares da autoria e coautoria das criações intelectuais, Revista de Direito Privado | vol. 32 | p. 201 | Out / 2007 | DTR\2007\626: "Essa assertiva se fortalece quando se percebe que determinadas características emanam dos direitos morais, quais sejam: i) é irrenunciável - o autor não pode renunciar, abandonar, desprezar os seus direitos morais; ii) é imprescritível - não prescreve e pode ser reclamado por via judicial a qualquer tempo; é perpétuo - não se esvai com o tempo; iii) é inalienável - mesmo na hipótese de cessão ou licença de seus direitos patrimoniais, os direitos morais se conservam íntegros; é impenhorável - não pode ser alienável; iv) é absoluto - é oponível contra todos (erga omnes); v) é extrapatrimonial - não pode ser quantificado em termos pecuniários."

⁹¹ Na observação acima, "o herói atual tem sua narrativa "construída" segundo um padrão midiático para corresponder aos anseios do público.", Vieira, M., op. Cit.

⁹² O direito britânico tem sido algo reticente na consagração dos interesses das celebridades. No entanto, anteciparam-se a muitos outros regimes no campo da proteção das marcas de pessoas famosas, para as quais permitem um efeito similar a do art. 125 da lei brasileira, ou seja, proteção em múltiplas atividades. "The Notice recognises that, in many cases, the famous name attached to any product will indicate to consumers that the product is "about the person whose name it is rather than as an indication that the goods/services are supplied by, or under the control of, one undertaking." ²⁵ In this situation, any use of the celebrity's name in relation to the product will not be taken as an indication of the origin or quality of the goods, the purposes usually performed by trade marks, but as descriptive of the subject matter of the goods. Where the use is purely descriptive it will of course fall within the absolute grounds for refusal set down in section 3(1)(c) of the Act." DAVIES, Gillian, *Celebrity and Trade Marks: the next installment*, *Scripted*, Volume 1, Issue 2, June 2004, DOI: 10.2966/scip.010204.230

⁹³ É de se notar a curiosa apreensão de Gama Cerqueira, no no. 174 de seu Tratado, ao cuidar do personagem e da celebridade no tocante às marcas, denotando sempre a autonomia do personagem em face da simples representação gráfica: "Tratando-se do retrato de pessoas célebres, de personagens históricas, ou da representação de personagens fictícias, quem primeiro o tiver adotado como marca está no direito de impedir o uso do retrato da mesma pessoa ou personagem para distinguir artigos similares, ainda que a pessoa seja representada em atitude diferente ou que o retrato se diferencie por detalhes diversos, pois, nesses casos, o que constitui ou caracteriza a marca é mais a personalidade representada do que o próprio retrato." Note-se que tal consideração é ainda mais pertinente a luz da atual lei, a respeito da qual dissemos: "8.1.7.1. Conciliação com outros tipos de proteção: direito autoral. Como vimos, não podem incorporar-se à marca registrada obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou outro titular. Assim, protege-se, no caso, direito exclusivo alheio. Superaram-se no texto vigentes algumas notáveis omissões do dispositivo anterior. Com efeito, somente era irregistrável o nome da obra; não havia referência, por exemplo, a seus personagens característicos, ou (o que é especialmente relevante no caso de marca) ao seu próprio texto. (...) Não pode integrar marca um desenho artístico, um nome, personagem ou texto de terceiros, salvo autorização, desde que haja possibilidade de proteção por direito autoral.". *Proteção da Marcas*, Lumen Juris, 2008.

⁹⁴ Nota-se também a hipótese de proteção da persona pela concorrência desleal, desde que haja *concorrência*. Como se lê em outro trecho deste estudo, Hermano Duval menciona mesmo a hipótese de uma proteção extra-

concorrencial das personas através da chamada concorrência parasitária. Este parecerista não subscreve essa hipótese. Como notou sobre nossa posição um aresto paulista: "Discorrendo acerca do parasitismo, Wilson Pinheiro Jabur, citando o Professor Denis Barbosa, leciona que "...apenas no caso de que se possa induzir confusão entre o público quanto à origem dos produtos ou serviços, ou quando possa ocorrer o denigramento do titular original, ou ainda diluição de sua marca no mercado, se teria algo contra o que se poderia argüir, no caso, alguma iniquidade da regra da livre concorrência. Ou seja, não é o parasitismo, mas a lesão sobre o parasitado que se visaria prevenir e compor" (BARBOSA, 2003, p.321) (Criações Industriais, Segredos de Negócio e Concorrência Desleal, Ed.Saraiva, série GVlaw). "Frise-se que a cópia servil ou o aproveitamento parasitário, ou seja, a imitação dos elementos característicos de um produto ou serviço ou estabelecimento, do aviamento de uma empresa, quando feito em seus aspectos funcionais, necessários para o funcionamento de um negócio semelhante, ou para a elaboração de um produto, ou prestação de um serviço, até pratica um ato de concorrência parasitária, mas este ato não é per si um ato ilícito nem de concorrência desleal." "A concorrência parasitária será a concorrência desleal, quando constatada neste ato a possibilidade de confusão entre produtos, serviços e estabelecimentos de origens distintas." TJSP, APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 648.585-4/9-00, Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Reis Kuntz, 06 de agosto de 2009.

⁹⁵ "Yet a review of the cases and literature reveals that no one seems to be able to explain exactly why individuals should have this right. A right of privacy can't justify it, for the right of publicity has been applied in a wide range of situations that don't implicate privacy at all. Some commentators have proposed a natural or moral right of control over one's name or likeness, but there seems no policy justification for giving such control, and the absence of such a right in most of the world and indeed throughout most of U.S. history should make us skeptical of claims based on some consensus moral belief. The moral claim to own uses of one's name also seems inconsistent with the absence of natural or moral rights justifications for other forms of intellectual property. Of late, and particularly in the merchandising and dilution-like cases, courts and commentators have turned to the incentive-based rationale underlying copyright law in search of both a justification for and limitations on the right of publicity. Reasoning that the right of publicity gives individuals the incentive to develop valuable personas, courts reason that depriving them of the fruits of their labors will interfere with those economic incentives. Some courts have even gone so far as to create a fair use doctrine, importing from copyright law judicially created limits on the enforcement of the right. This approach turns the right of publicity into a new form of intellectual property, one based explicitly on analogies to and justifications for real property. (...)A proper understanding of the right of publicity would draw more

completely on trademark principles, limiting the right to circumstances in which the use of an individual's name or likeness is either likely to confuse consumers or is likely to dilute the significance of a famous name." DOGAN, Stacey L. and LEMLEY, Mark A., What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law. Stanford Law Review, Vol. 58, p. 1161, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=862965>. Note-se, porém, que na análise de Posner, essa perspectiva apenas atenderia a um dos interesses econômicos das celebridades, e não a ambos.

.Quint. 2, 4, 2 : haec res agetur nobis, vobis fabula, Plaut. Capt. prol. 52 : peregrino narrare fabulas, id. Men. 5, 1, 24 : num igitur me cogis etiam fabulis credere? quae delectationis habeant quantum voles ... auctoritatem quidem nullam debemus nec fidem commenticiis rebus adjungere, etc., Cic. Div. 2, 55, 113 ; cf.: fictis fabulis, id. Mil. 3, 8 : antiquitas recepit fabulas, fictas etiam nonnumquam incondite, id. Rep. 2, 10; cf.: a fabulis ad facta venire, id. ib. 2. LEWIS, SHORT, Ed. A Latin Dictionary, Clarendon Press, 1879.

⁹⁷ “Já Tulio Ascarelli, em sua Teoria de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales (ed. espanhola de 1970), estabelece a diferenciação entre o ato de criação e a criação intelectual objetivamente identificável (pp. 264 e ss.), a qual, por sua vez, se contrapõe às coisas nas quais se exterioriza. (...) Ascarelli emprega a expressão bem imaterial para indicar a criação intelectual individualizada e tutelada, objeto de um direito absoluto, e não em contraposição às coisas corpóreas (p. 286).” SILVEIRA, Newton, Propriedade imaterial e concorrência, Revista dos Tribunais | vol. 604 | p. 264 | Fev / 1986 | DTR\1986\66. De outro lado, pode argumentar-se que a ato intelectual não seja pressuposto de proteção pela propriedade intelectual: "(...) em relação às marcas e outros sinais distintivos, que não podem ser considerados como concepções ou criações intelectuais. (...) tratando-se de marcas que se distingam pelo seu cunho artístico, como verdadeira criação ou concepção intelectual, o direito resultante dessa criação constituiria propriedade artística de seu autor e, como tal, deveria colocar-se na primeira categoria das produções intelectuais." GAMA CERQUEIRA, João da, Tratado, no. 127. Por isso distinguimos como elemento inaugural do direito sobre a marca a *criação como marca*. Como noto em nosso Proteção (2007): "Neste sentido, a criação não se identifica com a criação no conceito do direito autoral, por exemplo, do elemento figurativo (inventio). Essa "criação" de que se fala aqui é a concepção de que um signo, nominativo ou figurativo, seja empregado para os fins de distinção de um produto ou serviço no mercado. Ou seja, não é da criação abstrata, mas da afetação do elemento nominativo ou figurativo a um fim determinado - é a criação como marca. Assim, pode-se simplesmente - por exemplo - tomar um elemento qualquer de domínio público e dedicá-lo ao fim determinado, ou obter em cessão um elemento figurativo cujo direito autoral seja de terceiros, e igualmente afetá-lo ao fim marcário, em uso real e prático.

⁹⁸ BARBOSA, Denis Borges, O que o direito tem a ver com a criação, *in* In: Marcos Wachowicz. (Org.). Propriedade Intelectual e internet. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

⁹⁹ [Nota do original] "Scientific discoveries, the remaining area mentioned in the WIPO Convention, are not the same as inventions. The Geneva Treaty on the International Recording of Scientific Discoveries (1978) defines a scientific discovery as "the recognition of phenomena, properties or laws of the material universe not hitherto recognized and capable of verification" (Article 1(1)(i)). Inventions are new solutions to specific technical problems. Such solutions must, naturally, rely on the properties or laws of the material universe (otherwise they could not be materially or "technically" applied), but those properties or laws need not be properties or laws "not hitherto recognized." An invention puts to new use, to new technical use, the said properties or laws, whether they are recognized ("discovered") simultaneously with the making of the invention or whether they were already recognized ("discovered") before, and independently of, the invention". Encontrado em <http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/pdf/ch1.pdf>, visitado em 15/3/2011. Vide Friedrich-Karl Beier & Joseph Straus, Der Schutz Wissenschaftlicher Forschungsergebnisse: Wugleich eine Würdigung des Genfer Vertrages über die Internationale Eintragung Wissenschaftlicher Entdeckungen (1982) (F.R.G).

¹⁰⁰ [Nota do original] Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)

¹⁰¹ "Portanto, diversamente da tutela constitucional e da civil, a tutela autoral tem como finalidade a proteção não da imagem em si mesmo considerada, mas sim da obra resultante do uso da imagem por meio de processo de criação intelectual." RODRIGUES, Cláudia, op. cit. "Portanto, para o Direito de Autor a noção de obra sempre pressupõe um processo de criação, considerado tanto no seu aspecto dinâmico (ato criativo) quanto no aspecto do resultado do esforço intelectual. Pierre-Yves Gautier compara-o à geração humana: "En suite, le processus de création artistique ne serait autre qu'un enfantement, analogue à celui de l'être humain: l'oeuvre est conçue – c'est l' <idée>; puis intervient la gestation: préparation, assemblage, coordination (plan) croissance – c'est la <composition>; enfin, l'oeuvre vient au monde: écriture du roman, de lapièce, du scénario – c'est l' <expression>; l' art. L. 112-1 C. prop. Int., employant les mots <forme d'expression> irait en ce sens". No entanto, como muito bem observa Zara Algardi, o momento da existência da obra intelectual é juridicamente distinto do processo da criação intelectual na medida em que este somente produz efeito jurídico para o Direito de Autor no momento em que a obra é concretizada. Isto porque nem "todo trabalho conclui-se como obra". Dessa noção decorre a preceito de que objeto da tutela legal é a obra intelectual

enquanto realidade objetiva, embora imaterial, e não o processo de criação intelectual em si, seja como uma abstração, seja como projeto." SANTOS, Manoel J. Pereira dos, BARBOSA, Denis Borges, A questão da autoria e da originalidade em direito de autor, in SANTOS, JABUR e BARBOSA, Org., Direitos Autorais, Publicações GVLaw, Saraiva, 2012

¹⁰² E certamente distingue o campo do direito de personalidade em face do direito de autor: "Pretender classificar o direito à imagem dentre os direitos do autor é ignorar o traço essencial que um invento deve ter para ser considerado obra intelectual, qual seja, a criatividade. Somente as obras intelectuais são passíveis de proteção pelo direito autoral. Todavia, a imagem humana carece de qualquer ato de criação por parte de seu titular. Sendo assim, não há como sustentar a teoria de que o direito à imagem seja espécie de direito autoral. [...] Não tem mérito e nem participação na produção de sua imagem, mas apenas a recebeu como dádiva divina." FACHIN, Zulmar Antonio. A proteção jurídica da imagem. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.61 Ainda: "A imagem não pode ser protegida pelo direito autoral, porque este se ocupa em proteger as criações intelectuais, enquanto aquela é uma expressão da personalidade humana, sem ser criação intelectual". op. cit., p.62).

¹⁰³ BARBOSA, Denis Borges e SANTOS, Manoel J. P. dos, Os requisitos da forma livre e da originalidade na proteção de textos técnicos e científicos, in SANTOS, JABUR e BARBOSA, Org., , Direitos Autorais, Publicações GVLaw, Saraiva, 2012.

¹⁰⁴ [Nota do original] <http://www.wipo.int/about-ip/fr/>, visitado em 28/7/2010. O texto correspondente em outros idiomas é: "*Intellectual property (IP) refers to creations of the mind: inventions, literary and artistic works, and symbols, names, images, and designs used in commerce*"; "*La propiedad intelectual (P.I.) tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio*".

¹⁰⁵ [Nota do original] *Traité Théorique Et Pratique Des Brevets D'invention* 1899, n. 15

¹⁰⁶ [Nota do original] A lei anterior dispunha de forma similar: " Art. 6º. São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas..."

¹⁰⁷ [Nota do original] PILA, Justine, Copyright and Its Categories of Original Works, *Oxford J Legal Studies*, 2010, 30 (2), p. 229, demonstra que até agora os sistemas jurídicos não conseguem superar a essa construção pragmática.

¹⁰⁸ BARBOSA, Denis Borges e SANTOS, Manoel J. Pereira, Os requisitos da forma livre e da originalidade na proteção de textos técnicos e científicos, op. Cit. .

¹⁰⁹ [Nota do original] Embora se pudesse argumentar que a proibição de proteger tais formulários manifestasse mais uma instância de falta de originalidade, na verdade entendo ter-se aqui uma restrição de política pública. Pode haver originalidade em formulários, como nota CHISUM, Donald S. & JACOBS, Michael. Understanding Intellectual Property Law . United States of America. Ed. Matthew Bender & Company Incorporated, 1995, p. 26-31: In *Harcourt; Brace & World*, [Harcourt, Brace & World Inc. v. Graphic Controls Corp., 329 F. Supp. 517, 171 U.S.P.Q. 219 (S.O. N.Y. 1971)] 73 *the district court upheld the copyrightability of printed answer sheets for standardized tests designed to be corrected by optical scanning machines. The answer sheets embodied original expression: "(T) he area for originality of design is limited by the requirements of the optical scanning machine used However, within these confines the designer may structure the division of response positions across the page, may ask what information (name, age, date, etc.) the student should record on the face of the answer sheet, may devise the symbolic code indicating what question is being asked and what possible alternative answer slots may be selected, may insert any instruction explaining how to use the answer sheet in conjunction with an examination, may set forth examples illustrating such use, etc. . . . The creation of an answer sheet requires the skill, expertise and expertise and experience together with the personal judgment and analysis of the designer or author."*

¹¹⁰ [Nota do original] Claude Colombet, Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droits Voisins dans le Monde, 2a. Ed. LITEC/UNESCO, 1992, p. 10 « *En effect, le droit d'auteur créant un monopole au profit du createur, droit qui est vigorseusement sanctionné, il serait paralysant de tolerer cette mise sous tutelle des idées; les créations seraient entravées par la necessité de réquerir l'autorisation des penseurs: on imagine, par exemple, que dans le domaine scientifique, toute narration des progrès serait difficile puisqu'elle imposerait l'accord des savants, dont les idées auraient été à la base de decouvertes (...) Aussi cette exclusion des idées du domaine d'application du droit d'auteur este-elle une constante universelle* ».

¹¹¹ [Nota do original] Colombet, op. cit., p. 16.

¹¹² [Nota do original] Encontrado em <http://novoirisalagoense.blogspot.com/2006/03/primeiro-relatrio-graciliano-ramos.html>, visitado em 29/7/2010. Desses relatórios nasceu o convite de Augusto Frederico Schmidt, que levou Graciliano a escrever e publicar Caetés (1933).

¹¹³ Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais. Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: (...)VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

¹¹⁴ Tendo em vista a natureza do direito de autor, a interpretação extensiva da exceção em que se traduz o direito de citação é admitida pela doutrina. Essa admissão tanto mais se justifica quanto é certo que o inciso III do artigo 49 da Lei 5988/73 é reprodução quase literal do artigo 666 do Código Civil, redigido este numa época em que não havia organismo de radiodifusão, e que, na atualidade, não tem sentido que o que é lícito, em matéria de citação para a imprensa escrita, não o seja para a falada ou televisionada. A mesma justificativa que existe para o direito de citação na obra (informativa ou crítica) publicada em jornais ou revistas de feição gráfica se aplica, evidentemente, aos programas informativos, ilustrativos ou críticos do rádio e da televisão. Recurso extraordinário não conhecido”. Recurso Extraordinário Nº 113.505-1 – Rio de Janeiro – 1º Turma – S.T.F. – 28.2.1989 – Ministro Moreira Alves.

¹¹⁵ Pelo contrário, autores há que expõem categoricamente a imagem-atributo do campo autoral. "Na lei civil a proteção à imagem é feita por meio de limitações impostas ao seu uso. Já na lei autoral o que se protege não é a imagem em si mesmo considerada, mas sim qualquer forma de reprodução da imagem que se assente em ato criador. O traço distintivo entre a imagem enquanto direito da personalidade e como direito de autor assenta-se no ato criador, bastando que falte o elemento da criação intelectual para que o direito à imagem não pertença a este. Ao direito autoral interessa apenas a imagem-retrato, isto é, a imagem enquanto representação gráfica da figura humana mediante um procedimento técnico ou mecânico de reprodução." RODRIGUES, Cláudia, Direito autoral e direito de imagem, Revista dos Tribunais | vol. 827 | p. 59 | Set / 2004 | DTR\2004\563. D' Elboux, Sonia Maria, A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade: tensões e limites, Tese de Doutorado, FDUSP, 2005 também manifesta crítica quanto à noção de imagem-atributo como objeto singular de direitos.

¹¹⁶ Sobre a questão, disse Bittar: "26. Acentue-se, de outro lado, que recebem proteção tanto as obras em si como os títulos, os personagens, os nomes, as expressões e elementos outros que as integram, pois o Direito

de Autor protege a forma externa e a interna da criação (V. na doutrina, dentre outros tantos autores: Mário ARE. "L'oggetto del Diritto di autore". Milano: Giuffrè, 1963, p. 130 e s.; Tullio ASCARELLI, "Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales". trad., Barcelona: Bosch, 1970, p. 34 e s. e 163 e s.; Roben PLAISANT. "Le droit des auteurs et des artistes exécutants". Paris: Delmas, 1970, p. 15 e s.; LE TARNEC. op. cit., p. 193 e s.; François VALANCOGNE. "Le titre de roman, de journal, de film, sa protection". Paris: Sirey, 1963, p. 59 e s. e 305 e s. 27. Ficam, então, proibidos quaisquer usos que não provenham de autorização e que importem, de outra parte, em modificação ou alteração unilateral da expressão da obra, ou de seus personagens, ou de seu título, ou, enfim, de qualquer componente ou parte criativa de seu contexto." (BITTAR, Carlos Alberto, Direitos Autorais Sobre Personagens de Desenho Animado). O Autor aponta - como apoiando a proteção de personagens - Henri JESSEN. "Derechos intelectuales". Santiago: Tipografia Stanley, 1970, p. 39 e s.; em seus próprios livros, "Direito de Autor". Rio: Forense Universitária, 1992, p. 14 e s.; "Contornos atuais do Direito de Autor". SP: RT, 1992, p. 13 e s.; e "A Lei de Direitos Autorais na jurisprudência". SP: RT, 1989, p. 13 e s. e 16 e s.). Mais recentemente, e tomando a questão do personagem no âmbito do direito conexo, vide ABRÃO, Eliane Y., Personagem: algumas considerações à luz do direito, Revista da ABPI nº 90 - Set/Out 2007 p. 3-8.. No direito estrangeiro, vide KRISHNAWAT, Dharmveer Singh, 'Protection of Cartoon Characters under Intellectual Property Law Regime: An Analysis of Copyright and Trademark Laws(May 29, 2007). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=989577>.

¹¹⁷ Vide, além dos julgados citados adiante neste estudo, sempre no tocante a *imagens*: "“É indubitável que o alegado conflito de normas alegado pela culta magistrada é apenas aparente, na medida em que o fato apontado nas indagações policiais consistiu, a priori, na reprodução desautorizada de figuras de desenho animado e histórias em quadrinhos concebidas e criadas pelo engenho intelectual de seu autor, diferentemente do que ocorre com um nome ou uma marca industrial ou comercial, cujo objeto é apenas o da obtenção do lucro pelo uso da marca ou nome .O produto da criação intelectual, embora secundariamente possa vir a ser objeto de lucro, originalmente consiste em uma necessidade vital de exprimir através de qualquer sinal externo as concepções, pensamentos, ideias e ambições de seu autor, independentemente de sua aceitação ao meio ao qual se dirige. (...) As criações intelectuais representadas pelos desenhos de Walt Disney, que aparecem em filmes, na televisão, em revistas, jornais, confecções, etc., constituem criações do respectivo autor que mantém direito sobre elas e que não podem ser reproduzidas sem ordem expressa de quem as pode emitir.[Incorporando o parecer do MPF]. " STJ, Resp 19.866-0,Quinta Turma, Ministro Costa Lima, DJ, 18.05.1992." Dessarte, antes de tudo, personagens como os anotados pelas empresas que aqui se entendem prejudicadas (Pernalonga, Patolino, Piu-Piu, Frajola, Flintstones etc.) não seriam representativos de simples

marcas registradas, postos sob a proteção da Lei nº 9.279/96. É que, na essência, quando da utilização de imitações fraudulentas ligadas a tais figuras, colocando-as em produtos destinados à venda, com evidente intuito de lucro e sem dispor de autorização a cargo de quem lhes detenha a titularidade, o agente não está, propriamente, visando violar a marca da mercadoria, mas sim valer-se da atração que ditos personagens exercem sobre clientes em potencial." TJMG, Conf. Neg. de Jurisd. nº 1.0000.05.429471-5/000(1), 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Des. Beatriz Pinheiro Caires, 25 de janeiro de 2007. Revista Forense - Vol. 395 Jurisprudência Penal, Pág. 598. Apelação Cível - Direito Autoral - Ação de reparação de prejuízos decorrentes da comercialização não autorizada de tecidos estampados com personagens registrados(...) Substrato probatório que confirma a ocorrência de lesão aos direitos autorais - Teoria Da Circulação - Exegese Dos Arts. 6º, VIII, 21, 30, IV, 123 E 124, da então vigente lei N. 5.988/73, Superada Pela Lei N. 9.610/98, que manteve o mesmo grau de proteção - Decisão Mantida - recurso conhecido e desprovido. TJSC, AC 2002.014193, 3ª. Câmara de Direito COMERCIAL, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, 2/06/2005. "...os desenhos do Patolino, Piu-Piu, Frajola, Taz entre outros, cujos direitos autorais as recorrentes são detentora não se tratam de marcas do produto, e sim figuras empregadas no comércio com o intuito de aumentar as vendas, pela chamatividade dos personagens das historietas, mas nem por isso deixam de ser a expressão intelectual de seu autor, gozando da proteção da Lei dos Direitos Autorais" (TJSP - RSE 329.175-3/8 -SP, Rei. Pedro Gagliardi, j. 19.04.2001, v.u.). "Destarte, é possível entrever que os personagens, cujos direitos pertencem às empresas já mencionadas, não são marcas, tendo em vista que esses desenhos são inábeis para apontar distinção dos produtos ou mercadorias que carregam suas estampas, ou mesmo para diferenciar seus fabricantes", TJSP, HC 00970836.3/5-0000-000, 13ª Câmara do 7º. Grupo da Seção Criminal, Des. Rene Ricupero, 24 de agosto de 2006. Ainda: TJRS, AC 596062497. Quinta Câmara Cível, Araken de Assis, 03/04/1996 e TJRS, AC 595175720, Quinta Câmara Cível. Des. Clarindo Favretto, 03/04/1996. E um caso particularmente picaresco: TJSP, AC 293.386-4/9, Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, Des. Carlos Teixeira Leite Filho, 14 de junho de 2007,

¹¹⁸ Vide, por exemplo, RODRIGUES, Cláudia, Direito autoral e direito de imagem, Revista dos Tribunais | vol. 827 | p. 59 | Set / 2004 | DTR2004\563.

¹¹⁹ Cabe questionar-se na verdade se existe a plenitude de direitos morais sobre os personagens, aqui tratados no campo estritamente autoral. Num acórdão onde se negaram direitos morais sobre personagens, disse o tribunal paulista: "Considera-se que os autores, de um modo geral, não aceitam alterações de suas obras artísticas, porque isso representaria um golpe intelectual e de consciência. Porém, nos casos das telenovelas,

os autores não desconhecem as imposições de mercado, sabido que os rumos das histórias são guiados pelo interesse popular, existindo empresas que são contratadas para coletar informações dos telespectadores, exatamente para sentir, mediante pesquisa de campo, a atmosfera do drama que se desenrola no dia a dia das pessoas. Quando a opinião pública interage com determinado personagem, a direção aumenta sua figuração e quando as pessoas cansam de um deles, é momento de fazê-lo desaparecer. Portanto, o enredo muda para cumprir uma lógica de mercado que é medido pelo Ibope, o que obriga celebrar cláusula que reserva a palavra final à direção artística e administrativa." TJSP, AC 258.236-4/9-00, Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, unânime, Ênio Zuliani, 15 de fevereiro de 2007.

¹²⁰ François Dessemontet, tratando do direito suíço, mas mencionando o contexto europeu do direitos do interprete em relação a "seu" personagem, assim descreve: "12. Deux principes s'en dégagent avec netteté : a) "L'acteur a le droit de ne paraître que dans des films et sous des aspects ou personnalités qu'il estime conformes à ses convenances artistiques ou à l'intérêt de sa carrière, sans qu'il puisse lui être opposé un usage quelconque". 13. b) Il s'ensuit que "les artistes interprètes sont fondés à exiger que leur interprétation ne reçoive pas d'autre utilisation que celle par eux autorisée". DESSEMONTET, François, Les droits des acteurs face à la digitalisation, <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/Dt%20des%20auteurs%20digitalisation.pdf>. O tema central deste autor, aliás, é a interessantíssima questão dos direitos dos intérpretes em face da manipulação digital de seus personagens.

¹²¹ ABRÃO, Op. Cit.

¹²² A autora ainda nota um pronunciamento judicial sobre a autonomia de personagem como objeto singular de direitos: "Em recente demanda que teve lugar na cidade de São Paulo (23ª Vara Cível, autos nº 643.118-2), em que co-titulares de marca de personagem, na qualidade de sócios de empresa, disputavam a autoria intelectual de um determinado personagem humorístico, a sentença julgou improcedente o pedido de declaração de coautoria, baseada em provas, e declarou autor do personagem apenas um dos coautores. Voto do relator em sede de Agravo de Instrumento (190.997-4/6), apreciando pedido de concessão de tutela antecipada, condiciona-a à declaração de autoria em função da valoração das provas: "Em sendo controvertidos e dependentes de apuração judicial os direitos de criação e de utilização do personagem e da marca 'Homem Cucca', não era caso de deferimento da medida prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil- Mínimos os benefícios com a cessão pretendida de uso do personagem pelo autor - Se a lei especial prevê, como penalidade a quem tenha direito de coautor e utilize personagem sem autorização do outro autor,

perdas e danos, inadmissível vedação de sua utilização, se inexistentes motivos sérios para suspeitar de insolvência do requerido - Recurso não provido".

¹²³ Em adição à precisa análise da autora, vale notar que, no anexo ao dec. 82.385 de 05 de outubro de 1978, consta como elemento da definição da profissão de diretor de arte cinematográfico: "Diretor de Arte: Cria, conceitua, planeja e supervisiona a produção de todos os componentes visuais de um filme ou espetáculos, traduz em formas concretas as relações dramáticas imaginadas pelo Diretor Cinematográfico e sugeridas pelo roteiro; define a construção plástico-emocional de cada cena e de cada personagem dentro do contexto geral do espetáculo (...). O mesmo decreto ainda menciona a construção de personagem, mas como imagem gráfica, quanto aos desenhos animados. Ainda, lê-se na Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978: Art. 10 - O contrato de trabalho conterá, obrigatoriamente: (...) IV - título do programa, espetáculo ou produção, ainda que provisório, com indicação do personagem nos casos de contrato por tempo determinado;

¹²⁴ Lembre-se que não pareceria impossível classificar esse aproveitamento de personagens *típicos, dotados de suficiente poder distintivo* (o que adiante se caracterizará como o núcleo da persona como obra), como parasitismo. DUVALL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 314-319. "Finalmente, passando ao Direito Autoral, a imitação de personagens típicos, dotados de suficiente poder distintivo, como Buffalo Bill, Nick Carter, os Quatro Mosqueteiros, Sherlock Holmes, o whisky Johnny Walker, Topolino, Charles Chaplin, o Tigre da Esso etc., podem, como desenhos artísticos, ser protegidos contra a CP (Fusi, op. cit., nº 28). Do exposto, resulta que a autonomia da Concorrência Parasitária, segundo conhecido trabalho do especialista Yves St. Gal, define-se como "a imitação da criação alheia" com que se está em relação de concorrência ou dos "processos de aproveitamento dos esforços, do renome ou da reputação alheios, mesmo fora da relação de concorrência" (consulte-se "Conc. déloyale et conc. parasitaire", in *Rev. Int. Prop. Int.*, 1956, pág. 36). De tal conceituação aproximou-se, no ano seguinte, o erudito Tullio Ascarelli quando referiu-se ao nódulo do "aproveitamento da fama" ou do "aviamento" alheios (*Teoria della conc.*, Milano, 1957, pág. 193). Pela mesma época, Franceschelli, grande especialista na CP, estendeu-a "à adoção mais ou menos imediata, se não integral, de qualquer iniciativa de terceiro" (consulte-se "Conc. parasitaria", in *Riv. Dir. Ind.*, 1956, vol. I, pág. 265)."

¹²⁵ Como nota precedente judicial de Hong Kong: "I see no reason why that should not be applied to a case where a character is created not by the actor but by the script writer or by others responsible for the production. The advent of radio and television has given us numerous examples of parts in serial programmes which have been played for a time by one actor and subsequently by another actor. No doubt the newcomer

has brought his own interpretation to the part (not always with the approval of the listeners or viewers) but the character remains essentially the same. If that character still attracts the listener or viewer and induces him to watch the programme, there is the goodwill which has attached to the programme and constitutes the property in the character." Shaw Bros (HK) Ltd v. Golden Harvest (HK) Ltd [1972] R.P.C. 559.

¹²⁶ ANDRADE, André; RAMOS, Carolina Tinoco. Proteção autoral de personagens na era da informação. Revista Criação do Instituto Brasileiro da Propriedade Intelectual, n. 2, ano 1, p. 103-114, 2009. Parte de um pleito de interesse acadêmico pessoal deste parecerista, o estudo em questão representou contribuição pessoal, independente e valiosa de seus autores.

¹²⁷ [Nota do original] "Personagem: [Do fr. *personnage*.] *S. f. e m.* 1. Pessoa notável, eminente, importante; personalidade, pessoa. 2. Cada um dos papéis que figuram numa peça teatral ou filme, e que devem ser encarnados por um ator ou uma atriz; figura dramática. 3. P. ext. Cada uma das pessoas que figuram em uma narrativa, romance, poema ou acontecimento. 4. P. ext. ser humano representado em uma obra de arte." (FERREIRA, 1999). [FERREIRA, A. B. de H. *Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Lexicon Informática, 1999]

¹²⁸ Nota do parecerista: Antonio Chaves refere-se à questão em outro texto, "A lei não protege apenas a criação literária ou artística como um todo; ampara também cada um dos seus elementos constitutivos: denominação, idéia central, roteiro e desenvolvimento, personagens, cenários, música, diálogos, descrições, criações de moda, etc." (Antonio Chaves, "Direito de Autor", Forense, 1987, . 174/175).

¹²⁹ ABRÃO, E. *O que é propriedade imaterial. A disciplina: Seu conteúdo e limites*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1177>>. Acesso em 26 mai. 2008

¹³⁰ [Nota do original] Outras decisões a respeito de proteção de personagens foram encontradas: STJ, Resp 19866/RS, Min. Rel. Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julgado em 04/05/1992, DJ 18/05/1992, p. 6988; e TJES, AgI 035.06.900077-2, Des. Rel. Rômulo Taddei, Terceira Câmara Cível, julgado em 16/05/2006, DJ 29/05/2006. Entretanto tratavam da imagem das personagens e não das personagens em si e, portanto, não foram consideradas.

¹³¹ [Nota do original] Antonio Candido ainda apresenta a distinção entre personagens de costumes e personagens de natureza: "As 'personagens de costumes' são, portanto, apresentadas por meio de traços distintivos, fortemente escolhidos e marcados; por meio, em suma, de tudo aquilo que os distingue vistos de

fora. Estes traços são fixados de uma vez para sempre, e cada vez que a personagem surge na ação, basta invocar um deles. (...) As 'personagens de natureza' são apresentadas, além dos traços superficiais, pelo seu modo íntimo de ser, e isto impede que tenham a regularidade dos outros. Não são imediatamente identificáveis, e o autor precisa, a cada mudança do seu modo de ser, lançar mão de uma caracterização diferente, geralmente analítica, não pitoresca." (CANDIDO, 2007, p. 119).

¹³² Ilustram os autores: "Ainda que tal conceito possa, à primeira vista, parecer estranho, é possível uma obra derivada de personagem e o universo da ficção está repleto de exemplos. As personagens "Looney Tunes" possuem vários exemplos de personagens derivadas de outras cuja existência lhes antecede, mantidas suas características principais, ainda que sejam, por sua vez, inseridos em contextos e enredos novos. Exemplos desses são a personagem 'Perninha', versão (derivação) mais jovem da personagem 'Perna Longa', e 'Plucky', personagem derivada de 'Patolino'. Essas derivações das personagens "Looney Tunes" da Warner Brothers chamam-se "Tiny Toons" e são a versão adolescente das primeiras, que já se encontravam em fase adulta."

¹³³ A observação, aliás, é do Juiz Learned Hand: " It follows that the less developed the characters, the less they can be copyrighted; that is the penalty an author must bear for marking them too indistinctly." Learned Hand, Nichols v. Universal Pictures, Corp 45 F. 2d 119, 121 (1929).

¹³⁴ BARBOSA, Denis Borges, Tratado da Propriedade Intelectual, Lumen Juris, 2010, vol. I, Cap. , [4] § 1. 4. - *O estatuto jurídico das criações não objetivizadas*

¹³⁵ [Nota do original] Lei 9.610/98, Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

¹³⁶ [Nota do original] O filtro de qual bem incorpóreo nasce dotado de exclusiva autoral, e o que não tem exclusiva, é dado, essencialmente, pelo art. 8º da mesma Lei.

¹³⁷ Op. Cit. Loc. Cit., [4] § 1. 2. - Os pressupostos da criação intelectual: originador e criação

¹³⁸ Como dizia Vicente Rao, O direito e a vida dos direitos., v. 2, n. 195: "Chamam-se pertences as coisas destinadas e emprestadas ao uso, ao serviço, ou ao ornamento duradouro de outra coisa, a qual, segundo a opinião comum, continuaria a ser considerada como completa, ainda que estes acessórios lhe faltassem: tais são as coisas imóveis por destino, os acessórios que servem ao uso das coisas móveis como o estojo das joias,

a bainha da espada etc.". "Pertença não é parte integrante, nem essencial, nem não-essencial (5. Umrath, Der Begriff des wesentlchen Bestandtes, 74 s.). O que não é parte integrante da coisa, mas se destina a servir ao fim, econômico ou técnico, de outra coisa, inserindo-se em relação específica, (...)" PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, vol. II, § 143. Pertenças.

¹³⁹ BARBOSA, Denis Borges ; RAMOS, C. T. ; MAIOR, R. S. . O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

¹⁴⁰ ANDRADE, André; RAMOS, Carolina Tinoco. *Proteção autoral de personagens na era da informação*. Revista Criação, n. 2, ano 1, p. 103-114, 2009.

¹⁴¹ [Nota do Original] Essa divisão encontra amparo na literatura específica e encontra correspondência no que Antonio Candido aponta que é chamado de personagens esféricas e personagens planas, ou ainda personagens de costumes e personagens de natureza. CANDIDO, Antonio; GOMES, Paulo Emílio Salles; PRADO, Décio de Almeida; ROSENFELD, Anatol. *A personagem de ficção*. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 61-63.

¹⁴² BARBOSA, Maria Angelica Teixeira. A Constituição de Auto-Traço Personagens Famosos. 2007. Monografia. (Aperfeiçoamento/Especialização em Especialização Em Propriedade Industrial) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Denis Borges Barbosa

¹⁴³ "Imagem, forma de certo modo desconcertante por situar-se a meio-caminho entre o concreto e o abstrato [porque pode ser inventada, criada, falsificada pelo interesse de seu emissor], é um princípio gerador de real – mas o real do “quase”: quase-presença, quase-mundo, quase-verdade.' SODRÉ, Muniz. Pensar como Debord. In: GUTFRIED, Cristiane Freitas; SILVA, Juremir Machado da (org.). Guy Debord: antes e depois do espetáculo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

¹⁴⁴ ¹⁴⁴ [Nota do original] ROSENFELD, Anatol e outros. A personagem de ficção. Perspectiva: 2007, p. 27.. p.27 a 31.

¹⁴⁵ "Pode-se ilustrar as consequências deste deslocamento com o conceito de verossimilhança, da teoria literária. A figura histórica de Napoleão, um homem nascido na Córsega e falecido em Santa Helena, que foi imperador da França, preenche o personagem Napoleão de Tolstoi, em Guerra e Paz. O reconhecimento da

pessoa empírica, histórica, contribui para a atmosfera do romance, mas o Napoleão de Tolstoi só existe no texto literário, e é construído para os fins literários. A tentativa de fazer corresponder o homem com o personagem resultaria em enfraquecimento do efeito estético; reversamente, um estudo histórico baseado no personagem seria um absurdo epistemológico. A verossimilhança vem a ser exatamente o aproveitamento estético desta presença de um mesmo elemento no mundo empírico e no universo romanesco. A fruição de um texto de ficção necessita de pontos de apoio, de pontes entre o mundo do leitor e o do romance; ao atravessar a ponte, e ao ter consciência que na outra margem, o Napoleão dos livros de História tem um outro valor, o valor que lhe atribui o sistema ficcional do livro, o leitor percebe que este sistema é diferente da estrutura do universo empírico. A eficácia da obra depende exatamente deste reconhecimento, pelo leitor, de que a narrativa é criação, e não descrição de fatos históricos." BARBOSA, Denis Borges, A Causa e a Autoridade (Porque Direito não é Ciência), in Estudos de Direito Público, Lumen Juris, 2003.

¹⁴⁶ Idem.Ibidem,p.48.

¹⁴⁷ [Nota do original] CANDIDO, Antonio e outros. Personagem de Ficção. Perspectiva: 2007, p. 55.

¹⁴⁸ [Nota do original] ROSENFELD, Anatol e outros. A personagem de ficção. Perspectiva: 2007, p. 27.

¹⁴⁹ [Nota do original] CANDIDO, Antonio e outros. Personagem de Ficção. Perspectiva: 2007, p. 58 e 59

¹⁵⁰ [Nota do original] STANISLAVSKI, Constantin. A Construção da Personagem. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira 2006,p.30 e 31.

¹⁵¹ [Nota do original] Idem.Ibidem.p.30 e 31.

¹⁵² [Nota do original] Idem.Ibidem.p.44 e 45

¹⁵³ "Invocando Charles Baudelaire: "Le poète jouit de cet incomparable privilege, qu'il peut à sa guise être lui-même et autrui", distingue o heterônimo, não somente do pseudônimo como do personagem de um romance ou de uma peça de teatro: o personagem é a criação de um autor, o heterônimo é um personagem que é um autor. Não basta que o autor nos diga que Barnabooth, Ricardo Reis e Álvaro de Campos são poetas, como Balzac nos diz que Canalis é um poeta; é necessário que nos mostre suas obras e que essas obras possuam individualidade e caráter próprios." CHAVES, Antonio, Obras Pseudônimas. Heterônimas. Anônimas., Revista dos Tribunais | vol. 695 | p. 7 | Set / 1993 | DTR\1993\635

¹⁵⁴ BARBOSA e SANTOS, op. Cit.

¹⁵⁵ [Nota do original] Quanto a isso, note-se a eminente discussão da impossibilidade de avaliação do "mérito" das obras no direito francês, tema que tanto tem a ver com a liberdade de expressão e a negativa de censura. Vide CARREAU, Caroline. *Mérite et droit d'auteur*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1981.

¹⁵⁶ [Nota do original} Citando aqui o acórdão do tribunal britânico: "*intended to afford instruction, or information, or pleasure in the form of literary enjoyment*". *Exxon v Exxon Insurance Corp*, [1982] Ch 119 (Ch).

¹⁵⁷ BARBOSA, Denis Borges, *Developing New Technologies: A Changing Intellectual Property System*. Policy Options For Latin America, SELA (1987): Some authors have remarked that the building up of a trademark by means of massive advertisement has much in common with the construction of a character in a novel; in both cases only sometimes the result is a "roman à clef" bearing any resemblance to reality." Mas quem é o autor da marca? BOSLAND, Jason. *The Culture of Trade Marks: An Alternative Cultural Theory Perspective*, Intellectual Property. Research Institute of Australia The University of Melbourne Intellectual Property Research Institute of Australia. Working Paper No. 13/05.: "Stephen Wilf suggests that by associating a symbol with an object, the public contributes to the authorship of trade marks. Because the meaning of a mark results not from the efforts of an individual trader but the interpretive acts of the public, Wilf argues that the public should be attributed ownership. Trade mark law, on the contrary, is said to incorrectly formalise the trade mark originator as the arbiter of meaning by recognising only the efforts of the originator in generating the meaning and interpretation of a trade mark". Numa análise mais informal, vide Gunnar Swanson: "For instance, in many ways Coca Cola does not own their brand. They own the trademark but the brand resides in the minds of a billion or so people around the world. The brand is what people think of the fizzy sugar water, what people feel when they see old red vending machines, thoughts of Santa Claus paintings, reactions to Mexican kids wearing t-shirts that say "Come Caca" in a script similar to the trademark, associations with American culture and politics. . .", <http://lists.webtic.nl/pipermail/infodesign-cafe/2004-June/1010478.html>, visitado em 26/10/2006. A referência se faz a Steven Wilf , Who Authors Trademarks? <http://www.law.uconn.edu/academics/ip/wilf.html>.

¹⁵⁸ ""In determining whether to grant a property right in a celebrity's persona, we might consider traditional liberal justifications in support of private property. The idea that people are entitled to the fruits of their own labor, and that property rights in one's body and its labor entail property rights in the products of that labor,

derives from John Locke [JOHN LOCKE. SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT. ch. 5 (Wm. B. Eerdmans Publishing Co. 1978) (1690)] and is persuasive as a point of departure. It does not, however, advance the argument in favor of exclusive property rights very far. As Edwin Hettinger [Edwin Hettinger, Justifying Intellectual Property, 18 PHIL. & PUB. An. 37 (1989)] remarks, "assuming that labor's fruits are valuable, and that laboring gives the laborer a property right in this value, this would entitle the laborer only to the value she added, and not to the total value of the resulting product." COOMBE, op. Cit

¹⁵⁹ BARBOSA, Denis Borges, O orientador é coautor?. Revista da Associação Brasileira de Direito Autoral, Rio de Janeiro, v. 1o., 2004: "Assim, pode-se entender que é autor aquele que exerce a liberdade de escolha entre alternativas de expressão. O exercício dessa liberdade não só configura a criação, mas indica seu originador. A liberdade aqui é de escolha dos meios de expressão e não do objeto da expressão. Lembram Lucas e Lucas, Traité de la Propriété Littéraire et Artistique, Litec, 1994, p. 67 : " L'oeuvre de l'esprit peut-elle se limiter à un choix ? L'article L. 112-3 CPI (L. 1957, art. 4) incline à répondre par l'affirmative en accordant le bénéfice du droit d'auteur aux "auteurs d'anthologies ou recueils d'oeuvres diverses qui, par le choix et la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles". On observera toutefois que, dans une interprétation littérale, le choix ne suffit pas ici à fonder la protection puisque l'activité créative doit également se manifester dans la "disposition des matières".-De manière générale, l'originalité de l'oeuvre se révélera parfois dans les choix effectués par l'auteur, par exemple dans le domaine de la photographie, mais il n'est pas possible d'admettre que le seul choix constitue une oeuvre. On ne saurait donc en principe accorder protection à des objets trouvés (ready-modes) revendiqués par leur "inventeur" en tant qu'oeuvres d'art. »

¹⁶⁰ "Giorgio Vasari, a contemporary of Michelangelo, explained how Michelangelo destroyed valuable works that he believed to be of inferior quality: [H]e often abandoned his works, or rather ruined many of them . . . just before his death he burned a large number of his own drawings, sketches, and cartoons to prevent anyone from seeing the labours he endured or the ways he tested his genius, for fear that he might seem less than perfect . . . [Giorgio Vasari, The Lives Of The Artists 418, 423-24 (Julia Conaway Bondanella & Peter Bondanella trans., Oxford Univ. Press 1998, supra note 7, at 472)]. Michelangelo could certainly have sold off these inferior drawings and sketches in order to benefit himself or his friends. Instead, where his reputational interests and financial interests appeared to diverge, he protected his reputation. Some might lament the loss of those destroyed drawings, and see Michelangelo's pursuit of a perfect reputation as excessive. But the paradox is that the reputation dynamic that drove Michelangelo to destroy his work was also the dynamic that drove him to strive for perfection and to create his most celebrated works. Michelangelo decided that only a certain quality of artistic work would further his reputational interests, and it was this type

of work that he struggled to produce.” Lastowka, The Trademark Function Of Authorship, Boston University Law Review [Vol. 85:1171, encontrado em <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/volume85n4/Lastowka.pdf>, visitado em 1/12/2011.

¹⁶¹ COOMBE, op. Cit. “Star images must be made, and, like other cultural products, their creation occurs in social contexts and draws upon other resources, institutions, and technologies. Star images are authored by studios, the mass media, public relations agencies, fan clubs, gossip columnists, photographers, hairdressers, body-building coaches, athletic trainers, teachers, screenwriters, ghostwriters, directors, lawyers, and doctors. Even if we only consider the production and dissemination of the star image, and see its value as solely the result of human labor, this value cannot be entirely attributed to the efforts of a single author. Moreover, as Richard Dyer shows, the star image is authored by its consumers as well as its producers; the audience makes the celebrity image the unique phenomenon that it is [See Richard Dyer. Heavenly bodies: film stars and society (1986); Richard Dyer. Stars (1979)].] Selecting from the complexities of the images and texts they encounter they produce new values for the celebrity and find in stars sources of significance that speak to their own experience. These new meanings of the star's image are freely mined by media producers to further enhance its market value. As Marilyn Monroe said in her last recorded words in public, "I want to say that the people-if I am a star-the people made me a star, no studio, no person, but the people did." [Dean MacCannell, Marilyn Monroe Was Not a Man, 17 DIACRITICS 114, 115 (1987)]. .. "O autor da fábula de uma ‘celebridade’ midiática é sempre coletivo. Afinal, o padrão de reconhecimento propiciado pelas mídias tem dimensão histórico-social. A trama e a intriga da narrativa vão, assim, sendo alimentadas e tecidas junto com as revelações pessoais da própria ‘celebridade’, as opiniões do jornalista, do amigo e do inimigo, as estratégias comunicacionais e os flagrantes dos paparazzi. Não se pode esquecer ainda que o folhetim da vida de uma celebridade é escrito também pelo público em geral. PIMENTEL, Márcia Cristina, A construção da celebridade midiática,, Contemporânea, no. 4, 2005, [Revista on-line do grupo de pesquisa Comunicação, Arte e Cidade da Faculdade de Comunicação Social da UERJ.] http://www.contemporanea.uerj.br/pdf/ed_04/contemporanea_n04_17_MarciaCris.pdf

¹⁶² Que optou por isolar-se na impossível solidão de sua casa na 450 East 52nd Street em Manhattan, em frente à qual este parecerista, como todo mundo a quem o caso favoreceu, a viu em 1982. Veja-se http://en.wikipedia.org/wiki/Greta_Garbo, visitado em 1/12/2011.

¹⁶³ BARBOSA e SANTOS, op. Cit.

¹⁶⁴ Vide BARBOSA, Denis Borges; RAMOS, C. T. ; MAIOR, R. S. . O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Dessa visão societal de originalidade como um valor objetivo, não discrepa a hipótese da marca pessoal do autor: "The practice of artistic signature persists today. It is neither a recent nor an exclusively Western phenomenon. Even where works are not signed by artists, one might argue that all artistic works are intimately bound up with the artist's identity, making the work itself a form of personal signature. Works of artistic production generally bear traces that may betray the true identity of the creator.⁷ In various small details, authors leave unconscious "fingerprints" on their works that, like handwriting, reveal their personal involvement with the creation.⁸ Just as an actor's facial expressions, style of walking, or manner of speech may be unconsidered yet potentially expressive, so an artist's efforts at self-expression are at least partially governed by unconscious mannerisms. And obviously, there are some conscious mannerisms that appear in authorial styles – certain skills, themes, interests, and ideologies are reliably associated with particular authors." Lastowka, op. cit.

¹⁶⁵ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes, e BARBOSA, Denis Borges, O Código da Propriedade Industrial Conforme os Tribunais, Comentado com Precedentes judiciais, Lumen Juris, 2012. Vide, em particular, LEWICKI, Bruno Costa. Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RISE, Maria Elaine , Das Limitações Aos Direitos Autorais, Lumen Juris 2008, LOPES, Cláudia Possi, Limitações aos Direitos de Autor e de Imagem. Utilização de Obras e Imagens em Produtos Multimídia, Revista da ABPI, (35): 27-35, jul.-ago. 1998. SANTOS, Manoel J. Pereira e BARBOSA, Denis Borges, As Limitações Aos Direitos Autorais, in SANTOS, JABUR e BARBOSA, Org., Direitos Autorais, Publicações GVLaw, Saraiva, 2012.

¹⁶⁶ Narra SANTOS, Manoel J. Pereira dos, Objeto e Limites da Proteção Autoral de Programas de Computador, Ed. Lumen Juris, 2008: " Eduardo Vieira Manso designa como "exceção" o gênero do qual as derrogações e limitações são as espécies (cf. Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações), São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 42/43), José de Oliveira Acensão entende que " os limites não são exceções " porquanto não há direitos absolutos e os limites são apenas regras negativas (Direito Autoral, 2ª. ed., ref. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 256; "O fair use no Direito Autoral", in Anais do XXII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2002, p. 94). Mas essas limitações aos direitos patrimoniais de autor eram

classificadas como exceções, entre outros, por Henri Desbois (Le Droit d'Auteur en France, 3e. ed., Paris: Dalloz, 1978, p. 312, 351)”

¹⁶⁷ BARBOSA, Denis Borges, Tratado da Propriedade Intelectual, vol. I, Cap. II, Lumen Juris, 2010, [4] § 5.7. (C) Da razoabilidade como limitação legal aos direitos

¹⁶⁸ Op. Cit.

¹⁶⁹ [Nota do original] SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, op. cit., p. 520-521. [SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. O Direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.]

¹⁷⁰ Op. Cit.

¹⁷¹ [Nota do original] “Direito à imagem e sua tutela”. In: *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*, pp. 98-99. [In: Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: Homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar. Coord. de Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.]

¹⁷² SANTOS, Manoel J. Pereira e BARBOSA, Denis Borges, As Limitações Aos Direitos Autorais, in SANTOS, JABUR e BARBOSA, Org., Direitos Autorais, Publicações GVLaw, Saraiva, 2012

¹⁷³ [Nota do Original] Vide CARRE, Stéphanie, op. cit., p. 30. [CARRE, Stéphanie. L'Interet du Public en Droit d'Auteur. Tese (Doutorado em Direito). - Universidade de Montpellier, Montpellier, 2004]

¹⁷⁴ [Nota do original] Zechariah Chafee Jr., em seu estudo sobre os seis pressupostos para o Direito Autoral, afirmava que, embora ninguém pudesse comercializar a obra de um autor, todos deveriam poder utilizá-la. Vide CHAFEE JR., Zechariah. Reflections on the Law of Copyright, *Columbia Law Review*, vol. 45, n. 4, pp. 503-529, 1945.

¹⁷⁵ [Nota do original] Vide Adolf Dietz, Germany, § 8[2][b][ii], *in*: GELLER, Paul Edward (coord.), *op. cit.*. [GELLER, Paul Edward (coord.). International Copyright Law and Practice. New York: Lexis Nexis, 2010]

¹⁷⁶ COOMBE, *op. cit.* "The Marx Brothers themselves might be seen as imitative or derivative works, whose creation and success as icons in popular culture derive from their own creative reworkings of the signifying repertoire of the vaudeville community. Contemporary stars are authored in a similar fashion. How much does Elvis Costello owe to Buddy Holly, Prince to Jimi Hendrix, or Michael Jackson to Diana Ross? Take the image of Madonna, an icon whose meaning and value lie partially in its evocation and ironic reconfiguration of several twentieth-century sex-goddesses and ice queens (Marilyn Monroe obviously, but also Jean Harlow, Greta Garbo, and Marlene Dietrich) that speaks with multiple tongues to diverse audiences. Descriptions of the Madonna image as semiotic montage abound."

¹⁷⁷ Vide FERNANDES, José Ricardo Oriá. A cultura no ordenamento constitucional brasileiro: impactos e perspectivas. In: Ensaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira. vol. 1. Brasília, 2008. SILVA, Vasco Pereira da. A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura. Coimbra: Almedina, 2007. PEREIRA, Larissa Alcântara. Direitos fundamentais mitigados: em busca de um novo direito de autor. Curitiba: UniBrasil, 2010. SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso. Rio de Janeiro: UERJ, 2010.

¹⁷⁸ "Nas modernas sociedades democráticas todas as pessoas devem ter acesso à cultura, pelo que, para além do direito fundamental de criação cultural, é preciso garantir igualmente o direito fundamental de fruição cultural. O direito de fruição cultural surgiu, assim, ligado à afirmação da necessidade do Estado criar condições de acesso de todas as pessoas aos bens culturais, ou seja, como um direito à actuação dos poderes públicos para obter tal resultado (com a "segunda geração" de direitos fundamentais), mas, nem por isso, ele deixa de possuir igualmente uma dimensão negativa, enquanto direito de defesa contra agressões de entidades públicas e privadas na "liberdade" individual de fruir tais bens (na lógica da "primeira geração dos bens culturais)." SILVA, Vasco Pereira da. A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura. Coimbra: Almedina, 2007.

¹⁷⁹ "Num processo muito conhecido pelos economistas da propriedade intelectual e pelos constitucionalistas, o criador sempre consome elementos da criação de autores precedentes, muitas vezes, mas não sempre, já em domínio público. Tal reaproveitamento - como transformação criativa - caracteriza longo período da história, pelo menos até a consolidação dos direitos de exclusiva. No contexto de uma produção expressiva para o

mercado de consumo de massa, como maximização de mercado e compressão do conteúdo inovador das obras, esse reaproveitamento de material prévio toma a forma de cópia de segmentos narrativos, de desenho de personagem, de situações já testadas perante o público. Mas essa figura de direito é particularmente importante para descrever ou conceituar a mudança introduzida por um originador sobre material intelectual preexistente, como ocorre no aperfeiçoamento das invenções, derivação das obras autorais ou de software, ou dos cultivares. Em cada um desses casos, aplica-se o princípio que a modificação constitui propriedade do modificador, sendo que no caso das leis autorais se exige para que tal se dê a autorização do titular da obra originária. Assim, é particularmente relevante na geração de bens incorpóreos relativos a criações intelectuais este reprocessamento de material alheio." BARBOSA, Denis Borges, Prefácio, in BARBOSA, D.B. (Org.) ; Lélío Denicoli Schmidt; Elisabeth Kasznar Fekete; Letícia Provedel; Marissol Gómez Rodrigues, Reivindicando a Criação Usurpada (A Adjudicação dos Interesses relativos à Propriedade Industrial no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁸⁰ "Nesse sentido, Jed Rubenfeld afirma que não se deve tomar o método do fair use como substituto da análise sobre os limites do direito autoral frente à liberdade de expressão, prevista na Primeira Emenda à Constituição norte-americana, pois o fair use seria "econocêntrico" ao direcionar os seus elementos para uma apreciação dos efeitos econômicos que o uso da obra causa ao seu autor ou titular dos direitos autorais. Segundo o autor: "A exceção do fair use ao direito autoral é largamente econocêntrica; ela é organizada em grande parte em torno da idéia de adequação aos interesses econômicos do titular do direito autoral." ("The freedom of Imagination: copyright's constitutionality", in Yale Law Journal, v.112, nº 01 (oct/2002); p. 19)." SOUZA, Carlos Affonso Pereira de Souza, O Abuso Do Direito Autoral, Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do Grau de Doutor em Direito Civil. Rio de Janeiro 2009.

¹⁸¹ "Saber se uma obra é originária ou derivada passa pela análise da quantidade criativa da segunda em relação à primeira. Em outras palavras, cabe saber se houve de fato uma transformação da obra primígena ou se há apenas a utilização de alguns de seus elementos pela obra derivada. Dessa forma, o que determinará se uma determinada obra é originária ou derivada será o quantum de grau mínimo criativo (contributo mínimo) que uma possui em relação à outra." RAMOS, Carolina Tinoco, Contributo ... op. cit. "In reviewing the U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit's rejection of 2 Live Crew's fair use defense, the Supreme Court [Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)] emphasized the lower court's error in giving essentially conclusive effect to the fact that the defendants had profited financially. The Court stated that the first fair use factor, the purpose and character of the use, focuses on determining "whether the new work

merely supersede[s] the objects of the original creation . . . or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is transformative.” The Court noted that the more transformative the use, the less important other considerations such as commercialism will be.” LANGVARDT e LANGVARDT, op. cit.

¹⁸² “We developed a test to determine whether a work merely appropriates a celebrity’s economic value, and thus is not entitled to First Amendment protection, or has been transformed into a creative product that the First Amendment protects. The “inquiry is whether the celebrity likeness is one of the ‘raw materials’ from which an original work is synthesized, or whether the depiction or imitation of the celebrity is the very sum and substance of the work in question. We ask, in other words, whether a product containing a celebrity’s likeness is so transformed that it has become primarily the defendant’s own expression rather than the celebrity’s likeness. And when we use the word ‘expression,’ we mean expression of something other than the likeness of the celebrity.” *Winter v. DC Comics*, supra note 75, at 888 (Cal. 2003) (quoting *Comedy III*, 25 Cal. 4th at 406). Assim, justifica-se a crítica de COOMBE, op. cit., às hipóteses em que se utiliza a celebridade como marco de cultura ou de época: “In *Groucho Marx Productions, Inc. v. Day and Night Co.*, [523 F. Supp. 485 (S.D.N.Y. 1981), rev’d, 689 F.2d 317 (2d Cir. 1982)] those who held rights in the Marx Brothers made a successful publicity rights claim against the creators of the play *A Day in Hollywood, A Night in the Ukraine*. The play’s authors intended to satirize the excesses of Hollywood in the thirties and invoked the Marx Brothers as characters playfully imagined interpreting a Chekhov drama. The defendants were found liable, and their First Amendment claim was dismissed on the ground that the play was an imitative work.” Como diz a autora, sem essa percepção aguda, “Publicity rights enable stars to ‘establish dynasties on the memory of fame.’”

¹⁸³ “I believe the answer to the question of justification turns primarily on whether, and to what extent, the challenged use is transformative. The use must be productive and must employ the quoted matter in a different manner or for a different purpose from the original. A quotation of copyrighted material that merely repackages or republishes the original is unlikely to pass the test; in Justice Story’s words, it would merely “supersede the objects” of the original. If, on the other hand, the secondary use adds value to the original—if the quoted matter is used as raw material, transformed in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings—this is the very type of activity that the fair use doctrine intends to protect for the enrichment of society.” A noção de transformação criativa como uma forma específica de limitação – forma essa que à luz do precedente do STJ não careceria de previsão normativa – se encontra originalmente

neste texto de LEVAL, Pierre N., Toward a Fair Use Standard 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990), encontrado em <http://docs.law.gwu.edu/facweb/claw/LevalFrUStd.htm>, visitado em 7/12/2011. Sobre a relevância de tal texto, vide KELLER, Bruce P., e TUSHNET, Rebecca, Even more parodic than the real thing: parody lawsuits revisited, Trademark Reporter, Vol. 94 TMR 979. Dentro desse pressupostos, a transformação criativa resulta direta e inexoravelmente da liberdade de criação constitucional.

¹⁸⁴ A construção das marcas, inclusive pelo aspecto de autoria plúrima e difusa, tem muito em contato com a das celebridades. "Having embarked on that endeavor, the originator of the symbol necessarily - and justly - must give up some measure of control. The originator must understand that the mark or symbol or image is no longer entirely its own, and that in some sense it also belongs to all those other minds who have received and integrated it. This does not imply a total loss of control, however, only that the public's right to make use of the word or image must be considered in the balance as we decide what rights the owner is entitled to assert." KOZINSKI, Alex, Judge, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Trademarks Unplugged, New York University Law Review, October 1993, 68 N.Y.U.L. Rev. 960. De outro lado, vide Jason Bosland, The Culture of Trade Marks: An Alternative Cultural Theory Perspective, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=771184, visitado em 26/10/2006: "The underlying difficulty with shaping a dilution right is balancing the competing interests in allowing the public to use a mark as an expressive resource through criticism or commentary, while at the same time, preventing harm which is adverse to a trade mark's continued cultural use. To balance these interests, I propose that the expressive use of a mark should be protected from dilution in the context of trade, that is, where a plaintiff's mark is being used in the advertising context to market a defendant's goods or services. This is to be compared with a commercial situation where the defendant's expressive use of a trade mark forms part of the goods on offer, such as in the title or lyrics of a song, or where the trade mark is used in a poster or on a t-shirt."

¹⁸⁵ "In *Rogers v. Grimaldi* [875 F. 2d 994?2d Cir. N.Y. 1989], the Second Circuit adopted a balancing test for trademark infringement in cases implicating artistic expression to accommodate these dual interests: "The Lanham Act should be construed to apply to artistic works only where the public interest in avoiding consumer confusion outweighs the public interest in free expression. . . . It insulates from restriction titles with at least minimal artistic relevance that are ambiguous or only implicitly misleading but leaves vulnerable to claims of deception titles that are explicitly misleading as to source or content, or that have no artistic relevance at all." MCDERMOTT, John, Permitted Use of Trademarks in the United States,

〈日本知財学会誌〉 Vol.5 No.4 2009 : 23 43, encontrado em http://www.ipaj.org/english_journal/pdf/5-4_Mcdermott.pdf, visitado em 3/12/2011.

¹⁸⁶ GARON, Jon M., Beyond the First Amendment: Shaping the Contours of Commercial Speech in Video Games, Virtual Worlds and Social Media (November 20, 2011). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1962369>. COTTER, Thomas F., DMITRIEVA, Irina Y., Integrating the Right of Publicity with First Amendment and Copyright Preemption Analysis, http://works.bepress.com/thomas_cotter/5, visitado em 30/11/2011.

¹⁸⁷ "Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 a luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião. O âmbito efetivo de proteção do direito a propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais. Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS." Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, No 964.404 - ES (2007.0144450-5), Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, 15 de março de 2011.

¹⁸⁸ Lei 9.610/98 Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

¹⁸⁹ Constituição espanhola, Art. 8.1. "No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas . . . cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante." "2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: (a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público."

¹⁹⁰ "A arte tem como procedimento o estranhamento das obras e da forma de acesso difícil que aumenta a dificuldade e o tempo da percepção, visto que, em arte, o processo perceptivo é um fim em si mesmo e deve

ser prolongado". Chklovski, Victor. "A arte como procedimento". Tradução de Ana Maria Ribeiro Filipouski et al. In: Toledo, Dionísio (org). Teoria da Literatura: Formalistas russos. 1.ed. Porto Alegre: Globo, 1973, p. 39-56. "Um juízo do tipo "Deus é bom", expresso em linguagem verbal, é reelaborado em poesia, através de imagens, rima, efeitos, etc., de tal forma que a proposição universal se resume em particular - Deus é bom neste poema. Desta forma, a visão de mundo (proposição universal) fica reduzida ao texto poético e sua ação na linguagem específica (verbal) se torna evidente." Danusia Bárbara e BARBOSA, Denis Borges. In Revista Littera Rio, Ed. Grife, 1972, no. 6, setembro/ dezembro, p. 38. No sentido mais próximo ao que se fala neste contexto: Los formalistas rusos, especialmente Víktor Shklovski usaron la palabra *otstranenie* (отстранение) para referirse a aquellos modos de proceder en el lenguaje literario que tiene como fin el de dar una nueva perspectiva de la habitual visión de la realidad al presentarla en contextos diversos a los acostumbrados o al representarla de un modo en el cual se nota que la representación es una ficción -por ejemplo mediante la exageración, el grotesco, la parodia, el absurdo etc.-. Esto generalmente puede ser experimentado en tres niveles: el lingüístico (por ejemplo al recurrir a palabras o formas estilísticas inusuales, anormales); el nivel de los géneros literarios ya definidos pero insertos en esquemas insólitos y el nivel de la percepción de la realidad creando situaciones o relaciones imprevistas.

¹⁹¹ MIRANDA, Álvaro Guilherme, A visão pessimista da literatura brasileira do século XIX sobre o Direito, Resenha sobre o ensaio "Direito e Literatura", de Denis Borges Barbosa, in Da Tecnologia à Cultura: Ensaios e Estudos de Propriedade Intelectual Lumen Juris (2011), Tópicos Especiais em Propriedade Intelectual: Semiologia e Propriedade Intelectual (INPI / PPED)

Publicado no dia 30/10/2012

Recebido no dia 19/10/2012

Aprovado no dia 22/10/2012

O Paradoxo Da Sociedade Técnica

Constança Marcondes Cesar¹**Resumo**

Ricoeur mostra as contradições da sociedade técnica contemporânea, e propõe uma nova formulação da ética como via de superação dos conflitos que discerne na vida atual.

Palavras-chave: Ricoeur, ética, técnica.

Abstract

Ricoeur show the contradictions of the technical contemporary society and he try to find a new ethic that can propose a new way to overcome the conflicts that he discerns in the contemporary life.

Key-words: Ricoeur, ethic, technique

No campo da linguagem filosófica, da lógica, paradoxo é um raciocínio que possibilita duas conclusões contraditórias.

Os primeiros paradoxos aparecem relatados na *Física* de Aristóteles e referem às teorias de Zenão de Eléia; no século IV, Eubolides de Megara propôs o *paradoxo do mentiroso*.

O paradoxo tem como função incitar a busca da resolução de problemas. Contrariamente ao *sofisma*, o paradoxo pode ser capaz da *verdade*. Abre campo a novas problemáticas, quando sua solução é encontrada.

Matemáticos e lógicos contemporâneos, como Frege, Tarski e Russell fizeram progredir o processo de formalização nas matemáticas e na lógica, estudando os paradoxos clássicos e propondo novos. A noção vem sendo aplicada a diferentes campos, como a psicologia, economia, artes, filosofia.

O termo aparece em um texto publicado por Ricoeur em 1957, *O paradoxo político*. No texto, paradoxo é o nome da contradição que caracteriza a sociedade contemporânea: “o duplo progresso: na racionalidade e nas possibilidades de perversão”². Do maior bem, que é o viver em comum, buscando a felicidade, pode advir

¹ Professora do Mestrado em Filosofia e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe; doutora em Filosofia pela PUC de São Paulo, Livre-docente em Filosofia pela PUC de Campinas, pós-doutora pela Universidade de Toulouse le-Mirail.

² RICOEUR, P. *História e Verdade*. RJ: Forense, 1968, p.252. ed. francesa: *Histoire et Vérité*, Paris: Points/Seuil, 1967.

o maior mal: a mentira, a monopolização do poder, a perversão da política - representada pela tirania. O orgulho da posse do poder, a não-verdade, a violência são os males da vida política. Seu antídoto é a afirmação da *liberdade*, “seja o Estado *fundando* a liberdade pela sua racionalidade, seja que a liberdade limita as paixões do poder pela sua resistência”³.

Em um texto de 1961, “Civilização universal e culturais nacionais”, nosso filósofo fala do surgimento de uma civilização universal mundial, cuja eixo de difusão é a planetarização da técnica, que “unifica e humanidade em nível bastante abstrato, puramente racional e que, nesse base, dá à civilização humana seu caráter universal”⁴.

É partindo da noção de *paradoxo*, associada por Ricoeur à própria constituição da vida política-social, que tentaremos explicitar o que chamamos de *paradoxo da sociedade técnica*: os benefícios da técnica vem acompanhados de um crescente temor da destruição física do homem e de valores culturais – que fazem do ser humano aquilo que essencialmente ele é: um criador de bens na vida do espírito, nos campos da arte, da filosofia, da ciência. Ricoeur *não* emprega o termo *paradoxo* para falar da planetarização da técnica. Mas assinala tanto os *benefícios* quanto os *riscos* desse evento: “A humanidade (...) ingressa numa única civilização planetária (...) ao mesmo tempo um progresso gigantesco para todos e uma tarefa esmagadora de sobrevivência e adaptação da herança cultural e esse quadro novo”⁵.

O paradoxo consiste, também, nessa irresistível ascensão de uma civilização mundial e na exigência, por outro lado, de preservarmos a cultura herdada, o patrimônio das culturais nacionais e da tradição. A *ciência*, saber racional do que a *técnica* é expressão, dá-nos a universalidade. A técnica torna-se uma segunda fonte dessa universalização, modificando as relações de todos com a natureza, criando situações irreversíveis, e impondo uma civilização única, da qual todos participam. Os próprios regimes políticos desenvolvem-se de modo análogo, evoluído “inevitavelmente, desde que atinjam certas etapas de bem-estar, instrução e cultura, de uma forma autocrática a uma forma democrática”⁶.

A *ambiguidade* que caracteriza a civilização mundial constitui um dos aspectos do paradoxo em que aludimos. De um lado, há progresso verdadeiro: mas um progresso no âmbito do instrumental que, se possibilita o acesso de muitos a bens elementares, a

³ Id., *ibid.*, p. 276.

⁴ Id., *ibid.*, p. 277.

⁵ Id., *ibid.*

⁶ Id., *ibid.*, p. 279.

certa dignidade e autonomia, constituindo assim em si mesmo um bem, está também associado a um fenômeno “sutil destruição, não somente das culturais tradicionais (...) mas àquilo que (...) chamaria (...) de núcleo criador das grandes civilizações, das grandes culturas (...) o núcleo ético e mítico da humanidade (...). Tudo se passa como se a Humanidade, ao *ascender em massa* a uma primeira cultura de consumo, também *fosse detida em massa* em certo nível de subcultura”⁷.

O paradoxo que assim emerge é: como nos enraizarmos na tradição e, ao mesmo tempo, nos modernizarmos? Ou como diria Ricoeur: “como modernizar-se, e retornar às fontes?”⁸, como sobreviver ao choque e ao confronto da pluralidade das culturas, promovendo seu encontro e ao mesmo tempo mantendo a fidelidade ao núcleo criador da nossa civilização?

Nem todas as culturas terão a capacidade de sobreviver ao irresistível avanço da técnica; e para o nosso filósofo, só “poderá sobreviver e renascer uma cultura capaz de integrar a racionalidade científica”⁹, só poderá ter vigência a imagem do homem que integre valores universais, sem cair num sincretismo banal. Diz nosso autor: estamos “numa espécie de intermédio (...) na qual não podemos mais praticar o dogmatismo da verdade única e na qual não estamos ainda capazes de vencer o ceticismo no qual ingressamos. Estamos (...) no crepúsculo do dogmatismo, no limiar dos verdadeiros diálogos”¹⁰.

Dois textos de 1991: o “Posfácio ao *Tempo de responsabilidade* – livro resultante do dialogo de Ricoeur com pensadores contemporâneos¹¹ - e “Ética e filosofia da biologia em Hans Jonas”¹², mostram Ricoeur voltado à formulação de uma ética, marcadamente inspirada pela obra de Hans Jonas. Nesses textos, a possibilidade de superação do paradoxo que assinalamos: a dupla face da técnica, benéfica e tremenda --- dá-se pela construção de uma nova ética que visa conduzir ao melhor emprego dos recursos de atuação sobre o mundo que o saber científico disponibiliza.

Para explicitar os contornos dessa reflexão, nosso pensador mostra quais situações novas vividas hoje tornam essa nova ética urgente, em virtude das mutações

⁷ Id., *ibid.*, p. 283. Grifos nossos.

⁸ Id., *ibid.*, p. 284.

⁹ Id., *ibid.*, p. 289.

¹⁰ Id., *ibid.*, p. 291.

¹¹ Id., *Postface au Temps de la responsabilité*. In LENOIR, F. (org). *Temps de la responsabilité*. Paris: Fayard, 1991, p. 270-291. Tradução em português, em id., *Leituras 1*. SP:Ed. Loyola.

¹² Id., *Lectures 2*. Paris: Seuil, 1992, p. 304-319. Tradução em português id. *Leituras 2*, SP:Ed. Loyola.

que afetam o agir humano nos planos “das ciências, das técnicas e da vida política”¹³. Aponta a noção de *responsabilidade* como foco da nova ética, assinalando suas implicações políticas. No que diz respeito às mutações do agir humano, o filósofo ressalta o “caráter *inédito, sem precedente*”, das novas questões que resultam “das aplicações técnicas das ciências” em vários campos da vida humana: meio ambiente, biologia, economia, indústrias, mídias, política¹⁴.

A meditação a respeito da atuação sobre o *meio ambiente* assume um papel importante, em virtude da *escala* em que se produz essa atuação e dos *efeitos cósmicos negativos* que desencadeia: poluição das águas e do ar, desaparecimento de espécies vivas, dentro outros. Há uma mudança nas relações do homem com a natureza, que torna os efeitos das novas técnicas *cumulativos* e *perigosos* para o equilíbrio dessas relações, assim como *problemática* a sua *qualidade*.

Uma nova ética se impõe, diz Ricoeur, porque é necessário orientar e agir por normas que possibilitem o bem-viver no mundo. Ora, o que se constata é que a intervenção das novas técnicas, em escala planetária, gera efeitos indesejados e põe em cena a questão da *responsabilidade* do homem quanto aos resultados de sua ação.

No âmbito das *ciências da vida*, as novas possibilidades da intervenção produzem questionamentos análogos aos já indicados supra. O domínio das técnicas de reprodução; da intervenção nas características da hereditariedade e no sistema nervoso, tornam possível modificar a evolução da humanidade como espécie. Se a vida é o primeiro horizonte do homem “portador da história”, o seu segundo horizonte é a biosfera; o que se atinge, a partir das novas possibilidades abertas pelas técnicas, é a própria identidade pessoal do homem. A idéia do *progresso* tornou-se problemática, pondo em primeiro plano: a significação das *relações de proximidade*, no espaço e no tempo, das populações inteiras; a questão *repartição* em escala mundial, de bens; a *justiça* que possa exceder “a lógica mercantil”¹⁵.

As mutações introduzidas pelos recursos da mídia e da informática “ampliam a visibilidade dos comportamentos políticos; industriais, culturais”¹⁶ e renovam questões dentológicas, tornando problemático o caráter da democracia, a moralização da vida política e exigindo que as decisões políticas sejam fundadas na ética. O *político* se torna

¹³ Id., Postface au *Temps de la responsabilité* (1991) in id., *Lectures* 1. Paris: Seuil, 1991, p. 270.

¹⁴ Id., *ibid.*, p. 271.

¹⁵ Id., *ibid.*, p. 275.

¹⁶ Id., *ibid.*, p. 286.

o lugar para onde *convergem* todas as outras questões e onde *aparecem*, reforçadas, as suas ambigüidades.

A era da eficácia a todo preço impede que se socorra o perecível, expondo assim o *trágico da ação* já assinalado no *paradoxo político*, que Ricoeur relê, entendendo-o como a “conjunção frágil (...) entre a *forma* (Constituição, Estado de Direito) e a *força*” (violência implícita no exercício do poder)¹⁷, quer dizer, como “o conflito trágico ente o lado ‘pragmático’ do engajamento político”¹⁸.

O desafio que se põe, diz o filósofo, invocando a reflexão de Hans Jonas, exposta na obra *Principio Responsabilidade*¹⁹, é o da missão de garantir a sobrevivência futura da espécie, agindo de modo que seja possível a vida humana depois de nós. Para além de uma ética da reciprocidade e proximidade, que caracterizou a tradição filosófica até agora, impõe-se como novo imperativo, referente à humanidade futura, “o perecível por excelência”, num momento em que “o homem se tornou perigoso para si mesmo” porque ameaçador para a vida e a natureza que o abriga²⁰.

No plano da economia e da gestão de empresas, a questão que se impõe como exame da *finalidade* da empresa: *cooperação* entre os homens, para produzir bens e serviços, *remuneração* dos dirigentes e acionistas. O que ocorre ,como problemático, é a contraposição entre a finalidade da empresa e a finalidade das *pessoas*: sua realização como *sujeitos*. A ética dos negócios precisa se conjugar com a bioética, inserido, assim, em todos os campos, a idéia da missão a cumprir, da responsabilidade perante os seres humanos e o mundo da natureza. A estrutura conflitual, exposta nas exigências contraditórias do *lucro* e do *serviço*, alcança, como já assinalamos, uma dimensão exponencial no plano da vida política, *lugar por excelência do conflito* entre a eficácia técnica e a exigência de socorrer o perecível. Essa situação, que a atual crise em escala mundial exacerba paroxisticamente, põe em primeiro plano a necessidade de se repensar a democracia, discutindo seu estatuto próprio, fundado no debate, na discussão, no consenso, na capacidade de superaremos perspectivas particulares. A fundamentação desse enfoque residiria na capacidade de *argumentar* e de *reconhecer* o valor dos argumentos de outrem e de *expressar*, no plano interpessoal, a *amizade*, o respeito ao

¹⁷ Id., *ibid.*,

¹⁸ Id., *ibid.*,

¹⁹ JONAS,H. *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*.Paris: Cerf, 1995.

²⁰ Id., *ibid.*, p. 13. Ver também RICOEUR,P.*Lectures 1*, p. 305.

outro. Um texto ulterior de Ricoeur, *Percurso do Reconhecimento*²¹ leva às últimas conseqüências as implicações dos temas da *responsabilidade* e *valorização* do *outro*, próximo ou distante, completando assim a estrutura da nova ética que propõe: *responsabilidade* significa então *amor* e *justiça*²² em relação à humanidade presente e futura, assim como *reconhecimento* desse outro, formulando uma ética da alteridade, aparentada com as de Jonas e Lévinas²³.

O agir humano hoje é marcado pela *hybris*, pela desmedida, com efeitos cumulativos e irreversíveis. A responsabilidade do homem atual em relação à humanidade futura e em relação à natureza, é responsabilidade pela preservação do ser, convertida em dever-ser, obrigação moral. O pressuposto é que *ser* e *bem* são correlatos, que *ser* é melhor do que *não ser*. Desse modo, repetindo Jonas, Ricoeur mostra seu vínculo com a tradição filosófica, onde *ser* e *dever-ser* mantêm entre si um laço irrecusável.

Concluimos, citando Ricoeur: “O homem, destrutor potencial do trabalho teleológico da natureza, deve assumir, no nível do seu querer, o sim que a natureza dirige ao ser e o não que ela opõe ao não-ser (...) Ninguém pode dizer: que o homem seja, sem dizer: que a natureza seja. Eis porque o sim ao ser, que a vida pronuncia espontaneamente, torna-se, no nível humano, dever-se obrigação”²⁴.

Publicado no dia 30/10/2012

Recebido no dia 19/10/2012

Aprovado no dia 22/10/2012

²¹ *Id.*, *Parcours de la reconnaissance*. Paris: Stock, 2004, 3º estudo, capítulos IV e V, p. 273-356. Há tradução pela Ed. Loyola.

²² *Id.* *Amour et justice*. Paris: Points/Seuil, 2008. Há tradução portuguesa.

²³ Ver AISCHLIMANN, J.C (org.). *Éthique et responsabilité*. Paul Ricoeur. Neuchâtel: À la Baconnière, 1994; *id.*, *Répondre d'autrui: Emmanuel Lévinas*. Neuchâtel: À la Baconnière, 1989.

²⁴ *Id.*, *Lectures 2*. Paris: Seuil, p. 317. Há tradução publicada pela Ed. Loyola.

Notas Sobre Patentes De Novas Formas Polimórficas Notes On Patent Of New Polymorphic Forms

Charlene de Ávila Plaza¹

“Um país sai prejudicado se concede privilégios monopolísticos em seu mercado nacional que não melhorem nem tornem mais baratos os artigos disponíveis, nem desenvolvam sua capacidade produtiva e que não permitam a seus produtores obter privilégios equivalentes em outros mercados.” Edith Penrose (tradução livre).

Resumo

Atualmente o patenteamento dos denominados segundo uso médico, formas polimórficas e outros elementos têm sido veementemente debatidos nos setores públicos e privados. O presente texto tem como pano de fundo analisar a legalidade, viabilidade e conveniência da exclusiva temporária para as novas formas polimórficas baseado no Ciclo de Discussões Técnicas em Patentes para a Revisão das Diretrizes de Exame do INPI, considerando a problemática referente à interface entre o direito fundamental a saúde e os direitos privados de propriedade intelectual.

Abstract

Currently named after the patenting of medical, polymorphic forms and other elements have been strongly debated in public and private spheres. This document has the background to analyze the legality, feasibility and desirability of temporary exclusive for polymorphic forms based on Cycle Technical Discussions on Patent Review Guidelines for Examination of the INPI, taking into consideration the issues relating to the interface between the fundamental right to health and the private rights of intellectual property.

1. Considerações Gerais

Limitações, Exceções e Flexibilidades.

A Lei anterior nº. 5.772/71 não considerava como matéria patenteável produtos químicos, farmacêuticos, medicamentos e seus processos de obtenção e modificação.

A concessão de patentes relativas à tecnologia farmacêutica foi vedada por anos com o objetivo de desenvolver e proteger a indústria nacional. Com a promulgação da Lei nº. 9.279/96 que incorporou as flexibilidades contidas no Acordo dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) foram revogadas essas proibições.

Dentre as regras do TRIPS incorporadas pela atual legislação nacional, destaca-se o artigo 27 §1º onde qualquer invenção, de produto ou de processo poderá ser patenteada em todos os setores tecnológicos, desde que respeitados certos requisitos condicionantes, além de estabelecer rol de invenções que podem ser consideradas pelos países membros, como não abarcáveis pela proteção via patentes em suas respectivas legislações.

¹ Advogada, Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP-SP.

Assim, como toda regra existem exceções, o TRIPS faculta aos países-membros excluir do âmbito patentário invenções cuja exploração em seu território seja necessária evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal e vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente desde que esta determinação não seja feita apenas porque a exploração é proibida por sua legislação².

Desta feita, não retrata o enunciado, uma proibição explícita de comercialização como condição de exclusão de proteção, mas a necessidade de tal proibição quando necessário.

A fim de justificar os limites que condicionam a exclusão apregoada pelo enunciado, os Estados membros devem demonstrar que é necessário para evitar – por qualquer meio – a exploração comercial da invenção.

Já declaração da possibilidade de exclusão do artigo 27§ 2º “não acontece simplesmente porque a exploração é proibida por suas leis”, mas deixa claro que a avaliação da existência ou não da comercialização de uma invenção particular, poderá ser proibida, se necessário, a fim de proteger a ordem pública ou a moralidade não dependendo de posituação de nenhuma legislação nacional.

Entretanto, as regras de flexibilidades e faculdades previstas no TRIPS sobre a proteção a todos os setores tecnológicos restam condicionadas a certos requisitos técnicos.

Com efeito, o Acordo estabelece um *standard* mínimo para a proteção, deixando para os países-membros a faculdade para conferir uma proteção maior ou mesmo excluí-la.

Verifica-se na lei nacional, o princípio da universalidade das técnicas onde “qualquer invenção, de produto ou processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicabilidade industrial”.

Entretanto, o TRIPS ao impor padrões mínimos de proteção à propriedade intelectual para todos os países membros da OMC desconsiderou suas assimetrias gerando um desequilíbrio entre os países detentores e os países usuários de tecnologia.

Na área farmacêutica, esta situação representa obstáculo adicional ao acesso da população a medicamentos essenciais para a proteção e promoção do direito à saúde e a vida, principalmente pela proliferação progressiva das

² Assim a regra é: prevê-se a patenteabilidade em todos os setores tecnológicos. No entanto, o Acordo faculta aos países membros excluir do âmbito patentário as invenções contrárias à ordem pública ou a moralidade, inclusive as invenções nocivas à saúde humana, animal e vegetal; plantas e animais, exceto micro-organismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais, com exceção dos processos não biológicos e microbiológicos, métodos diagnósticos e terapêuticos ou cirúrgicos para tratamento de seres humanos ou animais. PLAZA, Charlene de Ávila. Notas sobre patentes e certificados de cultivares: conflitos ou complementos de proteção? Revista da ABPI, n. 118, mai/jun de 2012, p. 12.

patentes *evergreening* que compromete os setores de medicamentos genéricos dos países em desenvolvimento.

Desta feita, a concessão de patentes amplas e difusas gera custos socioeconômicos, especialmente porque podem ser utilizadas para bloquear ou retardar as invenções de terceiros ou a introdução no mercado de produtos competitivos a preços mais acessíveis.

Geralmente, esta situação assimétrica se faz presente porque a inovação de fármacos e/ou medicamentos no setor da saúde é dirigida para o mercado onde os investidores estão concentrados nos altos rendimentos, muitas vezes para resolver problemas de saúde nos países desenvolvidos olvidando o desenvolvimento de uma inovação agressiva para as doenças negligenciadas.

Por outro lado, a “lógica” do regime patentário considera que o monopólio por um período de 20 anos (segundo TRIPS) é indispensável para que as empresas farmacêuticas inovem. O argumento comumente utilizado é que a investigação exige altos custos e as patentes garantem aos mesmos o monopólio temporário que permitem investigar e desenvolver novos produtos.

Cabe argumentar que cada legislação deve visar e regulamentar o equilíbrio de interesses público e privado, determinar e sobepesar o meio, o modo e as circunstâncias em se conceder ou não o privilégio patentário de acordo com suas idiossincrasias e interesses públicos nacionais. E muito, além disso, é necessária uma leitura adequada do preceito do artigo 27.1 do TRIPS “um elevado critério do que será atividade inventiva³” a fim de expurgar as patentes amplas e difusas.

Correa⁴ salienta que não existe prova alguma que respalde a tese de que as patentes geram desenvolvimento e que todos os países, independentemente de seus níveis de desenvolvimento, devam aplicar basicamente as mesmas normas de proteção.

Pelo contrario, atualmente, existem evidencias de que os países industrializados aumentaram o nível de proteção de patentes à medida que evoluíram e não no sentido inverso.

Geralmente as razões para exceções na maioria das legislações de propriedade intelectual para a concessão de patentes se inserem em três categorias gerais, a saber:

- (i) A análise custo benefício do direito de patentes;
- (ii) A maior facilidade do funcionamento da Lei de patentes; e

³ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. As patentes farmacêuticas e os direitos humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, v.2, Curitiba, 2009, p. 13.

⁴ CORREA, C. M. Propriedade Intelectual e Saúde Publica. 1ª edição, La ley, Buenos Aires, 2006.

(iii) A conciliação das celeumas entre o monopólio da patente e outras metas ou valores sociais (incluindo os direitos fundamentais), vide como exemplo o *Case Oliver Brustle v. Greenpeace*⁵.

Já a noção de “flexibilidades” pode ser definida como sendo elementos da legislação de propriedade intelectual que visam permitir países em desenvolvimento a utilizar normas compatíveis com o TRIPS de forma a perquirir suas políticas públicas, tanto em setores específicos como produtos farmacêuticos ou proteção de biodiversidade ou no estabelecimento de condições institucionais, macroeconômicas para dar suporte ao desenvolvimento econômico⁶.

Sujeitas a duas regras básicas, o uso das flexibilidades devem estar em consonância com o TRIPS e devem reduzir os custos sociais (ou assim considerados pelos países e desenvolvimento) que os direitos de propriedade intelectual geram no tocante a bens protegidos, mas sem diminuir o impacto positivo de tais direitos na promoção da invenção e criação de um ambiente de negócios competitivo (o equilíbrio de direitos e obrigações mencionado no Art. 7º do TRIPS)⁷.

⁵ O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia - TJCE no processo C- 34/10 proibiu a concessão de patentes para qualquer processo que envolva a destruição de um embrião humano, incluindo as técnicas usadas na obtenção de células-tronco para fins médicos e pesquisa científica. “Todo óvulo humano deve, desde a fase da sua fecundação, ser considerado um “embrião humano” quando essa fecundação for suscetível de desencadear o processo de desenvolvimento de um ser humano”, diz o Acórdão. A Corte considerou que “o óvulo humano não fecundado”, no qual foi implantado o núcleo de uma célula humana amadurecida, e o óvulo humano não fecundado que foi estimulado, para efeitos de divisão e desenvolvimento por via de partenogênese, também devem ser qualificados de “embrião humano.” Vide PLAZA, Charlene de Ávila. Recentes precedentes da Comunidade Européia em propriedade intelectual. Revista da ABPI, 116, 2012.

⁶ CARVALHO, Nuno Pires de. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs. USA: Ed. Kluwer Law International, 2006, p.28-33. What does the word “flexibilities” mean? How can they impact on TRIPS implementation? 1.74. The TRIPS Agreement itself refers to “flexibility,” but only in connection with the implementation of TRIPS obligations by least-developed country WTO Members (LDCs).50 That flexibility, as explained infra in comments to the Preamble, is limited to the methods (and deadlines) for implementing obligations, and not to the substantive obligations themselves. After Doha, however, the word “flexibility” has been repeatedly used to refer to those few elements that to some extent reduce the patent rights conferred and that are commonly referred to in the context of the implementation of the TRIPS Agreement (namely, international exhaustion, under Article 6; compulsory licenses, under Article 31; and the regulatory approval exception, under Article 30). In the last years, however, more sophisticated tools have been identified, which can be used by developing and least-developed countries in order to reduce the economic, political and social burden that the implementation of TRIPS standards generally represents (and yet without eliminating their dynamic dimension of promoting creation and circulation of intangible assets). 1.75. “Flexibilities,” therefore, are those elements of intellectual property law that aim at permitting developing countries to use TRIPS-compatible norms in a manner that permits them to pursue their own public policies, either in specific fields like access to pharmaceutical products or protection of their biodiversity, or in general, such as establishing macroeconomic, institutional conditions that support economic development.*

⁷ Consoante CARVALHO, Nuno Pires, op. cit.

PIDCC, Aracaju, Ano I, Edição nº 01/2012, p.106 a 143 Out/Dez 2012 | www.pidcc.com.br

Note-se que a Declaração sobre Acordo TRIPS e a Saúde Pública (Declaração de Doha) fez interpretações expressas sobre as flexibilidades e suas aplicações. Na tabela abaixo, será comentado as considerações gerais, as patentes de invenção e o setor farmacêutico⁸.

Natureza do Direito	Artigo TRIPS	Limitações/Exceções/Flexibilidades	Proteção Prazo mínimo
Gerais Proteção mínima	Artigo 1.1. Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos.	O Artigo 1:1 obriga a implementação do TRIPS pelos membros outorgando flexibilidade fazê-lo da maneira que escolherem, obedecendo aos requisitos específicos do Acordo (4 Declaração de Doha, em seu item 5 a) determina na aplicação das regras de interpretação do direito internacional público que as disposições do Acordo TRIPS devem ser interpretadas a luz do objeto e finalidade e princípios do mesmo.	Não se aplica
Gerais/ Exaustão	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.	Importação paralela pode ser uma importante ferramenta para acesso a medicamentos acessíveis tendo em vista a diferença de valores nos mercados, de forma que os países em desenvolvimento deveriam aumentar o escopo de tal possibilidade e incorporar previsões explícitas para efetuar um regime internacional de exaustão na legislação nacional de patentes. Deve-se notar que, enquanto tal flexibilidade é permitida pelo TRIPS e pela Declaração de Doha, não traduz automaticamente para o regime nacional e deverão haver dispositivos nacionais específicos ⁹ . Doha, em seu item 5 d) ainda dispõe que os efeitos das disposições de TRIPS relevantes para o esgotamento dos direitos de propriedade intelectual e deixar os membros para estabelecer o regime de extinção, sem contestação, sem prejuízo da Nação mais Favorecida e tratamentos nacionais relacionados a questões de saúde.	

⁸ BARBOSA, Denis Borges. Serviços de Consultoria – Projeto PNUD/BRA/06/036-BSB-Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, 2010.

⁹ MUSUNGU, Sisuli e OH, Cecília. The Use of Flexibilities in TRIPS BY Developing Countries. World Health Organization, 2006, p. 19.

Natureza do Direito	Artigo TRIPS	Limitações/Exaustão/Flexibilidades	Proteção Prazo mínimo
Patentes	Art. 27.1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente. 27.2. Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessária evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação. 27.3. Os Membros também podem considerar como não patenteáveis: (a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais; (b) plantas e animais, exceto micro-organismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema sui generis eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da	Exige-se para outorga de patentes: novidade, uso industrial e atividade inventiva. Apesar de tais características serem já usuais em vários sistemas antes do TRIPS, o significado de cada um destes é objeto de debate. Como examinadores das patentes tem certa discricionariedade em sua análise, há flexibilidade aos sistemas nacionais¹⁰. No item 27.2 há discussão sobre a restrição na interpretação do mesmo. Já no 27.3, a interpretação deve ser mais restrita, apesar de haver debates sobre o tema, estando sujeito a futuras negociações¹¹. No tocante ao Art. 30, membros poderão estabelecer exceções limitadas às exclusivas, obedecido o teste tripartite: desde que não conflitem irrazoavelmente com o uso normal da patente e não prejudiquem irrazoavelmente os interesses legítimos de detentores de patentes, considerando ainda os interesses de terceiros. Os estados poderão autorizar a terceiros a produzir o produto ou o processo patenteado sem o consentimento do detentor da patente – licença compulsória. Tendo em vista o grande debate em relação ao alcance apropriado da proteção da patente (não tendo a Convenção de Paris estabelecido o âmbito da cobertura da mesma), as exceções da mesma também são objeto de controvérsia. Os negociadores do TRIPS utilizaram a formula de exceções prevista pela Convenção de Berna, com alterações, sem listar exemplificativa ou taxativamente. Algumas exceções tidas como aceitáveis até então são: i) importação de produto que já foi posto no mercado pelo detentor da patente com seu consentimento ou por pessoa autorizada; atos privados ou em escala e para fins não comerciais; iii) uso de invenção para pesquisa, experimentação e fins educativos; iv) aprovação regulatória para comercializar um produto antes da expiração de uma patente; v) manipulação de medicamentos em farmácias magistrais; vi) uso da invenção por terceiros que iniciaram ou tomaram atos de boa fé antes do pedido da patente (ou sua publicação)¹².	

¹⁰ Nações Unidas. Solução de controversias. TRIPS. 2003, p. 24. Op. Cit.

¹¹ Nações Unidas. Solução de controversias. TRIPS. 2003, p. 25 e 26 op. cit. Por exemplo, quanto a “métodos terapêuticos” para o tratamento de humanos, um membro pode argumentar que pode-se excluir medicamentos da proteção de patentes. O Artigo 27:3(b) não permite esta exclusão para certos produtos e processos “microbiológicos”. e Fonte WTO (1994) apud <http://equinetafrica.org/bibl/docs/Diss80TRIPSupdate2010.pdf>, p. 5.

¹² CORREA, Carlos. op. cit, p. 302-311. Comenta algumas destas exceções aceitas: “Experimental use: In the United States, research without the authorization of the patent owner is narrowly admitted for scientific purposes only. (...) In European and other countries, experimentation on an invention (as opposed to with an invention) is allowed even for commercial purposes. (...) With the exception of a few countries, most developing countries have apparently not explicitly used the room left by the TRIPS Agreement to provide for an PIDCC, Aracaju, Ano I, Edição nº 01/2012, p.106 a 143 Out/Dez 2012 | www.pidcc.com.br

	OMC. Art. 30 Os Membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando em conta os interesses legítimos de terceiros. Art. 31 Quando a legislação de um Membro permite outro uso do objeto da patente sem a autorização de seu titular, inclusive o uso pelo Governo ou por terceiros autorizados pelo governo, as seguintes disposições serão respeitadas: (a) a autorização desse uso será considerada com base no seu mérito individual; (b) esse uso só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esses esforços não tenham sido bem sucedidos num prazo razoável. Essa condição pode ser dispensada por um Membro em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público não-comercial. No caso de uso público não-comercial, quando o Governo ou o contratante sabe ou tem base demonstrável para saber, sem proceder a uma busca, que uma patente vigente e ou será usada pelo	O texto do Artigo 30 deixa um espaço considerável para interpretações, mesmo após o caso Canadá – Farmacêutica Patent¹³. A licença compulsória (autorização a terceiros para utilizar patentes sem o consentimento do detentor da patente) e prevista no art. 31 do TRIPS. E também autorizada no item 5 b) da Declaração Ministerial de Doha: “Cada membro tem o direito de conceder licenças obrigatórias e a liberdade de determinar os motivos pelos quais essas licenças são concedidas”. Os membros estão também autorizados sob tal artigo a tomar medidas de forma a prevenir o uso de patentes para práticas anticompetitivas (ou seja, e ferramenta essencial para equilibrar interesses de detentores de patentes e públicos). Noutras palavras, a patente não é uma licença para abusar do mercado¹⁴. Também cobre o uso de patentes por governos para fins não comerciais, sem limitar o âmbito ou estabelecer procedimento dentro do qual as licenças compulsórias podem ser concedidas (determinando quando uma emergência nacional ou circunstância de extrema urgência¹⁵ existe, uso não comercial público¹⁶). Há doutrina que estabelece condições para a outorga de tais licenças, incluindo a necessidade de uma análise de mérito individual, exigência de tentativa de obter do proprietário da patente em condições razoáveis por um tempo razoável sem êxito, o escopo e prazo da licença devem ser limitados ao fim a que se propõe, concluindo-se quando as razões para tanto terminarem, primordialmente com cláusulas de não cessão, para fins predominantes de suprimento do Mercado doméstico¹⁷, devendo haver

experimentation exception, including for commercial purposes. Bolar exception: The so-called 'Bolar' or 'early working' exception deals with the use of an invention relating to a pharmaceutical product to conduct tests and obtain the approval from the health authority, before the expiry of a patent, for commercialization of a generic version, just after such expiry. The purpose of this exception was to help generic drug producers to place their products on the market as soon as a patent expired, and thereby allow consumers to obtain medicines at lower prices immediately thereafter. In exchange, the patent term of the original drug could be extended up to five years. (...) 'Bolar' like exceptions which have been established in numerous countries allow consumers to get access to medicines at a lower price as soon as the patent expires and to support the development of a generic pharmaceutical industry.

¹³ Nações Unidas. Solução de controvérsias. TRIPS. 2003, p. 26.

¹⁴ Fonte WTO (1994) apud <http://equinetafrica.org/bibl/docs/Diss80TRIPSupdate2010.pdf>, p. 5. Note-se, que por vezes a mera ameaça da licença compulsória faz com que o detentor da patente reavalie seu acesso ou estratégia de preço. Nações Unidas. Solução de controvérsias. TRIPS. 2003, p. 27-28. op. cit.

¹⁵ “Finally, there are no formalities or prescribed criteria for the determination of what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency. A formal declaration by the Member is not required. The determination can be made upon granting the compulsory licence or authorizing government use, or in any other manner.” Correa, Carlos M. Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, p.311-345

¹⁶ “The 'non-commercial' nature of the use does not prevent the government from appointing a commercial contractor or agent to exploit the relevant patents on behalf of the government, as is common and extended practice in the United States.²⁴ It is also important to note that in accordance with Article 44.2 of the TRIPS Agreement, national laws can limit the remedies available against government use to payments of remuneration in accordance with subparagraph (h) of Article 31; that is, no injunctions may be admitted” Correa, Carlos M. Ibidem.

¹⁷ Todas essas condições encontram-se mais comentadas em CORREA, Carlos, op. Cit. 311-345. Especificamente sobre a limitação de mercado doméstico: “The vague wording used does

	ou para o Governo, o titular será prontamente informado; (c) o alcance e a duração desse uso será restrito ao objetivo para o qual foi autorizado e, no caso de tecnologia de semicondutores, será apenas para uso público não-comercial ou para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial; (d) esse uso será não-exclusivo; (e) esse uso não será transferível, exceto conjuntamente com a empresa ou parte da empresa que dele usufruir; (f) esse uso será autorizado predominantemente para suprir o mercado interno do Membro	remuneração pela licença ¹⁸ , sendo outorgado ao detentor da patente à possibilidade de revisão judicial e/ou administrativa da decisão. Prevê-se que as leis e práticas que acompanham o licenciamento compulsório será objeto de controvérsias na OMC na área de TRIPS ¹⁹ .	

not provide specific guidance as to when the domestic market is to be deemed 'predominantly' supplied, National laws may adopt different standards in this respect, based on sales value at volume (eg exports should not exceed an annual average of 50 per cent of net income generated by the product under licence). Developing countries argued in their submission of 12 June 2001 to the Council for TRIPS that 'nothing in the TRIPS Agreement prevents Members from granting compulsory licenses for foreign suppliers to provide medicines in the domestic market ... In this respect, the reading of Article 31 (f) should confirm that nothing in the TRIPS Agreement will prevent Members to grant compulsory licenses to supply foreign markets'.²⁵ However, other Members regarded Article 31 (f) as a barrier to such supply, The limitation contained in Article 31 (f) was a central factor in the adoption of paragraph 6 of the Doha Declaration, as examined below. The rationale for this paragraph 6 was as follows. Only a few developing countries have some manufacturing capacity in pharmaceuticals; hence after the TRIPS Agreement became fully operative (on 1 January 2005), many countries could face difficulties in acquiring medicines at affordable prices. Before that date some countries, such as India, produced generic versions of medicines at a fraction of the price of the patented products and could export them to other countries. As a result, a Member country where the price of the patented product was high had the option of issuing a compulsory licence to import it from such countries. The problem was that as these countries became bound to comply fully with the TRIPS Agreement after 2005, they were no longer able to produce and export cheap generic versions of patented medicines. Consequently, countries with insufficient manufacturing capacity could not ensure access to medicines even if they granted a compulsory licence, since they would not be able to find a source for their importation."

¹⁸ Ibidem consoante Remuneration Guidelines for Non-voluntary Use o/a Patent on Medical Technologies (James Love, WHO/TCM/2005.1 Geneva, 2005.) "the following are some of the methods of calculation that may be reasonably applied to determine an adequate level of remuneration: a) The 1998 Japan Patent Office Guidelines (applicable to government-owned patents) allow for normal royalties of 2 to 4% of the price of the generic product, and can be increased or decreased by as much as 2%, for a range of 0 to 6%.

b) The 2001 UNDP Human Development Report proposed a base royalty rate of 4% of the price of the generic product. This can be increased or decreased by 2%, depending upon such factors as the degree to which a medicine is particularly innovative or the role of governments in paying for R&D. c) The 2005 Canadian Government royalty guidelines for compulsory licensing of patents for export to countries that lack the capacity to manufacture medicines in accordance with the WTO Decision of August 30, 2003.

These guidelines establish a sliding scale of 0.02 to 4% of the price of the generic product, based upon the country rank in the UN Human Development Indicator. For most developing countries, the royalty rate is less than 3%. For most countries in Africa, the rate is less than 1 %. d) The Tiered Royalty Method (TRM) method is different from the 2001/UNDP, 1998/JPO or 2005/Canadian methods in that the royalty rate is not based upon the price of the generic product. Instead, the royalty is based upon the price of the patented product in the high-income country. The base royalty is 4% of the high-income country price, which is then adjusted to account for relative income per capita or, for countries facing a particularly high burden of disease, relative income per person with the disease."

¹⁹ Ibidem

	que autorizou; (g) sem prejuízo da proteção adequada dos legítimos interesses das pessoas autorizadas, a autorização desse uso poderá ser terminada se e quando as circunstâncias que o propiciaram deixarem de existir e se for improvável que venham a existir novamente. A autoridade competente terá o poder de rever, mediante pedido fundamentado, se essas circunstâncias persistem; (h) o titular será adequadamente remunerado nas circunstâncias de cada uso, levando-se em conta o valor econômico da autorização; (i) a validade legal de qualquer decisão relativa à autorização desse uso estará sujeita a recurso judicial ou outro recurso independente junto a uma autoridade claramente superior naquele Membro; (j) qualquer decisão sobre a remuneração concedida com relação a esse uso estará sujeita a recurso judicial ou outro recurso independente junto a uma autoridade claramente superior naquele Membro; (k) os Membros não estão obrigados a aplicar as condições estabelecidas nos subparágrafos (b) e (f) quando esse uso for permitido para remediar um procedimento determinado como sendo anti-competitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial. A necessidade de corrigir práticas anti-competitivas ou desleais pode ser levada em conta na determinação da remuneração em tais casos. As autoridades competentes terão o poder de recusar a terminação da autorização se e quando as condições que a propiciam forem tendentes a ocorrer novamente; (l) quando esse uso e autorizado para permitir a exploração de uma patente ("a segunda patente") que não pode ser explorada sem violar outra patente ("a primeira patente"), as seguintes condições adicionais serão aplicadas: (i) a invenção identificada na segunda patente envolvera um avanço técnico importante de considerável significado econômico em relação à invenção identificada na primeira patente; (ii) o titular da primeira patente estará habilitado a receber uma licença cruzada, em termos razoáveis, para usar a invenção identificada na segunda patente; E (iii) o uso autorizado com relação a primeira patente será não transferível, exceto com a transferência da segunda patente.		
	31 bis. 1. The obligations of an exporting Member under Article 31 (f) shall not apply with respect to the grant by it of a compulsory licence to the extent necessary for the purposes of production of a pharmaceutical product(s) and its export to an eligible importing	Incorporado em 6/12/2005, após a decisão OMC de 30/08/2003. Considera o fato de que as patentes são outorgadas em território nacional e nem sempre a proteção será a mesma no país importador e o exportador. O artigo será aplicável: a) no país de importação, se: i) não houver patente no mesmo ou tiver expirado ou	

Setor Farmacêutico	Member(s) in accordance with the terms set out in paragraph 2 of the Annex to this Agreement. 2. Where a compulsory licence is granted by an exporting Member under the system set out in this Article and the Annex to this Agreement, adequate remuneration pursuant to Article 31 (h) shall be paid in that Member taking into account the economic value to the importing Member of the use that has been authorized in the exporting Member. Where a compulsory licence is granted for the same products in the eligible importing Member, the obligation of that Member under Article 31 (h) shall not apply in respect of those products for which remuneration in accordance with the first sentence of this paragraph is paid in the exporting Member. 3. With a view to harnessing economies of scale for the purposes of enhancing purchasing power for, and facilitating the local production of,	caducado; ii) para produtos ou processos patenteados no caso de países menos desenvolvidos ou em caso de emergência nacional ou extrema urgência (devendo se provar a falta de capacidade produtiva ou sua insuficiência) e, em todos os casos, houver notificação declaratória ao Conselho do TRIPS para dar transparência, seja de forma qualificada (limitando o uso) ou não²⁰. Há outra possibilidade de notificação relativa a necessidade de produtos²¹. Existe discussão sobre a utilização de tal flexibilidade para desenvolvimento da indústria nacional²². b) no país exportador: i) invocando necessidade salutar em país estrangeiro após a solicitação de licença voluntária nos limites da necessidade do país importador com notificação expressa ao Conselho do TRIPS pelo produtor e pelo país exportador; ii) havendo medidas para evitar a reexportação do produto. Deve haver expressa identificação de que o produto é fruto de licenciamento compulsório com embalagem (formato, coloração, formato) diferenciado salvo se for impossível ou tiver um impacto	

²⁰ Ibidem: "First, the Decision may apply either when a patent covers a product or a manufacturing process. Second, it applies to products 'of the pharmaceutical sector' in general, without any limitation as to the types of products (eg synthesized chemical products or biologicals), their characterization as 'essential medicines', or the kind of diseases they are intended to treat. The Decision clarifies that this concept includes 'active ingredients necessary for its manufacture'. The Decision may be applied in relation to a patent covering a pharmaceutical formulation or the process for its manufacture. The Decision also clarifies that 'diagnostic kits needed for its use would be included'. This wording may be interpreted as including reagents, diagnosis and monitoring kits. Microbiocides can also be considered as covered products. Vaccines are not specifically mentioned in the Decision. (...) Third, reference is made in the examined definition to paragraph 1 of the Doha Declaration, which recognizes 'the gravity of the public health problems afflicting many developing and least developed countries, especially those resulting from HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics' (emphasis added). As the negotiation of the Decision made clear, it applies to pharmaceutical products for any disease. (...) It is unclear whether a patent covering a therapeutic use (generally called 'second indication') is covered by the Decision. The protected invention in this case is a method of treatment and not a product as such. However, such patents can be effectively used to restrict access to the products for important therapeutic purposes. In the absence of an exception, and in view of the intended objectives of the Decision, it seems reasonable to interpret that the Decision can be applied in these cases too."

²¹ Ibidem: "The would-be importing country is bound to notify: (i) the names of the needed product(s): the generic names of the required pharmaceuticals are to be mentioned. (ii) the 'expected quantities': the notified quantities may not exactly correspond to the quantity of product finally requested or purchased. However, importing countries should carefully assess the quantities needed since, as mentioned below, the compulsory licence can be granted in the exporting country for a specified amount only."

²² Ibidem: "This wording suggests that industrial and commercial policy objectives should not be pursued by Member countries under the system established by the Decision, but such objectives are not excluded altogether there from. Thus, eligible importing Members may grant compulsory licences to foster the development of capacity in their pharmaceutical industry as a sustainable way to address their public health problems, for instance by importing active ingredients under the Decision for the local formulation of medicines. Further, it seems clear that prospective suppliers of pharmaceutical products under the Decision include private companies, notably from countries where a strong generic industry has developed. Such companies would not make the investments needed nor bear the opportunity costs of supplying products under the Decision, if they are not able to obtain some commercial benefit."

	pharmaceutical products: where a developing or least-developed country WTO Member is a party to a regional trade agreement within the meaning of Article XXIV of the GATT 1994 and the Decision of 28 November 1979 on Differential and More Favourable Treatment Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries (L14903), at least half of the current membership of which is made up of countries presently on the United Nations list of least-developed countries, the obligation of that Member under Article 31 (f) shall not apply to the extent necessary to enable a pharmaceutical product produced or imported under a compulsory licence in that Member to be exported to the markets of those other developing or least-developed country parties to the regional trade agreement that share the health problem in question. It is understood that this will not prejudice the territorial nature of the patent rights in question. 4. Members shall not challenge any measures taken in conformity with the provisions of this Article and the Annex to this Agreement under subparagraphs 1 (b) and 1 (c) of Article XXIII of GATT 1994. 5. This Article and the Annex to this Agreement are without prejudice to the rights, obligations and flexibilities that Members have under the provisions of this Agreement other than paragraphs (f) and (h) of Article 31, including those reaffirmed by the Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (WT/MIN(01)/DEC/2), and to their interpretation. They are also without prejudice to the extent to which pharmaceutical products produced under a compulsory license can be	significante no preço²³. Tal flexibilidade também deveria sempre ser limitada a necessidade nacional, ser economicamente viável e não houver possibilidade de alternativas (como genéricos) disponíveis. Note-se que o item 5 c) de Doha sobre o tema, menciona: “Cada membro tem o direito de determinar o que constitui uma emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência, entendendo-se que crises de saúde pública, incluindo as relativas ao HIV / “tuberculose, sida e outras epidemias, podem representar emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência.”	

²³ Ibidem: “There are no parameters in the Decision to determine what a 'significant impact on price' means. Since the Decision's aim is to address public health needs of Member countries-in the framework of the overall objective of the Doha Declaration to ensure access to drugs to all (paragraph 4)-the significance of the increase in price is to be assessed from the perspective of the purchaser. Any increase in price may be 'significant' for the purchaser and limit its capacity to address public health needs, particularly in the case of expensive products or purchases in big volumes. The Decision does not specify either who is going to assess whether the impact is significant or not. It is the supplier who is expected to make this judgement. Though the burden to distinguish the products is on him, the assessment of its impact on price should take the purchasers' interests into account. The statement indicates that 'it is the understanding of Members that in general special packaging and/or special colouring or shaping should not have a significant impact on the price of pharmaceuticals'. This ambiguous statement may be read as a recognition that special packaging, colouring, or shaping does not generally have a significant impact, or as a normative statement emphasizing the idea that the use of such distinction should not have such negative impact. This second reading corresponds to the literal wording of the text. Though it may be seen as redundant, it does clarify that colouring and shaping are alternative and not cumulative, and expresses the Member's concern that the distinction of products must not significantly increase prices. It is important to note that obtaining a compulsory licence may not be sufficient for a company to be able to export a pharmaceutical product under the system, as national health regulations generally require prior approval for the production of medicines for export.”

	exported under the provisions of Article 31 (f).28		

Fonte: ²⁴BARBOSA, Denis Borges. Serviços de Consultoria – Projeto PNUD/BRA/06/036-BSB-Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, 2010.

Barbosa ao discorrer sobre as flexibilidades do TRIPS salienta que o Brasil falhou em utilizar-se todas as flexibilidades disponíveis:

Brazil, particularly, did not take full advantage of any of the flexibilities when enacting its TRIPS-compliant laws. Even though this relinquishing of flexibilities can not be considered harmonization (as many developed countries retain more access to allowed flexibilities than does Brazil), the pursuance of additional minimum levels through new international agreements may impose dearly on member states` abilities to tend to their peculiar needs²⁴.

2. Sistema Jurídico da Propriedade Intelectual

Note-se, que a nossa legislação de propriedade intelectual é taxativa ao elencar em seus enunciados matéria que não são considerados inventos (artigo 10); matéria não patenteável (artigo 18), os requisitos objetivos de concessão de patente de invenção (artigo 8º e 24) e seus objetos de proteção, (artigo 42, I e II e art. 183 e seg.). É o que discutiremos a seguir:

A atual lei de propriedade intelectual estabelece claramente requisitos objetivos condicionantes em face à força vinculante do texto constitucional, as criações, consideradas como tal, se contiverem em seu bojo - novidade, atividade inventiva e aplicabilidade industrial.

A novidade é um dos elementos do balanceamento de interesses constitucionais para se auferir os benefícios da concessão patentária, “deve ser apurada sob aspecto global daquela solução tecnológica e não sob a ótica dos elementos que a compõem, que poderão, isoladamente, estar abrangidos pelo estado da técnica”, (Tribunal Regional Federal da 2ª Turma especializada. Des. André Fontes. AC 204.51.01.513998, DJ 02.07.2008).

Na verdade, o direito de proteção à exclusiva não deve extrapolar a sua finalidade constitucional para não prejudicar os direitos com ele aparentemente conflitantes – “deve observar no processo hermenêutico a proibição do excesso, de maneira que não ocorra restrição excessiva de qualquer direito

²⁴ BARBOSA, Denis Borges, Research Handbook On The Protection Of Intellectual Property Under WTO Rules, Intellectual Property in the WTO Volume I, Edited by Carlos M. Correa, Director, Center for Interdisciplinary Studies of Industrial Property and Economics, University of Buenos Aires, Argentina.

PIDCC, Aracaju, Ano I, Edição nº 01/2012, p.106 a 143 Out/Dez 2012 | www.pidcc.com.br

fundamental, e que haja adequação entre o fim objetivado e o meio empregado²⁵”.

A aplicabilidade industrial tem como função precípua a repetibilidade em escala industrial. A invenção deve ser apta a produzir, com os mesmos meios, resultados constantemente iguais, suscetíveis de repetição a fim de estabelecer uma relação de causa e efeito entre os meios utilizados e o resultado obtido e realizados na invenção²⁶.

A atividade inventiva é um requisito de equilíbrio de interesses vindo a reforçar que a invenção não foi antecipada de forma integral por um único documento no estado de técnica, justificando, portanto, a criação de um monopólio resolúvel e temporário.

Deste modo, o que define uma criação como suscetível de proteção através dos mecanismos de patentes é a sua classificação como invento²⁷. É primordial uma contribuição mínima para o estado da técnica, que não seja representativo de criações óbvias.

Por tratar-se de uma operação criativa como exercício do intelecto, a atividade criativa deverá transcender a normalidade das atividades desenvolvidas por um técnico no assunto examinado. Toda invenção se baseia no uso de conhecimentos pré-existentes no estado da técnica.

Diz-se que uma invenção é dotada de atividade inventiva quando ela usa conhecimentos existentes de uma maneira nunca antes pensada ou sugerida. Para alguns autores²⁸ o uso de tais conhecimentos anteriores para a solução de um problema técnico de uma forma inesperada deriva mais da intuição do que do raciocínio formal.

Pontes de Miranda²⁹ ao analisar a convergência dos conceitos de invenção e atividade inventiva afirma que:

O que importa é que a atividade inventiva ultrapasse o que o técnico da especialidade podia, tal como estava à técnica no momento, achar. O que todos os técnicos da especialidade, no momento, podiam achar não é invenção; não inventa o que diz ter inventado o que qualquer técnico da

²⁵ LEONARDOS, Luiz; OSWALD, Maria Cecília. Direito de patentes: uma resposta de filtragem constitucional. Revista da ABPI, 2007, p. 10.

²⁶ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro apud BARBOSA, Denis Barbosa. O Código de propriedade intelectual conforme os tribunais, 2011, p. 131, no prelo.

²⁷ BARBOSA, Denis Borges. Tratado de propriedade intelectual. Seção 5, § 4 – a metodologia para determinar a atividade inventiva. Rio e Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁸ Inventive level, or **non-obviousness**, requires a certain difference from the prior art. How big the difference should be is a matter of long debate. Elsewhere I have said (and perhaps demonstrated, or at least tried) that an invention is the connection or combination of two distant ideas, where a rule of connection did not exist before, said connection being made with an act of insight or intuition, and not of reasoning. Every invention requires prior ideas (prior art) to be combined. When the ideas are distant (i.e., there is no principle of combination), a combination can not be made with an act of inference, but only with a different faculty of the mind, namely, insight. Franzosi, Mario - *Novelty and Non-obviousness – The relevant prior Art*. Edited for publication by Kraig Hill, Toshiko Takenaka and/or Kevin Takeuchi, CASRIP.

²⁹ Miranda, Pontes de. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1983, p. 274.

especialidade acharia. Porque tal achado estaria dentro da técnica do momento, sem qualquer *quid novum*.

A atividade inventiva é um requisito de equilíbrio de interesses, “é preciso que não só haja novidade, mas também que a eficácia e a importância econômica dessa nova técnica seja discernível, de forma que se promova não apenas mínimos aumentos incrementais da tecnologia, e sim algo que seja tão grandioso que justifique a criação de um monopólio instrumental”.³⁰

Em outras palavras, a atividade inventiva não é somente uma solução técnica para resolver problemas técnicos. É a solução de um problema por meios não utilizados anteriormente por um técnico no assunto que deve promover um avanço significativo no *state of art*, ou pelo menos proporcionalmente ao privilégio em que se requer a exclusiva.

A atividade inventiva é contributo mínimo essencial para a existência de invenção, “uma possibilidade de perda desnecessária seria a proteção de patente ser conferida para um produto ou processo não inventivo”.

Nesse caso a sociedade incorreria em um custo monopolístico de bem-estar sem obter um produto ou processo novo em troca.

Este ponto, nos alerta para o fato de que, os exames dos requisitos objetivos referentes à novidade e atividade inventiva de uma criação na lei de patentes devem cumprir a útil função econômica de evitar ganhos monopolísticos não merecidos.

Assim, o abuso potencial de direitos de exclusividade deve ser impedido pela aplicação rígida dos critérios de exame na lei de patentes³¹.

Neste sentido, o tópico seguinte demonstrará alguns dados referentes às áreas químicas, farmacêuticas e biotecnológicas verificadas junto a ANVISA.

2.1 Da anuência prévia – ANVISA

Com vistas à execução de uma política de saúde pública efetiva, e considerando que a concessão de patentes amplas e difusas tem impacto negativo no acesso da população à assistência farmacêutica, o governo optou por estabelecer um mecanismo inovador no qual o órgão de saúde passou a integrar o processo de avaliação para concessão de Patentes na área farmacêutica.

³⁰ BARBOSA, Denis Borges et all. O contributo mínimo na propriedade intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 10.

³¹ *Aktiebolaget Hassle versus Alphapharm Pty Ltd* [2002] HCA 59 (12/12/2002). Disponível em <[http://www.ipsofactoj.com/international/2003/Part03/int2003\(3\)-014.htm](http://www.ipsofactoj.com/international/2003/Part03/int2003(3)-014.htm)>. Acesso em 25/07/2010. “One possibility whereby an unnecessary dead-weight loss could arise is if patent protection is granted for a non-innovative product or process. In this case society might incur a monopolistic welfare cost without obtaining a new product or process in return. This point alerts us to the fact that the tests of novelty and non-obviousness in the patent law fulfil the useful economic function of preventing undeserved monopoly profits. This potential misuse of monopoly rights must be prevented by strict application of the screening criteria in the patent law”.

Portanto, os pedidos de patentes de produtos e processos farmacêuticos passaram a ter sua análise obrigatória pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA³² – desde a Medida Provisória nº 2.006/99, transformada na Lei nº. 10.196, de 2001 que, criou o instituto da prévia anuência, através da inclusão do art. 229-C na Lei nº. 9.279/96.

Ressalte-se que o Acordo TRIPS deixa a critério dos países membros atribuírem a quaisquer de seus organismos governamentais, isolada ou conjuntamente, o exame para a concessão dos direitos de propriedade industrial, bem como a adoção de normas e procedimentos no âmbito da legislação de propriedade industrial, com vistas à defesa e à promoção da saúde pública. Prevê, ainda, que medidas possam ser adotadas no sentido de promover o interesse público em setores de importância vital para o seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico (Artigo 8.1 do Acordo TRIPS).

No âmbito da legislação nacional, tanto o artigo 5º da Constituição Federal quanto o artigo 2º da LPI determinam que os direitos de propriedade intelectual são protegidos, considerados o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Note-se ainda, que quando a patente é concedida, seu titular passa a ter direitos exclusivos de exploração do objeto protegido (produção, utilização, comercialização, venda ou importação) pelo período de 20 anos. Por isso, há necessidade de análise criteriosa dos requisitos e condições para a concessão da patente, tendo sempre em conta que, especialmente na área farmacêutica, esta proteção implica na criação de um monopólio e na ausência de concorrência com consequente reflexo no preço final do medicamento para a população e para os programas do Ministério da Saúde.

Assim, com o advento do artigo 229C da lei de propriedade intelectual, o ato que concede ou denega patentes de invenção para produtos e processos farmacêuticos emanam de processo administrativo instaurado junto ao INPI, dependente da prévia e indeclinável anuência da ANVISA³³.

O exame de prévia anuência, além de impedir a concessão de inúmeras patentes amplas e difusas revisou dezenas de impropriedades em pedidos que, na visão do INPI, estariam prontos para o deferimento. Além disso, em vários momentos, o INPI reviu posições suas a respeito de alguns pedidos, após tomar conhecimento dos pareceres da ANVISA. Abaixo, os exemplos de

³²O procedimento de prévia anuência para pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos foi disciplinado recentemente pela Resolução RDC 45/2008. Após um exame preliminar, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) encaminha para a ANVISA **todos** os pedidos de patentes de produtos e processos farmacêuticos (e não só pedidos de patente *pipeline*), para que a Agência, após exame detalhado de cada pedido, decida por anuir ou negar anuência a este. A patente só poderá ser concedida após a manifestação positiva da Agência.

³³ O artigo 229C foi introduzido pela Lei 10.196/01 estabelecendo que “a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA”.

pedidos de patente³⁴ que não obtiveram prévia anuência da ANVISA, em que o entendimento do INPI se modificou apenas durante processo judicial proposto pelo requerente.

Pedidos de patente onde o posicionamento do INPI se alterou durante o processo judicial:

<u>Pedido: PI9508789-3³⁵</u> <u>Resumo do Caso:</u> - Polimorfo de docetaxel reivindicado após rejeição de processo de obtenção. O docetaxel é usado no tratamento de alguns tipos de câncer. <u>Da ilegalidade observada:</u> Alteração de matéria – art. 32 – e falta de atividade inventiva do polimorfo – art.8º c/c 13. <u>Posicionamento do INPI</u> <u>Inicial:</u> Aceitou as alterações e aprovou quadro final. <u>Atual:</u> O pedido foi indeferido pelo INPI, por falta de atividade inventiva do polimorfo – consequência secundária: o parecer que orientava pela aceitação de modificações em pedidos foi revogado.
<u>Pedido: PI9507494-5³⁶</u> <u>Resumo do Caso:</u> Reivindicação de compostos intermediários da obtenção de penciclovir e de famciclovir – antivirais usados no tratamento de herpes. <u>Da ilegalidade observada:</u> Falta de novidade dos compostos reivindicados – art. 8º c/c 11. <u>Posicionamento do INPI</u> <u>Inicial:</u> Considerou que o pedido preenchia os requisitos de patenteabilidade. <u>Atual:</u> Após demanda judicial, reavaliou o pedido e considerou que o mesmo carecia de

³⁴ Outros exemplos de pedidos de patentes onde ilegalidades foram apontadas no decorrer do exame de anuência prévia - O **PI9606969-4** refere-se à combinação de uma terapia gênica com uma técnica convencional, quimioterapia ou **radioterapia**, para o tratamento de câncer. O **PI9509530-6** foi depositado reivindicando composições farmacêuticas tópicas para administração de macrolídeos, estabilizadas pelo uso de um álcool graxo insaturado, método de tratamento, uso do álcool graxo e método de estabilização de macrolídeos com um álcool graxo. O **PI9508927-6** refere-se a um processo de preparação de antiinflamatórios inibidores de COX-2 e a alguns compostos intermediários. O **PI9508292-1** diz respeito a um processo de preparação enantiosseletiva de compostos – reivindicações 1 a 25 – e alguns compostos intermediários. O **PI9608733-1** reivindica um processo de tratamento de isquemia cerebral ou paralisia, usando um derivado de propargil-aminoindano.

³⁵ O **PI 9508789-3** foi depositado no Brasil em janeiro de 1997 e apresentava cinco reivindicações para a proteção de um **processo de obtenção** do já conhecido princípio ativo “Tri-hidrato de Taxotere”, um importante produto anti-leucêmico e anti-neoplásico, de fundamental importância no tratamento e recuperação de pacientes acometidos de câncer. No entanto, reivindicações de processo em pedidos depositados neste período não são privilegiáveis, de acordo com o **artigo 229-A da Lei nº. 9.279**, de 14/05/1996 (LPI).

³⁶ O **PI 9507494-5** requer proteção para intermediários dos princípios ativos Penciclovir e Famciclovir, que são medicamentos antivirais, usados no tratamento de Herpes. O pedido descreve e reivindica um processo para a obtenção dos referidos compostos, bem como estes compostos. Durante o exame no INPI, as reivindicações de processo foram excluídas, tendo em vista que as mesmas infringiam o artigo 229-A da Lei 9.279/96, que proíbe o patenteamento de processos farmacêuticos para pedidos depositados no período de 01/01/1995 a 14 de maio de 1997. Com relação aos compostos, embora o INPI tenha inicialmente apontado a falta de novidade frente a dois documentos do estado da técnica, a instituição aceita a argumentação que o uso dos compostos no processo em questão resultaria em maior rendimento e menos etapas de produção e que os compostos não teriam sido exemplificados nos documentos citados.

novidade.

Pedido: PI9710536-8³⁷

Resumo do Caso: Segundo uso médico de derivados de GABA – para uso no tratamento da dor, particularmente em dores crônicas.

Da ilegalidade observada: Alteração das reivindicações originais de “método terapêutico” – art. 10(VIII) – para “uso” – art. 32 - e falta de atividade inventiva do uso pleiteado – art 8º c/c 13.

Posicionamento do INPI:

Inicial: Aceitou as alterações e aprovou quadro final.

Atual: Após demanda judicial, foi exarado parecer considerando que o pedido carece de atividade inventiva.

Pedido: PI9503468-4³⁸

Resumo do Caso: Pedido de “patente de seleção”, reivindicando proteção para o valganciclovir – pró droga antiviral usada no tratamento de herpes.

Da ilegalidade observada: Falta de novidade do composto – art. 8º c/c 11.

Posicionamento do INPI:

Inicial: Considerou que o pedido preenchia os requisitos de patenteabilidade.

Atual: Após demanda judicial frente a parecer de perito, exarou parecer considerando que o pedido não atendia ao requisito de atividade inventiva – tendo em vista que adota interpretação flexível do requisito novidade.

(Fonte Adaptada: COOPI/GGMED/ANVISA, 2009).

Nas tabelas abaixo, a situação dos processos encaminhados a ANVISA, os perfis dos impedimentos nas não anuências para as criações mais frequentes e os pedidos não anuídos discriminados por área – ano 2011/12:

Situação dos processos encaminhados á ANVISA – 2012:

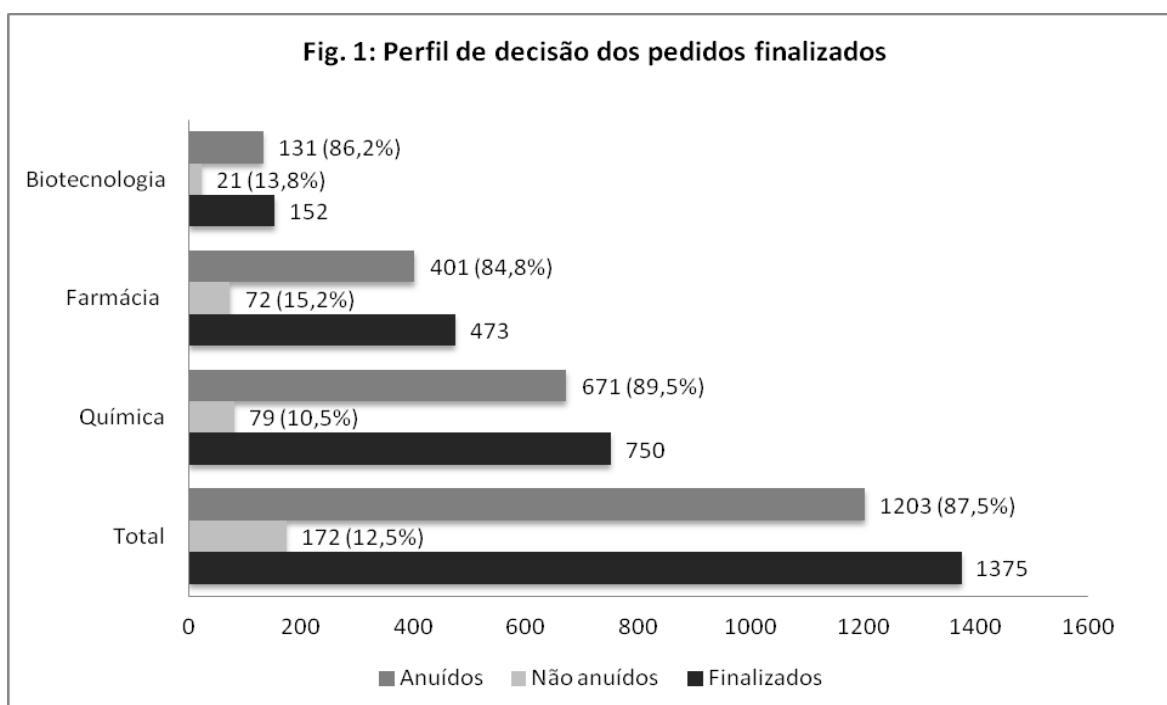
³⁷ O **PI 9710536-8** refere-se ao uso de derivados de GABA (ácido gama-aminobutírico) no tratamento da dor. O pedido foi depositado reivindicando inicialmente um método de tratamento da dor através da administração destes compostos. Durante o exame no INPI, este quadro foi alterado algumas vezes, até ser aprovado pelo INPI um quadro reivindicando o uso dos compostos na preparação de medicamentos para a dor – um novo uso médico.

³⁸ O **PI9503468-4** refere-se ao monoéster de valina do princípio ativo ganciclovir, conhecido por valganciclovir. O pedido reivindica inicialmente o composto citado e seus sais, bem como suas composições, seu processo de preparação, seu uso e um método terapêutico caracterizado pela administração do referido composto ou de seus sais. Durante o exame no INPI, as reivindicações de processo e uso foram excluídas, por estarem em desacordo com o artigo 229-A da Lei 9.279/96, e as de método terapêutico, por infringirem o artigo 10, inciso VIII, da mesma lei. Com relação às reivindicações de composto e de composição, o examinador considerou que as mesmas preenchiam os requisitos de patenteabilidade. A requerente cumpriu as exigências na íntegra, e o pedido foi encaminhado para a Anvisa, para fins de prévia anuência.

SITUAÇÃO	QUANTIDADE	%
Total de pedidos encaminhados	1765	100
Total de pedidos finalizados	1482	84,0
Pedidos não computados nesta análise	283	16,0
Pedidos não anuídos	179	12,6
Pedidos anuídos	1303	87,6

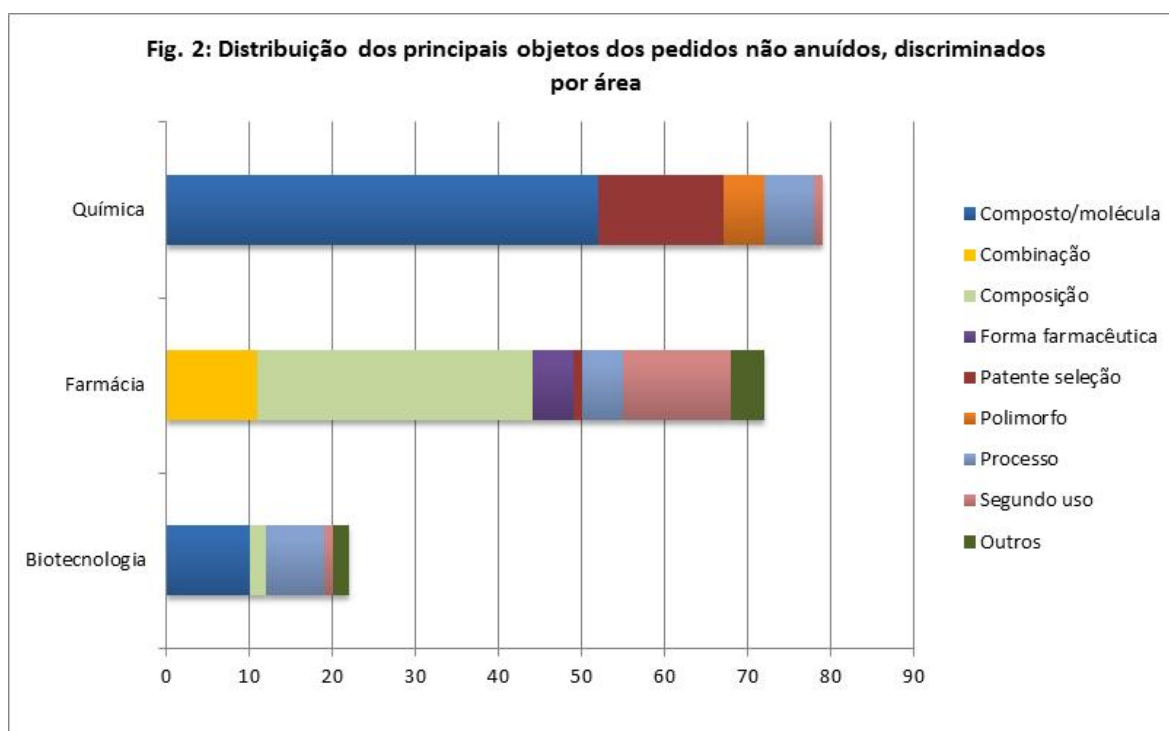
FONTE ADAPTADA: COOPI/ANVISA. "SITUAÇÃO DOS PROCESSOS ENCAMINHADOS À ANVISA", 2012. (*Ainda não concluídos por razões diversas).

Perfil de decisão dos pedidos finalizados:



FONTE: COOPI/ANVISA, 2012.

Distribuição dos principais objetos dos pedidos não anuídos, discriminados por área:

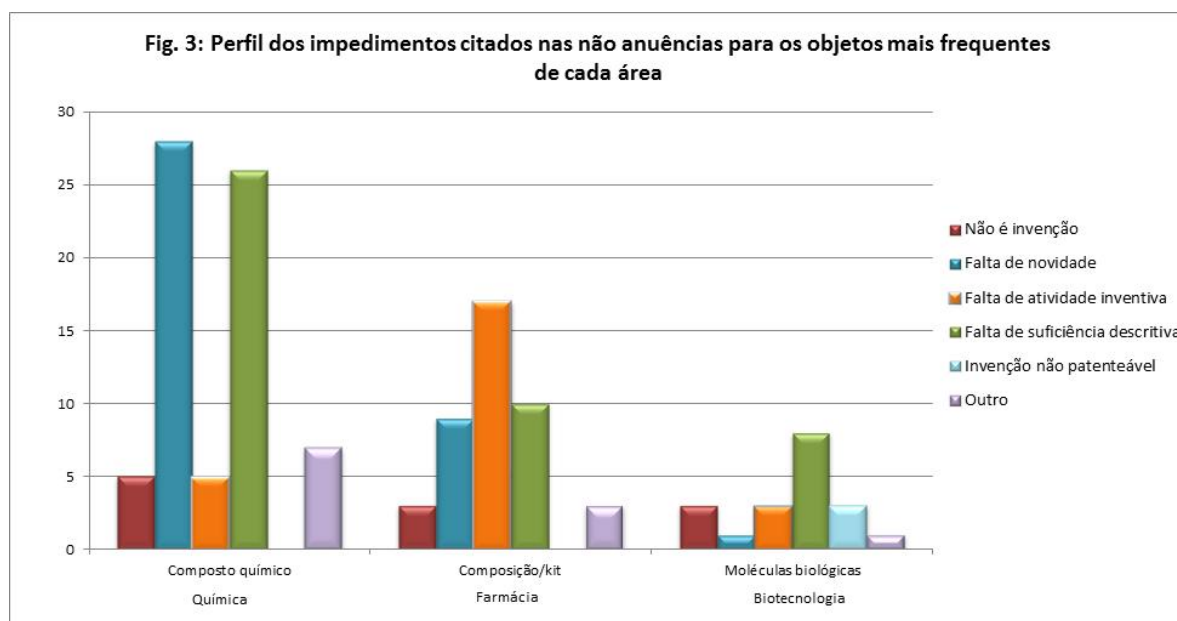


Fonte: ANVISA - Anuência previa – dez. 2011.

Na figura 2, os objetos dos pedidos não anuídos na área farmacêutica estão na seguinte ordem: composição com maior número de pedidos não anuídos, seguido de criações de segundo uso farmacêutico, combinações, processos, formas farmacêuticas e patentes de seleção em número menor de

não anuências e, nenhum pedido de formas polimórficas, o que fica evidenciado que não é usual e nem desejável pedido de proteção para estas criações no Brasil.

Perfil dos impedimentos citados nas não anuências para os objetos mais frequentes de cada área:



Fonte: ANVISA - Anuência previa – dez. 2011.

Na figura 3 se percebe que na área farmacêutica (composição/kit) os impedimentos para as não anuências são em decorrência da constatação da falta de atividade inventiva em comparação com outros requisitos, como não invenção, ausência de novidade, suficiência descritiva e outros. Na área biotecnológica (moléculas) as não anuências ficam por conta da falta de suficiência descritiva e, por fim, na área química (composto químico) a maior incidência de impedimentos é pela ausência de novidade seguida da falta de descrição suficiente para estas criações.

Por todas estas razões, fica evidente que o procedimento previsto no art.229-C, da LPI, contribui para a proteção e a promoção da saúde pública e vai ao encontro do interesse social, do desenvolvimento tecnológico e econômico do País, na forma dos artigos 5º e 196 da Constituição Federal, de 1988.

Assim, é pertinente salientar que o princípio constitucional sistemático das patentes requer que, só se defira a exclusiva na presença de uma descrição da nova solução técnica, que capacite qualquer técnico a conhecer o objeto, de forma a aperfeiçoá-lo, se quiser, e a usá-lo livremente ao fim da proteção ou no caso de licença compulsória. O aumento do conhecimento

tecnológico da sociedade é um dos elementos básicos do equilíbrio constitucional de interesse quanto às patentes³⁹.

Além do cumprimento dos requisitos objetivos essenciais para a concessão de patentes, haverá necessidade da verificação de que não há exclusões incondicionais de patenteabilidade por decisões de política pública abarcados no enunciado do artigo 18 da lei 9.279/96.

3. Das peculiaridades dos artigos 10 e 18 da Lei 9.279/96

O artigo 18 preceitua taxativamente o que não é abarcado por patentes de invenção, ainda que seja considerado invenção, ainda que sejam novos, tenham atividade inventiva e suficientemente descritos:

Art. 18. Não são patenteáveis:

I - o que for contrario a moral, aos bons costumes e a segurança, a ordem e a saúde publicas;

II - as substancias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e

III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os micro-organismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, micro-organismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

Aqui se trata de norma proibitiva por questões de políticas públicas e não norma meramente classificatória, como no caso dos enunciados do artigo 10 da lei 9.279/96.

O artigo 10 abarca os objetos que não são considerados inventos:

I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;

II - concepções puramente abstratas;

III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;

IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;

V - programas de computador em si;

VI - apresentação de informações;

VII - regras de jogo;

³⁹ BARBOSA, Denis Borges. Tratado de propriedade intelectual. 5] § 2.1. Um exemplo: a novidade no caso de cultivares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 312.

VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e.

IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

Os itens I, II, IV e IX do artigo 10 são hipóteses de criações que não apresentam utilidade – “tem-se efeito de conhecimento ou de criação expressiva, mas nunca a solução de qualquer problema prático (se o conhecimento leva a uma utilidade, “descoberta” já não é, mas aplicação útil, assim suscetível de inclusão na categoria de invento)”.⁴⁰

Os itens, III, V, VI, VII do mesmo artigo, são hipóteses de criações que são úteis, mas somente práticas – e não técnicas.

Em tais hipóteses será denegada a pretensão de patente enquanto não importarem na solução de um problema técnico.

De outro lado, o artigo 10 lista duas hipóteses que não se enquadram em nenhuma das duas hipóteses:

VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e

IX - [o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza,] ou ainda que dela isolados [inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais].

O primeiro caso é listado no art. 27 de TRIPs como hipótese de rejeição incondicional de patenteabilidade, havendo ou não invento. O acordo Internacional permite que nestes (e nos casos listados no art. 18 da Lei 9.279/96) os estados membros possam denegar patente, em qualquer hipótese, e sem considerar se há ou não invento, novidade, atividade inventiva, ou aplicação industrial. Seguramente as técnicas e métodos operatórios importam em soluções de problemas não só práticos, mas técnicos. Em muitos casos, tais práticas carecerão de aplicabilidade industrial sob o art. 15 212; mas a exclusão de patenteabilidade não se cinge somente a tais hipóteses.

A Convenção Europeia de Patentes, como a lei brasileira, listava tais casos como carecedores de invento. Em sua alteração de 2000, no entanto, tal erro topológico foi corrigido, estando às hipóteses agora listadas entre as exclusões incondicionais⁴¹.

Diversamente das matérias do enunciado do artigo 18 da lei 9.279/96 que regulamenta as criações insuscetíveis de proteção por patentes de invenção por interesses de política pública, o artigo 10, da referida Lei, abarca

⁴⁰ BARBOSA, Denis Borges, op. cit., p. 127.

⁴¹ BARBOSA, Denis Borges, op. cit., p. 127-128.

as criações que não são sujeitas a privilégios, muito embora, em algumas situações serem consideradas inventos.

Sob a égide do artigo 10, não se apregoa a não patenteabilidade das criações, e sim, as que não comportam, em tese, o privilégio de proteção até o momento que inexistir uma solução técnica para problemas técnicos porque seu enunciado é uma declaração de fato do que não é, presumivelmente, invento.

Não há nos enunciados do artigo 10, quaisquer referências de natureza proibitiva a concessão de patentes. São enunciados que condiciona a proteção a certos e restritos pressupostos, quais sejam:

- a existência de um invento,
- dotado de novidade,
- qualificada a novidade pela atividade inventiva,
- suscetível de aplicação industrial, • sendo que se verifica a suficiência descritiva de seu requerimento, de forma a permitir eficazmente a reprodução do invento na indústria e como insumo de pesquisa.

Verifica-se, portanto, que existem duas situações limítrofes na lei de propriedade intelectual brasileira:

(i) De natureza declaratória – sujeita a uma condicionante prevista no enunciado 10, por não reconhecer nestas criações a natureza de invento enquanto não representarem uma solução técnica para um problema utilitário técnico – (Aqui poderíamos inserir as criações de formas polimórficas);

(ii) De natureza proibitiva – previstas no artigo 18, por questões de política pública, ainda que estas criações sejam consideradas invenções, sejam novas, tenham atividade inventiva e possam ser suficientemente descritas (exceto as criações que a própria lei condiciona a patenteabilidade seguindo algumas condicionantes).

4. Considerações Específicas

Das novas formas polimórficas - O problema

Recentemente, tem sido debatido e questionado o patenteamento de certos objetos, cuja característica central é permitir a manutenção do regime protetivo a certas facetas da tecnologia - o patenteamento do segundo uso médico, os inventos de seleção, os polimorfos, os enantiômeros e pró- drogas.

Conceder ou não patentes para estes tipos de criações engloba não somente exames técnicos precisos para aferição dos requisitos objetivos como também a observância aos direitos relacionados à saúde e a vida e princípio constitucional sistemático das patentes que assegura o desenvolvimento econômico, social e tecnológico.

Desta forma, o legislador condicionou o direito de se obter exclusiva a certos critérios objetivos subordinados sempre aos interesses sociais, políticos e tecnológicos de cada país. Desta declaração é importante salientar que muito embora os critérios de patenteabilidade seguirem os mesmos requisitos objetivos em quase todas as legislações nacionais, o entendimento sobre o que seja atividade inventiva não é homogêneo.

Em especial as criações de novas formas polimórficas, o INPI⁴² emitiu para consulta publica uma proposta de diretriz de exame⁴³ espelhado na abordagem “problema/solução” para a atividade inventiva (*problem and solution approach*) utilizada pelo Escritório de Europeu de Patentes - EPO. Contrário a posição do INPI (a favor do patenteamento desses objetos), foi proposta legislação que a denega⁴⁴.

⁴² “A atividade inventiva de uma forma polimórfica será aferida ao se constatar um efeito que solucione um problema do estado da técnica suficientemente diferenciador, como por exemplo: aumento na estabilidade, solubilidade aparente e processabilidade. Uma vez que não há nenhum conhecimento geral que torne possível a previsão das propriedades de um polímero, não seria óbvio produzir uma nova forma cristalina na expectativa de resolver um determinado problema técnico. Ainda que se saiba que diferentes formas polimórficas possam apresentar características inesperadas, não há como prever, pelos conhecimentos comuns, quais serão os novos efeitos técnicos obtidos, pois isto somente será conhecido quando as formas polimórficas forem identificadas, caracterizadas e testadas para os efeitos desejados.”

⁴³ <http://www.direito2.com.br/acam/2008/jun/25/inpi-patente-de-polimorfos-favorece-inovacao-tecnologica>; <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/discussoes-tecnicas/polimorfismo>.

⁴⁴ PL n. 2.511/2007 e seu apenso PL n. 3995/08, que busca proibir a concessão de patente aos polímeros e aos segundo uso médico: Acrescenta incisos ao art. 10 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativas à propriedade industrial:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 10 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 10 I – (...), VIII – técnicas e modelos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnósticos, para aplicação no corpo humano ou animal; XIX – (...) X – nova forma cristalina de substância compreendida no estado da técnica; e XI – modificação de produto ou substância terapêutica objeto de patente, para o qual foi constatado utilidade ou uso diverso àquele explorado pelo titular da patente. (NR)” Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação oficial.

Importante observar alguns equívocos no PL nº 3995/08. O PL diz que “O art. 10 da Lei nº 9.279/96 descarta o patenteamento do que não se considera como invenção”. Entretanto, o artigo 10 não descarta o patenteamento, ele simplesmente reza o que não é invenção até o momento que a criação represente a existência de um invento, dotado de novidade, qualificada a novidade pela atividade inventiva, suscetível de aplicação industrial, sendo que se verifica a suficiência descritiva de seu requerimento, de forma a permitir eficazmente a reprodução do invento na indústria e como insumo de pesquisa. Diz também que “A expressão “métodos terapêuticos” é ampla. Significa o procedimento – prescrição de uso de um ou mais medicamentos de dietas, de radiação ionizante, de atividade física ou de fisioterapia, etc., combinados ou não adotados pelo médico na terapia de uma patologia ou de uma síndrome. O termo “protocolo” tem sido usado no meio médico com sentido de método terapêutico em que há a intervenção mais ou menos padronizada de medicamentos e outras formas de terapias. Desse modo, nem o uso combinado de terapias, nem o uso de apenas um medicamento pode ser patenteado”. “A patente de segundo uso também impede, ao final do prazo da patente original, que outras empresas farmacêuticas explorem com medicamentos similares o novo campo descoberto”. Equivocam-se os legisladores mais uma vez: Tal reivindicação não colide necessariamente com a vedação aos PIDCC, Aracaju, Ano I, Edição nº 01/2012, p.106 a 143 Out/Dez 2012 | www.pidcc.com.br

Veja na tabela abaixo, que a situação não é diferente no Direito comparado, cujas legislações não trazem menção específica para a proteção destas criações, com exceção da lei indiana que legalmente regulamenta a questão, condicionando-as aos requisitos de patenteabilidade e particularmente ao aumento da eficácia:

PAÍS/ORGANIZAÇÃO	Situação dos pedidos de patentes – formas polimórficas
África do Sul	Sem menção específica na lei ***
Argentina	Sem menção específica na lei ***
China	Menção específica nas diretrizes de exame, condicionado aos requisitos de patenteabilidade, como exemplos de depósitos concedidos *.
Comunidade Andina	Sem menção específica na lei
Coréia	Sem menção específica na lei; com exemplos de patentes concedidas. *
EUA	Sem menção específica na lei; com exemplos de patentes concedidas ⁴⁵ . ****
EPO	Sem menção específica na lei; com exemplos de patentes concedidas. ****
Índia	Expressamente regulamentada em lei a questão das formas polimórficas, condicionando aos requisitos de patenteabilidade e particularmente ao aumento da eficácia. ** Com exemplos de patentes concedidas. *
Japão	Sem menção específica na lei; com exemplos de patentes concedidas. ****
Rússia	Sem menção específica na lei; com exemplos de patentes concedidas. *

Fonte: Raimundo Jorge. Patentes polimórficas e patentes de segundo uso médico, 2009.

* Sem acesso ao quadro reivindicatório concedido.

** conforme o item 3(d) do *The Patents (Amendment) Act*, 2005, Índia.

*** andamento dos pedidos não disponível nas bases de dados.

**** quadros reivindicatórios analisados quanto à matéria concedida (produto, processo, composição e uso).

métodos de tratamento e diagnósticos, prevista no art. 10, VIII da Lei. 9.279/96, desde que o relatório descritivo suporte uma reivindicação dirigida a um fim dotado de utilidade industrial.

⁴⁵ O USPTO tem concedido algumas patentes, por exemplo, US 20050131067, com a seguinte reivindicação: 1. A crystalline tolterodine tartrate form 1, characterized by na x-ray powder diffraction spectrum having peaks expressed as 2 theta at about 11,9, 13.6, 14.2, 15.9, 16.9, 18.4, 18.8, 20.4, 22.0, 23.9, 25.4, 26.3, and 29.8 degrees. Os analistas entendem que seja duvidosa a confirmação de patente no judiciário, em face do padrão mais alto de atividade inventiva suscitado pela Suprema Corte em *KSR v. Teleflex*, em 30 de abril de 2007. Até aos anos 60, o USPTO e as cortes americanas seguiam a doutrina de avaliar a atividade inventiva através da pergunta se o pedido de patente era “obvious to try”, prima facie. Se a resposta fosse positiva não havia atividade inventiva. Posteriormente e por muitos anos, passou-se a seguir a doutrina Papesch que dizia que, mesmo que fosse óbvio tentar, se o produto resultante apresentasse propriedades inesperadas haveria atividade inventiva. A aplicação indiscriminada da doutrina Papesch levou a concessão de uma enxurrada de patentes de duvidoso mérito, situação que agora a Suprema Corte dos EUA tenta corrigir com sua decisão no caso *KSR x Teleflex*.

A abordagem problema/solução desenvolvida pela jurisprudência do EPO para se verificar a atividade inventiva baseia-se no princípio de que “toda invenção representa uma solução técnica para um problema técnico”⁴⁶, impedindo, assim, vícios das análises *ex post facto*, prejudicadas pelo conhecimento posterior do reivindicado na patente. Desta forma, um invento, para ser patenteável, será técnico em seu objeto, em sua aplicação e em seu resultado⁴⁷; só então esse invento será avaliado quanto à novidade, inventividade e a legalidade.

O INPI, por sua vez propõe que:

1.9.2.2 Atividade inventiva

Uma vez aferida à novidade de determinada invenção de um pedido de patente de invenção, o examinador verificará a existência de atividade inventiva. A existência de novidade é pré-requisito essencial para a existência de atividade inventiva. Na aferição da existência de atividade inventiva deve-se considerar se um técnico no assunto, que conhecesse à época as citações do estado da técnica consideradas, teria sido motivado a realizar a combinação ou modificações necessárias para chegar à invenção em questão. Tal aferição só pode ser baseada em documentos publicados antes da data de depósito ou da prioridade do pedido.

Algumas situações onde há falta de atividade inventiva podem ser elencadas, sem, no entanto serem exaustivas. Nesses casos, em princípio, há falta de atividade inventiva **quando não há efeito técnico novo**: - mera escolha ou troca de material cujas propriedades são conhecidas; - mera mudança de forma e/ou proporção; - mera justaposição de meios conhecidos; Alguns fatores podem ser considerados como indícios da existência da atividade inventiva: - dados comparativos em relação ao estado da técnica que mostram a superioridade da invenção e são convincentes na demonstração da atividade inventiva; - existência de problema técnico cuja solução era necessária e desejada há muitos anos e a invenção é a resposta a esta necessidade; - a solução apresentada pela invenção é contrária as atividades normais na mesma área técnica e um técnico no assunto não pensaria em seguir o mesmo caminho; - sucesso comercial, se vinculado ao caráter técnico da invenção, e não devido à publicidade.

⁴⁶ Para precisar o alcance do pedido do privilégio, é necessário declinar o campo técnico no qual o invento se insere; para que a publicação seja eficaz como pressuposto da patente, é preciso assegurar que o problema técnico e sua solução sejam entendidos; as reivindicações descrevem as características técnicas do invento. Barbosa, Denis Borges. Tratado de propriedade intelectual – Patentes – Tomo II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1111.

⁴⁷ Or l'invention pour être brevetable doit avoir un caractère industriel, dans son objet, son application et son résultat. L'énonciation des trois termes est cumulative. Cela étant, l'expression la plus importante est dans doute celle d'application. Car si l'invention est applicable industriellement, elle a généralement un objet et un résultat industriel. Pollaud Dullian. La brevetabilité des inventions, Litec, 1997, p.41 e seg. Chavanne e Burst. Droit de La propriété industrielle, Dalloz, 1990, n. 16 e seg., p. 33-34. (Ora a invenção, para ser patenteável, deve ter um caráter industrial, em seu objeto, sua aplicação e seu resultado. A enunciação dos três termos é cumulativa. Tanto será a expressão mais importante restará sem dúvida desta aplicação. Pois se a invenção é industrialmente aplicável, ela geralmente terá um objeto e um resultado industrial).

Ao contrário da proposta do INPI, que não possui clareza e tratamento analíticos desejáveis, a abordagem do EPO desenvolve critérios mais estritos, como por exemplo, seguindo três etapas básicas e sucessivas:

- (i) Determining the “closest prior art”;
- (ii) Establishing the “objective technical problem” to be solved, and (iii) considering whether or not the claimed invention, starting from the closest prior art and the objective technical problem, would have been obvious to the skilled person” (2007, part C, IV-24).

Assim, as diretrizes da EPO abrangem passos básicos, predeterminados e sucessivos: (i) o estado da técnica mais próximo; (ii) o problema técnico a ser resolvido e, (iii) em se verificando o estado da técnica mais próximo, a suposta invenção não seria óbvia para um técnico no assunto.

Souto Maior⁴⁸ nos diz que a abordagem problema/solução é apenas uma entre as várias análises possíveis para a verificação da atividade inventiva⁴⁹:

O EPO, onde o método se desenvolveu, já explicitou o fato em casos com T_0465/92 em que a abordagem não foi aplicada. Nos EUA o método de aferição é outro, feito a partir dos Graham factors: (a) aferir o Estado de Arte ao tempo da invenção; (b) traçar diferenças entre o reivindicado e ao Estado de Arte; (c) examinar se um técnico no assunto teria tal diferença por óbvia; além das considerações secundárias, como sucesso comercial ou prévias tentativas fracassadas.⁵⁰

A posição do EPO não é seguida uniformemente por todos os países da comunidade europeia. Há divergências de interpretação, por exemplo, com os escritórios do Reino Unido e da Holanda⁵¹. A interpretação do UKPO⁵² é mais

⁴⁸ SOUTO MAIOR, Rodrigo de Azevedo. As possibilidades da atividade inventiva no Brasil: uma busca no direito comparado pelos modos de aferição objetiva do critério de patenteabilidade, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

⁴⁹ Para uma análise consistente, a abordagem problema/solução não deve ser o único teste com que se deve aferir a atividade inventiva. Para maior rigor na análise as diretrizes devem ainda fazer uso da metodologia usada no USPTO, a do Teste Sugestão-Motivação com a recente interpretação da Suprema Corte americana no caso KSR x Teleflex, complementado pelo uso dos fatores de Graham, adaptados a prática brasileira, Vide: <http://www.abifina.org.br/noticias.asp?secao=20&noticia=600>

⁵⁰ A jurisprudência recente da Suprema Corte (KSR v. Teleflex, 550 U.S., 127 S. Ct, 1727 (2007) remodelou os critérios de aferição, fazendo mais rígido o exame da atividade inventiva ao expandir o nível abstrato de criatividade do técnico no assunto. Manteve, todavia, dois pilares importantes, cujas tensões devem ser equalizadas: a necessidade de respeito à cláusula constitucional do contributo mínimo e a procura por meios objetivos de proteção contra as análises *ex post facto* viciadas.

⁵¹ A validade de patentes de formas sólidas é criticada em importantes jurisdições da Europa. Embora o EPO conceda estas patentes as cortes (especialmente a corte holandesa e a Inglesa) nem sempre reconhecem a validade das mesmas. Ver por exemplo o recente caso da *Warner Lambert*, onde o sal de cálcio da atorvastatina foi considerada válida nos EUA, mas

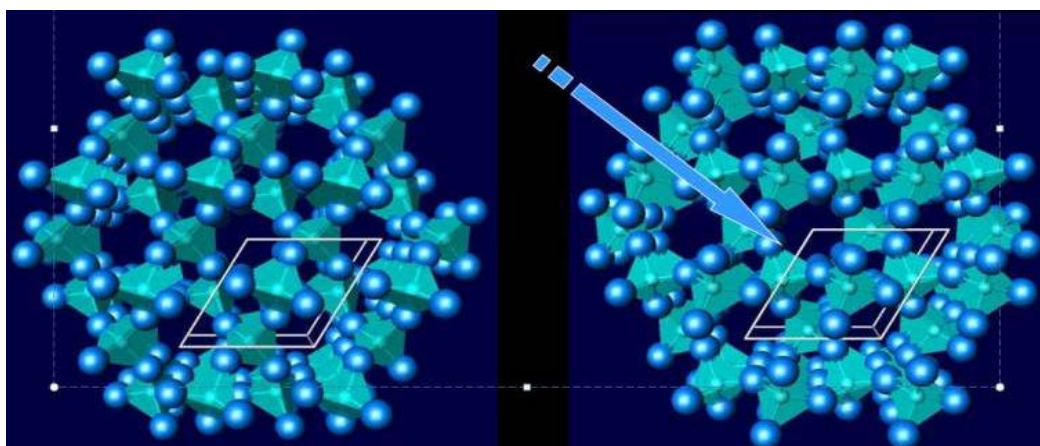
restritiva que a do EPO e a interpretação da corte de justiça inglesa ainda mais restritiva que a do UKPO.

5. POLIMORFISMO – Definição e Características

Polimorfismo é a capacidade de um determinado sólido adotar duas ou mais conformações cristalinas.

Essa propriedade, intrínseca à substância, pode conduzir a diferentes propriedades físico-químicas, termodinâmicas, etc. Na indústria farmacêutica, também são classificados como polimorfos – ou, mais especificamente, pseudopolimorfos – as formas sólidas onde moléculas de solvente são incorporadas à rede cristalina, formando solvatos. Como consequência, vários problemas podem ocorrer, tanto na fabricação, quanto no armazenamento, e até mesmo na utilização daquela substância.

No caso dos medicamentos, essas alterações podem ser particularmente relevantes, pois podem afetar sua biodisponibilidade, tornando-os ineficazes, ou até mesmo tóxicos ⁵³.



Em outras palavras, polimorfos são diferentes formas cristalinas de uma mesma substância. Cada forma cristalina é distinta da substância original (forma amorfa), e pode ou não apresentar propriedades distintas, que podem ser viáveis para o uso terapêutico.

Assim, as características intrínsecas do polimorfismo são: (i) a capacidade de uma mesma substância se apresentar no estado sólido sob mais de uma forma cristalina, isto é, rearranjar seus átomos sob formas

não na Inglaterra e Holanda (Países Baixos), ou os casos da claritromicina, onde a patente do polimorfo foi considerada não inventiva *inter alia* de acordo com a corte holandesa.

⁵² Recentemente o UKPO fez uma consulta pública quanto à aplicação que vem fazendo do conceito de atividade inventiva e o resultado apoiou uma interpretação rígida para evitar a concessão de patentes triviais, mas sem fechar a porta para a concessão de patentes que viessem realmente trazer contribuições significativas ao estado da arte.

⁵³ LIMA, Denise M. Menezes de; SILVEIRA, Carla Cristina de Freitas. *Physis Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, 2011, p. 1520-21.

PIDCC, Aracaju, Ano I, Edição nº 01/2012, p.106 a 143 Out/Dez 2012 | www.pidcc.com.br

diferentes; (ii) a decorrência de uma propriedade intrínseca, isto é, inerente à substância; (iii) as diferenças físico-químicas e alteração na biodisponibilidade, entretanto, atendendo à mesma finalidade ou função.

6. Patentes de novas formas polimórficas e suas consequências

Gama Cerqueira preconiza que “os elementos característicos da invenção devem ser examinados e apreciados de acordo com a função que desempenham e não sob o seu aspecto material (...) este princípio aplica-se a todas as espécies de invenção e é particularmente importante quando se trata de invenções de processo⁵⁴”.

Note-se que quando se trata de aferição de patentes para novas formas polimórficas é necessário verificar se o processo em que se pede a exclusiva não esteja evidenciado em patente original, fato que prolongaria seus efeitos além do previsto em lei, ferindo frontalmente o direito de concorrência e a segurança jurídica⁵⁵.

Dessa forma, existem questões de extrema relevância quando estas criações adentram o campo da propriedade intelectual principalmente no que tange:

- (i) Às próprias ambiguidades dos polimorfos quando na oportunidade do exame técnico para se verificar os requisitos legais e constitucionais a concessão do privilégio;
- (ii) Aos impedimentos à entrada de medicamentos genéricos⁵⁶ pela perpetuação da exclusividade de mercado e dos preços do monopólio de medicamentos devido à extensão da proteção patentária além dos parâmetros legais e,
- (iii) O aumento do número de litígios judiciais pela dificuldade de se limitar o escopo da suposta “invenção”, todas inviabilizando as políticas de saúde pública.

⁵⁴ CERQUEIRA, João da Gama. Tratado de propriedade intelectual, v.II, tomo I, parte II, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952, p. 320.

⁵⁵ Como se trata de uma nova forma cristalina de um composto químico conhecido, para a caracterização da novidade é essencial verificar se esta forma cristalina já não se encontrava presente no composto existente antes da data do depósito do pedido ou da prioridade reivindicada. Desta forma, para a concessão do privilégio deve ser exigida a caracterização da forma cristalina existente no estado da técnica, sem o que não ficará caracterizada a novidade do presumido novo polimorfo. Todos os parâmetros técnicos exigidos para caracterizar o novo polimorfo devem ser igualmente disponíveis para a forma sólida do produto conhecido ou da patente anterior, se for o caso. Vide: <http://www.abifina.org.br/noticias.asp?secao=20&noticia=600>

⁵⁶ O exemplo do medicamento anti-retroviral Ritonavir, que está em domínio público no Brasil, nos mostra na prática os efeitos das patentes de polimorfos. Existem pedidos de patentes de formas polimórficas do princípio ativo do Ritonavir que, se concedidas, impediriam a produção dos respectivos genéricos.

Além disso, os polimorfos por serem considerados como uma propriedade intrínseca da substância, isto é, uma propriedade inerente à matéria em seu estado sólido, é de crucial importância à verificação de que os processos em que se pede a proteção de uma nova forma polimórfica não sejam inerentes da sua própria natureza, despidos de atividade inventiva.

Por outro lado, o processo de obtenção de um polimorfo poderá ser abarcado pela exclusiva a partir do momento que resolver um problema técnico diverso do anteriormente descrito, (como é o caso das criações elencadas no artigo 10, conforme mencionamos).

A ABIFINA⁵⁷ argumentou que há muitos anos a busca de novas formas polimórficas para obter comportamento diverso de solubilidade, processabilidade, estabilidade de produtos químicos em fase sólida é prática rotineira nos laboratórios farmacêuticos e, portanto, é procedimento óbvio para técnicos no assunto:

Pequenas variações nas variáveis de processo podem causar o surgimento de novas formas polimórficas. Em operação a nível industrial, caracterizada por grandes volumes, é difícil conseguir absoluta homogeneidade de condições na massa reacional e não é raro constatar-se a presença de uma forma polimórfica predominante, mas com presença de outra forma em pequenas quantidades. Também no processamento de um fármaco para a preparação de um medicamento podem surgir condições que propiciem a passagem de uma forma polimórfica para outra.

Para a caracterização da novidade e da atividade inventiva de um pedido de privilégio para o processo torna-se imprescindível que o mesmo seja descrito com precisão relacionando-se todos os parâmetros que caracterizam o processo como novo.

A decisão exarada pela 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ilustra a questão, muito embora confundir descoberta com inventividade:

Das matérias referentes à propriedade industrial a patente de medicamentos e das mais controversas, por permitir uma série de estratégias muito mais conceituais, do que inovadoras.

Ou seja, a criatividade, no caso, fica por conta do desenvolvimento de estratégias conhecidas como life cycle management ou overgreening, que consistem no prolongamento de tempo do privilégio mediante a obtenção de múltiplas patentes, com base em diferentes atributos de um mesmo produto, visando a impedir, p. ex. a entrada de genéricos no mercado.

A questão do polimorfismo se insere neste quadro. Desde os anos 60 que se sabe que substâncias orgânicas podem se apresentar, no estado sólido, em diferentes formas, amorfas ou cristalinas, e que estas formas diferentes podem apresentar variações em algumas propriedades físicas como solubilidade, compressibilidade etc, propriedades estas que podem ser importantes para formulações farmacêuticas.

⁵⁷ Patentes de polimorfos. Disponível em: <http://www.abifina.org.br/noticias.asp?secao=20&noticia=600>. Acesso em: 10/10/2012. PIDCC, Aracaju, Ano I, Edição nº 01/2012, p.106 a 143 Out/Dez 2012 | www.pidcc.com.br

Desde o final dos anos 80, problemas havidos com algumas formulações evidenciaram que o exato conhecimento do polimorfo usado na preparação de um medicamento era importante para a sua prescrição terapêutica correta.

A partir de então, o estudo do polimorfismo das moléculas biologicamente ativas passou a ser rotina. E rotina é a antítese da inovação. Dai que a mera descoberta de formas polimórficas de um mesmo produto perdeu o atributo da inventividade, essencial para obtenção de uma patente. (grifo nosso).

O “evergreening” não se esgota em polimorfos. Muitos outros tipos de patentes triviais, como sais diferentes da mesma molécula-base, segundo uso de princípios ativos já conhecidos, novas formulações de medicamentos em uso etc, são subterfúgios usados para obter novas patentes sobre velhas moléculas e assim, mediante táticas de modificação de registros, conseguir a manutenção da exclusividade de mercado e dos preços de monopólio de medicamentos. (AC 200551015078, 2a Turma Especializada do Tribunal Regional.

Federal da 2a Região, por maioria. Rio de Janeiro, 22 de setembro de 2009. DES. FED. MESSOD AZULAY NETO).

Crucial também é atender para as recomendações para o exame de patentes farmacêuticas – WHO – ICTSD- UNCTAD⁵⁸

“Recomendación: El polimorfismo es una propiedad inherente a la materia en su estado sólido. Los polimorfos no se crean, sino que se descubren. Las oficinas de patentes deben tomar conciencia de la posible ampliación injustificada del período de protección, que surge del patentamiento sucesivo del principio activo y sus polimorfos, incluyendo hidratos/solvatos. Los procedimientos para obtener polimorfos pueden ser patentables en algunos casos, si demuestran ser novedosos y cumplen con el requisito de altura inventiva.”

De igual importância é o Boletim Oficial de La Republica Argentina Resolución Conjunta 118/2012, 546/2012 y 107/2012 Min. de Industria – Min. De Salud – INPI/AR “es una propiedad inherente del estado sólido... Es decir, no es una invención realizada por el hombre sino una propiedad de la sustancia.”

Correa⁵⁹ alerta que as formas polimórficas na maioria das vezes não contem um *plus* no estado de arte e, conseqüentemente, não são patenteáveis:

Solvates, including hydrates, were originally considered as "pseudo-polymorphs". Nevertheless, according to the International Conference of Harmonization (ICH) of 1999, they are to be deemed 'polymorphs'. Hydrates/solvates will rarely be inventive, as they are obvious to produce in most situations. Hence, claims relating to changes in the content of water in known molecules (deriving in mono-hydrates, bi-hydrates, etc.) should generally be considered non-inventive and not patentable.

⁵⁸ CORREA, Carlos. Guidelines for the examination of pharmaceutical patents, 2004.

⁵⁹ CORREA, op. cit, p.11.

Como já salientado, o polimorfismo se apresenta como uma propriedade inerente da própria substância em estado sólido e em fases cristalinas, assim, é imprescindível cautela nos exames dos requisitos objetivos e técnicos utilizados em todos os casos para averiguar se há criação potencialmente inventiva capaz de abarcar temporariamente, a exclusividade patentária.

Neste contexto, a proposta formulada pelo INPI pode ser contestada pelas seguintes razões:

- (i) A atividade inventiva deve estar em consonância ao sistema constitucional (a lei assegurará o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.)⁶⁰;
- (ii) A abordagem problema/solução abrange passos sucessivos pré-determinados e objetivos⁶¹;
- (iii) Esta abordagem é apenas uma entre as possíveis para a aferição da presença da atividade inventiva⁶²;
- (iv) O silêncio quanto ao escopo dos limites de proteção de novas formas polimórficas, o que a torna indubitavelmente preocupante devido as possíveis demandas judiciais por infração aos direitos patentários;
- (v) A ausência de descrição minuciosa e precisa de todas as etapas e divulgação de todos os parâmetros do processo pelo qual o “novo polimorfo” foi obtido.

Diz o artigo 13 que “a invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica”.

O estabelecido no artigo 13⁶³ da lei 9.279/96 deve ser interpretado em conformidade como texto constitucional que assegura a propriedade condicionada ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Dessa maneira, o artigo traça parâmetros inquestionáveis quanto ao exame para a aferição da presença deste contributo mínimo: a invenção (a) para um técnico no assunto, (b) ao tempo do depósito do pedido ou da prioridade, (c) não deve decorrer de maneira óbvia do estado da técnica.

⁶⁰ 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.

⁶¹ SOUTO MAIOR, Rodrigo de Azevedo. As possibilidades da atividade inventiva no Brasil: uma busca no direito comparado pelos modos de aferição objetiva do critério de patenteabilidade, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

⁶² SOUTO MAIOR, Rodrigo Azevedo, op. cit.

⁶³ Art. 13. A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica.

PIDCC, Aracaju, Ano I, Edição nº 01/2012, p.106 a 143 Out/Dez 2012 | www.pidcc.com.br

Com efeito, deve as diretrizes de exame conter os procedimentos necessários para que cada um destes parâmetros seja sistemático, claro e sindicável ao exame da atividade inventiva impedindo o desrespeito a cláusula constitucional ao se conceder patentes para invenções que não agregam de fato um *state of art*.

Assim, sempre que não estejam evidentemente conformes os requisitos gerais de patenteamento segundo critérios estritos de exame, cabe efetivamente estabelecer um sistema de desincentivo a concessão de tais patentes através de exame mais rigoroso, compatíveis com o direito internacional aplicável ao país, como demonstra Barbosa⁶⁴:

(a) A exigência de buscas feitas pelo examinador, de forma que o exame não se resuma a simples repetição daqueles já executados no exterior, garantindo que em tais casos se efetuará o exame completo, e não o abreviado ou resumido;

(b) Que haja a comparação da busca independente e os achados em buscas de outros escritórios de patentes;

(c) No caso de exame da atividade inventiva, que se explicita o método seguido para determinação, garantindo assim o devido processo legal no caso de contestação desse aspecto técnico;

(d) A existência de um reexame necessário, por grupo de examinadores, assegurando prazo máximo para essa providência, importando em denegação da pretensão se superado o termo regular de sessenta dias.

Além disso, o autor⁶⁵ propõe a alteração da Lei 9.279/96 relativo às patentes de segundo uso médico, seleção, segundo uso em geral (não só médico), reivindicações de simples formulação e às formas polimórficas, os isômeros, o tamanho das partículas, bem como a associação da substância com sais, ésteres, éteres e metabólitos: Texto a alterar, a saber:

Art. 29-A - Na apuração dos requisitos relativos aos art. 11 e 13, realizados de acordo com o art. 229-C e o Capítulo III do Título I desta Lei, observando, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, será seguido regime específico no exame de invento relativo:

I – À modificação de produto terapêutico ou agroquímico compreendido no estado da técnica, para a qual foi constatada emprego diverso daqueles já conhecidos;

II – Ao aspecto particular de um único elemento ou de um segmento selecionado em um grupo maior, já constante do estado da técnica.

⁶⁴ BARBOSA, Denis Borges. Polifôrmos, Enantiômetros & Coetera. Uma proposta de mudança legislativa, 2011, p. 53.

⁶⁵ BARBOSA, op. cit., p. 51-52.

III - A novas aplicações de produtos ou processos incluídos no estado da técnica, ainda que o propósito para o qual devam ser usados difira daquele descrito no estado da técnica.

IV- A simples formulação, compreendendo produtos ou combinações já constantes, individual ou coletivamente, do estado da técnica, ainda que se alegue efeito técnico novo.

V - Às formas polimórficas, os isômeros, o tamanho das partículas, bem como a associação da substância com sais, ésteres, éteres, metabólitos, e ainda os complexos, combinações ou outros derivados do produto compreendido no estado da técnica.

§ 1º. Nas hipóteses deste artigo, o processo administrativo conterá:

I - transcrição completa, nos autos do processo administrativo, do testemunho das buscas autônomas de anterioridades efetuadas diretamente pelo examinador, citando fontes e estratégia de busca, e justificando detalhadamente a eventual inexistência de novos achados;

II – o resultado das buscas realizadas por repartições de patentes estrangeiras, em relação aos documentos a que a autarquia tenha convênio especial de acesso, se houver;

III – análise comparativa entre as fontes mencionadas nos incisos I e II deste parágrafo.

IV – metodologia usada para análise referente ao art. 13 se tiver sido demonstrada a satisfação do requisito do art. 11.

V – As razões pelas quais o examinador entenda haver suficiência descritiva, que permita o pleno uso do objeto pretendido por terceiros, nas hipóteses legais em que caiba tal uso.

VI – A satisfação do requisito de aplicabilidade industrial, assim não se considerando as hipóteses em que a tecnologia só possa ser implementada em caráter privado e pessoal, ou de outra maneira cuja reprodução implique em intervenção humana a cada caso.

§ 2º. Nas hipóteses dos incisos do caput deste artigo, o exame administrativo ou judicial não presumirá a existência dos requisitos dos art. 11 e 13 desta lei, incumbindo ao requerente ou titular prová-la.

§ 3º. Caso conclua pela existência dos requisitos dos art. 11 e 13, o examinador referirá automaticamente suas conclusões a grupo de revisão, constituído de três técnicos de igual ou superior qualificação, salvo se o pedido mereça indeferimento por aplicação de outros requisitos legais.

§ 4º. Ao fim de sessenta dias, salvo se a maioria dos revisores concluir pela existência dos pressupostos de patenteamento, dar-se-á por exarada a manifestação pelo indeferimento.

§ 5º. – Será assegurado ao titular do pedido e a todos interessados, nos termos desta Lei e, no que couber da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o pleno acesso aos recursos e meios de defesa de seus interesses.

Art. 13. A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica.

Parágrafo único – Nas hipóteses do art. 29-A, a atividade inventiva será reconhecida quando se apurar um progresso técnico relevante em face do estado da técnica.

7. Considerações Finais

É necessário salientar que a concessão de patentes amplas, difusas e mal examinadas seja de que área for, afetam negativamente o mercado e a sociedade em geral que acabam pagando um custo monopolístico indevido. O que caracteriza a patente como uso social da propriedade é o fato de que ela consiste em um direito limitado por sua função – existe quando socialmente útil⁶⁶. Tudo que representar o contrário é um contra direito.

“A lei de patentes não é um estatuto de proteção ao investimento – e nem dos inventores; não é um mecanismo de internacionalização do nosso direito nem um lábaro nacionalista; é e deve ser lida como um instrumento de medida e ponderação, uma proposta de um justo meio e assim interpretado. E no que desmesurar deste equilíbrio tenso e cuidadoso, está inconstitucional⁶⁷”.

Portanto, é imprescindível e indeclinável um exame cuidadoso e concreto, respeitando caso a caso antes de se averiguar se um novo polimorfo de uma substância conhecida ou um processo de sua obtenção carecem de atividade inventiva. Assim, tanto o produto quanto o processo (art. 42, I e II) poderão ser patenteáveis (exceto às criações em que a lei optou por não proteger por patentes) desde que resolvam um problema técnico diverso do anteriormente descrito e, principalmente, que satisfaçam todos os critérios objetivos exigidos pela lei 9.279/96.

Por fim, é necessário mencionar um problema que exige atenção: a lei de propriedade intelectual ao regular o conteúdo jurídico das patentes de invenção diz no enunciado do artigo 42, I e II que a patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos “processo” ou “produto” diretamente obtido por meio do processo patentado. O que significa?

Significa que a concessão de patentes sobre um processo para a criação de novas formas polimórficas conferirá ao titular os mesmos direitos de propriedade sobre o produto criado a partir do processo patentado.

Portanto, é preciso cautela porque a proteção conferida aos produtos fabricados com processos patentados, a estes, se dará a tutela equivalente aos dos produtos advindos efetivamente do processo reivindicado.

⁶⁶ BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 499.

⁶⁷ BARBOSA, op. cit.

Assim, como a matéria debatida se encontra em estado embrionário em apreciação nos principais centros de patentes, não é viável e nem prudente para os órgãos administrativos competentes estabelecerem critérios de adequação antes de ser consolidada uma política sólida e sindicável de propriedade intelectual, com vistas, sempre ao interesse socioeconômico e tecnológico do País.

Será um contra senso e contrário ao interesse público quando não há no momento, doutrinas sindicáveis e legislações eficazes para dirimir as celeumas e alcançar um equilíbrio razoável quanto à proteção para estas espécies de criações.

8. Referências

BARBOSA, Denis Borges. Tratado de propriedade intelectual. 5] § 2.1. Um exemplo: a novidade no caso de cultivares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 312.

_____. Tratado de propriedade intelectual. Seção 5, § 4 – a metodologia para determinar a atividade inventiva. Rio e Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BARBOSA, Denis Borges et all. O contributo mínimo na propriedade intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 10.

BARBOSA, Denis Borges, Research Handbook On The Protection Of Intellectual Property Under WTO Rules, Intellectual Property in the WTO Volume I, Edited by Carlos M. Correa, Director, Center for Interdisciplinary Studies of Industrial Property and Economics, University of Buenos Aires, Argentina.

_____. Serviços de Consultoria – Projeto PNUD/BRA/06/036-BSB-Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, 2010.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. As patentes farmacêuticas e os direitos humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, v.2, Curitiba, 2009, p. 13.

BRASIL. Lei 9.279/96. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual.

BRASIL. Lei 10.196/01. Altera e acresce dispositivos à Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e dá outras providências.

CARVALHO, Nuno Pires de. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs. USA: Ed. Kluwer Law Internacional, 2006, p.28-33.*

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado de propriedade intelectual, v.II, tomo I, parte II, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952, p. 320.

CORREA, C. M. Propriedade Intelectual e Saúde Pública. 1ª edição, La ley, Buenos Aires, 2006.

_____. Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, p.311-345.

_____. Guidelines for the examination of pharmaceutical patents, 2004.

CHAVANNE e Burst. Droit de La propriété industrielle, Dalloz, 1990, n. 16 e seg., p. 33-34.

LEONARDOS, Luiz; OSWALD, Maria Cecília. Direito de patentes: uma resposta de filtragem constitucional. Revista da ABPI, 2007, p. 10.

LIMA, Denise M. Menezes de; SILVEIRA, Carla Cristina de Freitas. Physis Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 2011, p. 1520-21.

LOVE, James. Remuneration Guidelines for non-voluntary use a patent on medical Technologies – WHO/TCM/2005, Geneva, 2005.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro apud BARBOSA, Denis Barbosa. O Código de propriedade intelectual conforme os tribunais, 2011, p. 131, no prelo.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1983, p. 274.

MUSUNGU, Sisuli e OH, Cecília. The Use of Flexibilities in TRIPS BY Developing Countries. World Health Organization, 2006, p. 19.

POLLAUD Dullian. La brevetabilité des inventions, Litec, 1997, p.41

PLAZA, Charlene de Ávila. Notas sobre patentes e certificados de cultivares: conflitos ou complementos de proteção? Revista da ABPI, n. 118, mai/jun de 2012, p. 12.

PLAZA, Charlene de Ávila. Recentes precedentes da Comunidade Europeia em propriedade intelectual. Revista da ABPI, 116, 2012.

RAIMUNDO Jorge. Patentes polimórficas e patentes de segundo uso médico, 2009.

SOUTO MAIOR, Rodrigo de Azevedo. As possibilidades da atividade inventiva no Brasil: uma busca no direito comparado pelos modos de aferição objetiva do critério de patenteabilidade, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

Recebido no dia 19/10/2012

Aprovado no dia 22/10/2012

Publicado no dia 30/10/2012

O DIREITO DO AUTOR SOBRE A EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DA OBRA *The author's right about the economic exploitation of the work*

Querino Mallmann¹

RESUMO: Com os recentes avanços tecnológicos ocorridos nas últimas décadas, principalmente a partir da segunda metade da década de 1990, a Propriedade Intelectual como um todo, e o Direito Autoral em particular vivem, a maior ameaça que já sofreram nos últimos três séculos. A primeira grande ameaça foi com a imprensa de Gutenberg (século XV, entre 1445-1450), neutralizado no século XVIII, com o *Copyright Act*, da rainha Ana da Inglaterra, no ano de 1710, que limitou os privilégios de reprodução dos editores, atribuindo o direito de reprodução aos autores das obras intelectuais, constituindo-se, assim, num significativo avanço na proteção do direito autoral para a época e que foi seguido pelos demais países europeus como França, Alemanha, Dinamarca e Espanha; a segunda grande ameaça ocorreu com a invenção das máquinas de reprodução fotostática, mais conhecidas por máquinas Xerox, pelo norte-americano Chester Carlson em 1937, que se tornaram economicamente viáveis a partir de 1950 pela Xerox Co., daí também a denominação de xerografia. Passado quase meio século, parece que a ameaça novamente está de volta, desta vez, com o avanço da tecnologia digital e do computador que permitem cópias perfeitas, enquanto que a Internet sem fronteiras, favorece sua rápida disseminação, a um custo de distribuição relativamente baixo. Além, é claro, da facilidade e da rapidez em poder se distribuir e disponibilizar, em uma fração de segundos, uma obra digitalizada para centenas de milhares de pessoas, com um simples apertar de uma tecla de um computador interligado na rede mundial de computadores. Será que o direito autoral sobreviverá ao desafio da internet? Sem sombra de dúvida, essa e outras perguntas têm provocado inúmeros comentários de especialistas preocupados com a sobrevivência do direito autoral. Mas ao que nos parece, o direito autoral não está morto. A sua natureza jurídica resistiu a todas as intempéries e há de sobreviver também a essa.

Palavras Chaves: exploração mínima da obra; direito autoral; tecnologia digital

ABSTRACT: With the recently technological advances occurred in the last decades – principally since the second half of the 1990s, the intellectual property as a whole and the copyright have experienced the strongest threat ever in the past three centuries. The first threat was Gutenberg's printing press (XV century, between 1445-1450), neutralized in the XVIII century, with the queen Ana I of the Great-Britain's Copyright Act, in 1710, that limited the editors' privileges of reproduction, attributing the right to reproduction to the authors of the intellectual works; it turned to be a relevant advance in the protection of the copyright at that time, and the same thing happened in some European countries, such as France, Germany, Denmark and Spain. The second threat occurred with the invention of the machines of photo static reproduction, better known as Xerox copy machines, by the north-American Chester Carlson, in 1937, which became economically feasible in 1950 by Xerox Co.; that's why the term *xerography*. Almost half a century later, it seems that the threat is already back; but this time, along with the advance of digital technology and of the computers - that give us perfect copies – the internet with no limits favors its fast dissemination, at a relatively low distribution cost. Besides, obviously, the facilities and fastness in distributing and availing, in a fraction of seconds, a digitalized work to hundreds of thousand of people, with a simple "press in the bottom" of a computer interconnected to the World Wide Web. Will the copyright survive the Internet? Doubtless, this and other questions have incited numberless of comments from specialists worried about the survival of the copyright. But, as far as we can see, the copyright is not dead. Its juridical natural has resisted to all bad times and for sure will survive this one too.

Keys word : minimum exploration work; copyright, digital technology

1. Introdução

¹ Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da UFAL - Universidade Federal de Alagoas e da Disciplina "Direito da Propriedade Intelectual" no Mestrado em Direito.

Vivemos hoje numa verdadeira globalização tecnológica, onde toda ou qualquer informação pode estar disponível simultaneamente em qualquer parte do mundo, inclusive para download, a um simples apertar de uma tecla de um computador ligado na rede mundial de computadores, sem no entanto, perguntarmos se o conteúdo ou as cópias que estamos fazendo são lícitas ou não.

Como a Internet vem se constituindo no meio mais moderno de comunicação social e de entretenimento dos últimos tempos, assistimos maravilhados a esta extraordinária florescência dos meios de comunicação e informação. A informação sendo instantânea, transporta a todos para o núcleo dos acontecimentos. Antes da instantaneidade da informação, recebia-se a notícia do fato já concluído. Hoje, não, acompanha-se a gênese do acontecimento, e dele pode-se participar, modificando e alterando suas conclusões. E com relação ao direito da propriedade intelectual, parece que não é diferente. Muitas obras, inclusive, protegidas pelo direito autoral, são objetos, de cópias e reproduções não autorizadas. Na maioria das vezes, por desconhecimento da importância que se deve dar à proteção das obras intelectuais para o desenvolvimento da cultura de um povo, de uma nação, pois, a importância cultural de um povo – entre outras razões –, reside no fato de que são os autores os verdadeiros criadores da cultura. A literatura e a arte são frutos da atividade intelectual humana. Protegê-los, é proteger a cultura, é promover a cultura. Não é possível querer cultura, sacrificando o direito de autor. Este é o requisito para aquele. Assim, dando proteção aos autores, o país pode promover melhor o seu desenvolvimento econômico, social, político, cultural e científico. Aliás, os países que mais progrediram, foram exatamente aqueles que mais protegerem a propriedade intelectual, e os que hesitaram em fazê-lo, menos progrediram.

Reconhecer o direito da propriedade intelectual é antes de mais nada uma questão de respeito, inclusive a dignidade da pessoa humana, vez que este direito sempre esteve presente nas constituições brasileiras, consagradas também pela Constituição de 1988, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, artigo 5º, incisos XXVII a XXIX.

Discorrer, portanto, sobre o tema, sem pretensão de esgotá-lo, mas iniciar uma discussão que nos leve para vãos panorâmicos mais altos e de nobreza que o assunto merece.

2. O Direito do Autor Sobre a Exploração Econômica da Obra

O Direito de explorar economicamente a obra é um direito personalíssimo do autor. A Lei de Direito Autoral assegura ao autor o direito exclusivo de reproduzir, distribuir e comunicar ao público sua obra, ou então de conservá-la inédita (inciso III, art. 24, da LDA/98)².

Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, podendo expressá-la ou fixá-la por qualquer meio ou em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Temos assim, um leque muito grande de meios, formas, modalidades através dos quais o autor da obra pode explorá-la. É do seu livre arbítrio. Mas nem sempre o autor reúne

² Neste sentido, o acórdão do TJSP. “Direito Autoral. Indenização. A publicação em revista semanal de trechos de diário pertencente a ex-Presidente da República falecido, sem a autorização de seus familiares, enseja indenização, a título de direitos autorais, aos herdeiros do de cujus, ainda que se trate de obra de acentuada importância histórica, pois era direito da família mantê-la inédita e sem publicação”. Apelação Cível n. 95.250-4/5, 3ª, Câmb., Rel. Des. Alfredo Migliori, j. 06.06.2000. RT n. 782, dez./2000, p. 238.

as condições materiais para tal envergadura, podendo, neste caso transferir os direitos patrimoniais para que terceiros a explorem, em seu nome, mas mediante uma remuneração pecuniária, em contrato previamente ajustado entre as partes.

Embora a LDA não traga em seu bojo nenhum dispositivo que disponha especificamente sobre a comunicação ao público das obras pelo meio eletrônico, rede mundial de computadores ou Internet, o legislador também deixou à salvo os direitos autorais do autor quando dispôs que são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (art. 7º., da LDA/98).

Entre as diversas formas de exploração econômica da obra, existe a reprodução, a distribuição e a comunicação ao público.

3. Direito de Reprodução

O direito de reprodução é um direito que o titular de uma obra tem de autorizar ou não a reprodução ou cópia de sua obra, nos mais variados processos de reprodução, tais como: a impressão, gravação sonora, fotocópia, litografia, fotografia, etc. Mas, assim como o titular de um direito autoral tem a prerrogativa de autorizar a reprodução de sua obra, pode, também proibir ou impedir que terceiros façam cópias da sua obra protegida.

Para Delia Lipszyc “o direito de reprodução envolve a faculdade de exploração comercial de uma obra ou de parte dela, mediante a sua fixação em qualquer meio físico que permita sua comunicação ao público através de um ou vários exemplares”.³ Como exemplo dessa espécie de utilização pode-se citar o contrato de edição, que constitui o fundamento jurídico entre o titular do direito de autor e os editores para a publicação da obra protegida.

A reprodução de uma obra, no entanto, pode compreender várias modalidades de reproduções, tais como a edição, a reprodução mecânica⁴, a reprodução reprográfica⁵ e a reprodução por meio digital ou eletrônica, ou seja, a inclusão de uma obra ou parte dela em um sistema de computador, também é considerada reprodução segundo a convenção de Berna, artigo 9, 1)⁶.

O direito de reprodução não somente cobra a exploração da obra em sua forma original, mas também as transformações que esta obra sofre, assim, para traduzir, adaptar, compilar, etc, é necessário obter-se uma autorização do autor da obra original.

O autor pode autorizar a realização de um ou de todos esses atos de exploração. Se autorizar a divulgação em apenas um meio e numa época estipulada, não se podem fazer cópias fora do meio e do prazo acordado e nem distribuí-las.

³ LIPSYC, Delia. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: Editora Zavallia, 1993, . 179.

⁴ *Reprodução mecânica*, que é a reprodução de uma obra em forma de gravação sonora (fonogramas) ou de fixação audiovisual, produzidas mecanicamente em sentido mais amplo de termo, com inclusão dos procedimentos eletroacústicos e eletrônicos

⁵ *Reprodução reprográfica*, que é a reprodução por qualquer sistema ou técnica pelas quais se fazem reproduções de exemplares escritos e de obras gráficas em qualquer tamanho ou forma;

⁶ Artigo 9, 1) “Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução das suas obras, de qualquer maneira e por qualquer forma”.

Em compensação uma produtora de fonogramas ou uma empresa editorial que realizam contratos editoriais, pode reproduzir a obra por diversos meios, divulgá-la e vendê-la.

4. Direito de Distribuição

Pelo direito de distribuição, o titular de um direito de autor, autoriza terceiros de colocar a sua obra em circulação. Uma das razões disto está no aspecto do autor de uma obra intelectual ter o reconhecimento da sociedade, embora que nada o impede de mantê-la inédita, mas nesta circunstância, provavelmente não terá os aplausos desta.

É através da autorização para distribuição e conseqüentemente a circulação de sua obra, nas condições previamente estabelecidas, quanto ao tempo, local ou território geográfico de circulação de sua obra, que o autor vai atingir o público e buscar sua consagração junto a ele.

5. Direito de Comunicação Pública

O Direito de comunicação pública é também denominado de direito de representação, ou seja, é aquele direito que a lei confere ao autor de apresentar a obra ao público sem necessidade de multiplicação de exemplares. Essa forma de comunicação da obra requer um local público, quer dizer, fora do âmbito familiar ou das amizades, estando associado a qualquer rede de difusão. Podem ser exemplo, tais como, as obras dramáticas e a projeção de filmes, etc.

A Comunicação pública pode ocorrer através de três espécies ou modalidades. Através da representação pública; execução pública e através de reprodução da obra em locais de frequência coletiva, que podem ser os teatros, cinemas, salões de baile, concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta e indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas (art. 68, da LDA/98).

Importante ressaltar, no entanto, que qualquer forma de exploração da obra, quer seja com o intuito de lucro direto ou indireto, depende de autorização do autor da obra, não podendo ninguém se locupletar do trabalho alheio, devendo reverter em favor do titular da obra intelectual uma vantagem pecuniária.

Assim, a exibição de um filme, por exemplo, num avião, ou a execução de canções em restaurantes, mesmo que não haja pagamento de entrada ou couvert, exigem autorização. Mesmo não havendo pagamento com a finalidade de assistir àquela forma de comunicação da obra, ela tem todavia um objetivo indireto de lucro, levando a clientela a preferir aquele serviço, devendo-se pagar, portanto, os direitos autorais sobre a obra intelectual.⁷

Assim como as obras originárias, que depende de autorização para sua exploração econômica, as obras derivadas, tais como a adaptação, a tradução e os arranjos, também necessitam, para sua utilização, do consentimento do autor da obra originária.

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 84

O Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre o Direito de Autor (TODA ou WCT, em inglês⁸), artigo 8, dispõe ser direito exclusivo do autor de obras literárias e artísticas, e sem prejuízo da Convenção de Berna, o direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público de suas obras por meios *alâmbricos*⁹ ou *inalâmbricos*¹⁰, inclusive às que forem colocadas à disposição do público de tal forma que estes possam acessá-la do lugar e no momento que cada um preferir.

Portanto, entende-se por comunicação pública de uma obra, todo ato pelo qual uma pluralidade de pessoas pode ter acesso a todo ou parte dela, em sua forma original ou transformada, por quaisquer meios que não consistem somente na distribuição de exemplares.

O direito de comunicação pública envolve, como já enfatizamos anteriormente, toda comunicação direta¹¹ ou indireta (mediante fixações, como discos fonográficos, fitas magnéticas ou outro tipo, como filmes, videocópias, etc., ou através de um agente de difusão, como o da radiodifusão – incluídas a radiodifusão por satélite e a distribuição por tv cabo, por exemplo.

No entanto, se esta transmissão é retransmitida por outro organismo de radiodifusão ou através de um satélite ou distribuído por uma rede de cabos, o público ao qual está destinado esse espetáculo irá se ampliando cada vez mais, de modo que cada ato pelo qual a obra se destina a um *público novo*, distinto do previsto na contratação originária, constitui uma nova comunicação pública e está sujeito à necessidade de prévia autorização e ao pagamento de uma remuneração diferenciada, se estas ampliações não haviam sido negociadas nas condições contratuais primitivas.¹²

6. Comunicação Pública das obras cinematográficas e de audiovisuais

Nesta modalidade, a comunicação ao público pode dar-se tanto pela forma originária, tradicional e direta - mediante a projeção sobre uma tela em uma sala cinematográfica -, ou de uma forma distinta da indicada, em qualquer outro lugar, acessível ao público, *v.g.*, em um *vídeo-bar*, numa cafeteria, num restaurante, etc.

A comunicação ao público também pode ser de forma *indireta*, quando realizada mediante uma cópia da obra ou através de um agente de difusão (organismos de radiodifusão ou empresa de distribuição por cabo).

7. Comunicação pública de obras fonográficas

⁸ TODA/WCT (Tratado da OMPI sobre Direito de Autor/ *WIPO Copyright Treaty*)

⁹ O meio “*alâmbrico*” é a tecnologia que permite aos usuários, através de um suporte material como o fio, transmitir ou acessar a informação de uma determinada posição geográfica; como exemplo, poderíamos citar o telefone convencional, fibra ótica, tv a cabo, etc.;

¹⁰ O meio “*inalâmbrico*” é a tecnologia que permite aos usuários acessarem a informação e serviços eletronicamente, através de um suporte material sem fio, independente de sua posição geográfica, exemplo: o rádio, o telefone celular, tv via satélite, internet via rádio, etc.

¹¹ comunicação direta é aqui entendido como comunicação “*ao vivo*”.

¹² FRANÇON, André. *Cours de Propriété Littéraire, Artistique et Industrielle*. Paris: Ed. Les Cours de Droit, 1985, p. 314.

Como qualquer outro produto colocado à disposição do mercado, a indústria fonográfica da música utiliza-se de estratégias de “marketing” para vender. No caso particular da música, esta passa a ser conhecida através da comunicação ao público.

Conforme dispõe o art. 5º da lei de direito autoral n. 9.610/98, comunicação ao público é “ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares”.

Porém esta comunicação ao público não pode ser realizada por qualquer pessoa, deve ser previamente autorizada, e de forma expressa, pelo autor. Isto, deve-se ao fato do direito autoral ser um direito com características patrimoniais como qualquer outro, não sendo possível a ninguém invadir a esfera de direitos dos alheios sem a anuência de seu titular.

O art. 68, caput da LDA 9610/98 determina que “sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou litero-musicais e fonogramas, em representação e execução públicas”.

Esta autorização, determinada pela legislação, é dada pelo autor no próprio contrato de edição.

No que diz respeito à execução pública, a transmissão por radiodifusão é uma das diversas espécies e modalidades em que uma obra musical pode ser levada ao conhecimento do público, sendo o rádio, para Nehemias Gueiros Jr, de fundamental importância:

O rádio possui importância liderante na indústria musical do mundo até hoje, depois de breve ataque inicial da televisão durante poucos anos, é ainda o veículo mais importante para divulgação e promoção de fonogramas musicais no grande mercado(...). A indústria fonográfica deve ao rádio como suporte basilar inicial de suas operações que hoje se tornaram globais. E mesmo depois de 80 anos de sua descoberta prática, o rádio continua sendo a força motriz de divulgação das obras musicais que movimentam nosso mercado.¹³

Conforme dispõe o art. 5º, XII da LDA, a radiodifusão é a “transmissão sem fio inclusive por satélites, de sons, imagens ou das representações dessas para recepção ao público e a transmissão de sinais codificados, quando os meios de decodificação sejam oferecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com seu consentimento.”

É através do mecanismos de radiodifusão – aí compreendidos não somente o rádio, a televisão aberto e via cabo, mas também todos os meios *alâmbrios* ou *inalâmbrios*, com ou sem fio -, que tornam a obra musical do conhecimento e execução pública.

8. Comunicação pública da obra através da radiodifusão

¹³ GUEIROS JUNIOR, Nehemias. *O direito autoral no Show Business: A música*. Rio e Janeiro: Gryphus, vol. 1, 1999, p. 64

O termo radiodifusão¹⁴ engloba tanto o rádio sonoro ou radiofônico como a televisão. Significa a comunicação à distância de sons ou imagens para recepção pelo público em geral por meios *inalâmbricos* (sem fio, tais como, as ondas radioelétricas ou eletromagnéticas),¹⁵ ou por meios *alâmbricos* (distribuição por fios, cabos de cobre, de fibra ótica ou outros meios análogos).

O direito de radiodifusão de obras protegidas compreende, portanto, qualquer meio que sirva para a difusão da obra, seja por meio de fios (*meios alâmbricos*), ou sem fio (*meios inalâmbricos*) de sinais, sons ou imagens, incluída a comunicação pública por *satélite*”.

Pela radiodifusão ou comunicação pública *inalâmbrica* o público recebe os programas sintonizando apenas os aparelhos de rádio ou de televisão na frequência de onda hertziana¹⁶ em que os organismos de radiodifusão transmitem, por isso também chamada de *radiodifusão aberta*. Nesta modalidade de comunicação, o usuário final não carece de pagamento dos direitos autorais, pois já foram ajustados previamente com o distribuidor. Em contrapartida, na *distribuição por cabo* ou *via satélite*, onde a comunicação se realiza por fios, cabos, fibra ótica, raio laser, via satélite ou outro meio condutor análogo, onde os sinais somente podem ser captados legalmente pelo público que tenha contratado previamente os serviços, os direitos autorais são devidos, mas estes serão pagos diretamente pelo distribuidor que disponibilizar as obras na rede.

Importante frisar que para cada modalidade de comunicação ou exploração da obra, é necessária autorização do titular da obra, pois os negócios jurídicos envolvendo os direitos autorais, interpretam-se restritivamente (art. 4º, da LDA/98).

Apesar dos mecanismos de radiodifusão terem a seu favor o *princípio da independência dos direitos de exploração*, ao autor pertence o direito exclusivo de autorizar não somente a emissão ou transmissão, mas também o direito de autorizar a retransmissão seja por qualquer o meio a ser utilizado, *alâmbrico ou inalâmbrico*.¹⁷

A Convenção de Berna, assegura de igual forma este direito exclusivo aos autores das obras literárias e artísticas, ao dispor no artigo 11, bis 1 que:

¹⁴ Entende-se por radiodifusão a transmissão por qualquer meio *inalâmbrico*, isto é, sem fio, de sons e imagens ou imagens e sons, para sua recepção pelo público.

¹⁵ De frequência abaixo de 3.000 Gigahertz. As ondas eletromagnéticas podem ser divididas de acordo com sua frequência em: *muito baixas, baixas, médias, altas, muito altas, ultra-altas, super altas, e extremamente altas*. As ondas eletromagnéticas *muito baixas*, são usadas, por exemplo, nos serviços de radiodifusão AM (*entre 525 KHz e 21.750 KHz*); as *médias* ou *Médium Frequencies*, utilizadas por rádio FM (*entre 88 – 108 MHz*); as *muito altas*, utilizadas por televisões (*entre 470 – 512 MHz*) e por telefonia móvel (*entre 870 – 890 MHz*); e as *extremamente altas*, utilizadas por infravermelhos (*de 10³ GHz*) e raio laser (*entre 10³-10³ GHz*). Depois destas, viriam as ondas de frequência eletromagnéticas acima de 3.000 Gigahertz (GHz) com aplicação para energia térmica e outras finalidades. *Revista Super Interessante*. São Paulo: Abril, 1990, p. 61-65.

¹⁵ Ondas hertzianas são ondas eletromagnéticas que foram descobertas, em 1888, pelo físico alemão Heinrich Hertz (daí o nome “*hertzianas*”) e posteriormente utilizada pelo físico italiano Guglielmo Marconi para transmitir uma mensagem através do Oceano Atlântico. In LANGE, Deise Fabiana. *O Impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos*. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 49.

¹⁶ Ondas hertzianas são ondas eletromagnéticas que foram descobertas, em 1888, pelo físico alemão Heinrich Hertz (daí o nome “*hertzianas*”) e posteriormente utilizada pelo físico italiano Guglielmo Marconi para transmitir uma mensagem através do Oceano Atlântico. In LANGE, Deise Fabiana. *O Impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos*. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 49.

¹⁷ O meio “*alâmbrico*” é a tecnologia que permite aos usuários, através de um suporte material como o fio, transmitir ou acessar a informação de uma determinada posição geográfica; como exemplo, poderíamos citar o telefone convencional, fibra ótica, tv a cabo, etc.;

Os autores das obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar: 1º., a radiodifusão das suas obras por qualquer outro meio que sirva à difusão sem fios dos sinais, sons ou imagens; 2º., qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando essa comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem; a comunicação pública, por alto-falantes ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens, da obra difundida.¹⁸

Portanto, tanto a *transmissão* como a *retransmissão* de uma obra literária ou artística necessita da autorização do seu titular, sendo que a autorização para um tipo de exploração não pode ser estendida para outra modalidade, por mais similaridade que existir – salvo tiver sido pactuado previamente –, pois os direitos autorais, como acima já frisado, interpretam-se restritivamente.

9. Comunicação Pública por Satélite

Antes do desenvolvimento das comunicações por satélite, somente a radiodifusão cobria o território do país em qual se efetuava a emissão. Com as transmissões mediante satélites abriu-se outras possibilidades de comunicação das obras intelectuais, bem como de acesso à informação e ao entretenimento.

Mas por outro lado, estas inovações tecnológicas trouxeram também graves problemas para a proteção dos direitos de autor e direitos conexos. Os problemas se relacionam, em especial, com a licitude destas difusões nacionais e transnacionais e das condições em que se efetuavam tais atos de comunicação pública (por exemplo, se havia o devido respeito pelos direitos morais do autor) e o pagamento pelas remunerações originadas pelas sucessivas explorações e distribuições, pois muitas senhas eram pirateadas, caindo nas mãos de quem não estava autorizado legalmente a ter acesso à informação. Mas este problema foi superado, em grande parte, pelo próprio aperfeiçoamento do sistema tecnológico dos últimos anos.

Buscou-se desta forma e através do próprio avanço tecnológico superar o problema da pirataria ou do acesso não autorizado aos programas que eram distribuídos através de senhas.

10. Comunicação Pública pela Televisão a Cabo

A distribuição por cabo é uma operação pela qual os sinais de programas produzidos eletronicamente são transmitidos por um dispositivo condutor (fio, cabo coaxial, fibra ótica, raio laser ou qualquer outro meio análogo) através de certa distância para os fins de recepção pelo público em geral ou por uma parte qualquer do mesmo.

A transmissão por cabo compreende as transmissões puramente sonoras, as transmissões audiovisuais e também as chamadas televisões por cabo. Esta última, muito difundida nos dias atuais, pode induzir a confusão quanto à natureza jurídica da distribuição

¹⁸ CONVENÇÃO DE BERNA. Texto Oficial em Português. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 1995, artigo 11 bis.

por cabo, pois a televisão está inserida no conceito de radiodifusão mesmo que a distribuição por cabo não constitua radiodifusão, porque se realiza por meio de um dispositivo que conduz os sinais de programas desde uma instalação distribuidora a uma instalação receptora, que as transforma em oscilações audíveis e visíveis. Em troca, na radiodifusão, as ondas eletromagnéticas se transmitem por espaço hertziano, sem guia artificial, por qualquer sistema *inalâmbrico*.

A Convenção de Berna admite que as legislações nacionais estabeleçam que *organismos de origem* podem recorrer à distribuição por cabo (cabo coaxial, fibra ótica, etc.) para superar obstáculos ou para ampliar o alcance de suas comunicações públicas por radiodifusão, dentro do território do país que lhe outorgou a licença para radiodifundir ou utilizar, com os mesmos efeitos, sistemas *inalâmbricos* como antenas, satélites, etc.¹⁹

Mas a distribuição de programas radiodifundidos quando realizado por um *organismo distinto de origem*, importa um novo ato de comunicação pública e, como direito exclusivo de exploração de que goza o autor, deve estar expressamente autorizado por este a ser redistribuído. Neste caso nos encontramos diante de uma exploração secundária da obra, daí ser necessário a autorização autoral e o pagamento de uma remuneração por parte do cabo-distribuidor, não compreendida o pagamento que é realizado pelo organismo de origem, que somente inclui as atividades realizadas por este que *foram previstas pelas partes ao contratar*. É neste sentido que aponta a Convenção de Berna, artigo 11 bis, 1):

Os autores das obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar: 1º., a radiodifusão das suas obras por qualquer outro meio que sirva à difusão sem fios dos sinais, sons ou imagens; 2º., qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radio-difundida, quando essa comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem; a comunicação pública, por alto-falantes ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens, da obra radio-difundida.

11. Comunicação Pública de Obras por Redes de Computadores

A comunicação pública de obras por redes de computadores é uma inovação recente em decorrência do avanço tecnológico dos últimos anos, tanto na área da informática como no sistema das telecomunicações.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), atenta a estes novos mecanismos tecnológicos de comunicação pública, vem atualizando a Convenção de Berna de proteção à propriedade intelectual, como o fez recentemente, em 1996, através do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC, em inglês, TRIPs)²⁰ e do qual resultaram dois importantes Tratados, um sobre a proteção do direito de autor (TODA/WCT)²¹ e outro sobre os direitos conexos

¹⁹ DELGADO, Antonio. *Utilización de Obras Audiovisuales por Satélites y Cable. La Intervención de las sociedad de autores*. Buenos Aires, Livro-Memória del V Congresso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales, 1990, p. 230-231.

²⁰ AADPIC/TRIPs; Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio/Trade Related Intellectual Property.

²¹ TODA/WCT: Tratado da OMPI sobre Direito de Autor/WIPO Copyright Treaty.

(TOIEF/WPPT)²², ambos com o objetivo de proteger os direitos autorais no comércio eletrônico.

O Tratado da OMPI que dispõe sobre a proteção dos direitos de autor (TODA/WCT) assegura no artigo 8, o direito de comunicação pública da obra por qualquer meio, seja ele, *alâmbrico* ou *inalâmbrico*:

Sin perjuizo de lo previsto em los Artículos 11.1)ii), 11 bis.1)i) y ii), 11 tér.1)ii, 14.1)ii y 14 bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público pueden acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.²³

Da mesma forma é o disposto no artigo 7 e artigo 15, 4) do Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução e Fonogramas (TOIEF/WPPT) que assegura aos artistas ou executantes o direito exclusivo de autorizar a reprodução de suas interpretações ou execuções fixadas em fonogramas, por qualquer procedimento ou por qualquer forma, bem como o de colocar a disposição do público as suas obras, seja por fio ou sem fio²⁴.

Este assunto, devido a sua importância e relevância para o presente trabalho, será melhor aprofundado no próximo capítulo, onde dedicamos um estudo especial sobre a matéria em questão.

Já em relação ao Banco de dados, estes também mereceram atenção pelo Tratado da OMPI sobre direitos de autor (TODA/WCT), artigo 5, como obras de criação intelectual com proteção pelo direito autoral:

Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación.²⁵

No entanto, é importante frisar que somente gozam da proteção pelo direito de autor as bases de dados ou compilações de dados onde houve um trabalho humano e

²² TOIEF/WPPT: Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução e Fonogramas/*WIPO Performances and Phonograms Treaty*.

²³ Numa tradução livre: “Sem prejuízo do previsto nos artigos 11.1)ii), 11 bis.1)i) y ii), 11 tér.1)ii, 14.1)ii y 14 bis.1) da Convenção de Berna, os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público de suas obras por meios alâmbricos ou inalâmbricos, inclusive às que forem colocadas a disposição do público, de tal forma que os membros do público podem acessar estas obras desde o lugar e no momento que cada um preferir”.

²⁴ TOIEF/WPPT, artigo 7: “Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma”; artigo 15, 4): “A los fines de este Artículo, los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales”.

²⁵ Numa tradução livre, o Artigo 5 diz que: “As compilações de dados ou outros materiais, seja qual for a sua forma, que, pela escolha ou disposição das matérias, constituem criações intelectuais são protegidas como tais. Esta proteção não se estende os dados ou materiais em si mesmos e não prejudica qualquer direito de autor que recaia sobre os dados ou materiais contidos na compilação”.

criativo. Simples base de dados não constitui obra de criação e como tal, não podem ser protegidas pelo direito de autor.

Conclusão

Ao final deste ensaio podemos concluir que:

1. A proteção à propriedade intelectual é uma garantia constitucional, assegurada historicamente pelas constituições brasileiras, principalmente pela atual, que o coloca no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais do ser Humano, art. 5º, incisos XXVII a XXIX, ou seja, garantir a todos uma proteção efetiva à propriedade intelectual, é, antes de mais nada, uma questão de respeito à dignidade da pessoa humana.
2. Todas as obras intelectuais, criações do espírito humano e que apresentam alguma originalidade, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, são protegidas pelo Direito da Propriedade Intelectual, princípio consagrado pela Convenção de Berna, países unionistas, dos quais, o Brasil é um dos signatários.
3. O direito de autor reveste-se dos “direitos morais” e “patrimoniais”, onde o criador detém o domínio patrimonial e moral sobre a obra, ou seja, os direitos, poderes e as faculdades inerentes à propriedade material, econômica da obra e a vertente pessoal que abrange os direitos de natureza pessoal, chamados de direitos morais, sendo que o exercício conjunto ou autônomo das prerrogativas ou das faculdades morais e patrimoniais decorrem, respectivamente, do entendimento dualístico ou monístico, que se tenha sobre o tema, à esteira das orientações da legislação francesa ou alemã, conforme o caso.
4. A atual LDA/98, prevê em seu artigo 24, alguns dos direitos morais a merecerem proteção especial, entre os quais, o de reivindicar a autoria da obra a qualquer tempo; o de ter o seu nome indicado ou anunciado na utilização da obra; o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações; o de modificar a obra; o direito de publicação e o direito ao inédito; o de arrependimento ou de retirá-la de circulação. Os direitos morais constituem-se, assim, num elemento importante para o autor, eis que mais do que o conteúdo patrimonial que encerra, nos mostra que enquanto o direito patrimonial pode ser alienado pelo titular, os direitos morais são inalienáveis e intransferíveis.
5. A atual lei de direito autoral, seguindo a tradição legislativa brasileira, consagra a proteção à obra intelectual, inclusive em âmbito constitucional, ajustando-se sempre às diretrizes gerais do sistema determinado pela Convenção de Berna, formada pelos países signatários ou também conhecidos por “unionistas”, que defendem uma forte proteção às obras intelectuais, no que tange à transmissão de seus direitos, estabelecendo e recomendando de forma expressa que as legislações nacionais protejam os direitos morais com as prerrogativas da irrenunciabilidade e inalienabilidade, no caso de transmissão dos direitos patrimoniais.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BARBOSA, Denis Borges. **Introdução à Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Júris, 2005.

DELGADO, Antonio. **Utilización de Obras Audiovisuales por Satélites y Cable. La Intervención de las Sociedad de Autores**. Buenos Aires, Livro-Memória del V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales, 1990.

FRANÇON, André. **Cours de Propriété Littéraire, Artistique et Industrielle**. Paris: Ed. Les Cours de Droit, 1985.

GUEIROS JUNIOR, Nehemias. **O Direito Autoral no Show Business: A música**. Rio de Janeiro: Gryphus, vol. 1, 1999.

LIPSZYC, Delia. **Derecho de Autor y Derechos Conexos**. Buenos Aires: Editora Zavalía, 1993.

OMPI, Organização Mundial da Propriedade Intelectual. **CONVENÇÃO DE BERNA**. Texto Oficial em Português. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 1995, artigo 11 bis.

*Recebido no dia 19/10/2012
Aprovado no dia 22/10/2012
Publicado no dia 30/10/2012*

**TRANSFERÊNCIA DE
TECNOLOGIA NO BRASIL
Considerações de 1950 a 1986**

CARLA EUGENIA CALDAS BARROS

*A meus pais, Antônio João (in memoriam)
e Elódia,
A Minha filha Norma,
A meu irmão Adriano Augusto*

Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I	
TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA E A DEPENDÊNCIA TECNOLÓGICA DOS PAÍSES PERIFÉRICOS.....	17
1.1 Teorias sobre o desenvolvimento dependente dos países periféricos	17
1.2 Ascensão das transnacionais na transferência de tecnologia	25
CAPÍTULO II	
A POLÍTICA CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA NO BRASIL....	47
2.1 Papel do Estado Brasileiro na Elaboração de Política Científica e Tecnológica.....	47
2.2 Pressupostos Teóricos de Política Científica e Tecnológica.....	56
2.3 Política Econômica e Tecnológica Brasileira de 1956 até 1985	64
2.4 A Influência da Educação e da Pesquisa no Desenvolvimento Tecnológico do País: o papel da Universidade na redução da dependência tecnológica.....	82

CAPÍTULO III	
REGULAMENTAÇÃO DO CONTROLE DE	
TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA E EXPANSÃO	
INDUSTRIAL NO BRASIL DE 1808 A 1975	87
3.1 Império até a 2a guerra mundial	87
3.2 Período do Pós-guerra (1946) até 1957 (JK)	98
3.3 Período de 1958 a 1964.....	107
3.4 Período de 1970 a 1975.....	131
CONCLUSÕES	147
REFERÊNCIAS.....	151

Introdução

Este livro tem como base os estudos desenvolvidos em dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas, defendida em 1986, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, que focalizou a evolução, durante os anos de 1950 a 1986, dos controles e regulamentações referentes às tecnologias e investimentos de origem estrangeira no Brasil. Essa evolução, determinada, unicamente, pela expansão industrial brasileira, pode ser dividida em três períodos, tendo-se como base, de um lado, as contingências da economia nacional e, de outro, as políticas econômicas governamentais.

O primeiro período tem suas raízes em atos que antecedem o ano de 1950, em vista do Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, que dispôs sobre as operações de câmbio e regulamentou o retorno de capitais estrangeiros, estende-se até o início da década de 1960. É um período em que, na questão cambial, se priorizaram aspectos fiscais, destacando-se como de seus marcos a Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, que alterou a legislação do imposto de renda.

Já o segundo período se inaugura com a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, que versou sobre a aplicação de capital estrangeiro no Brasil e a remessa de valores para o exterior, e tem seu termo no início da década seguinte. Nele,

muito se prioriza os investimentos advindos do resto do mundo, sendo os aspectos fiscais e cambiais os que mais se pronunciam, no entanto, com sustento em normas jurídicas.

O último período tem seu início com a Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, que instituiu o Código da Propriedade Industrial, criando-se o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), que ficou incumbido da averbação de contratos de transferência de tecnologias, patenteadas ou não, conforme então previsto no art. 126, do mencionado estatuto. Durante a década de 1970, as regras aplicadas às averbações receberam tratamento elucidativo no Ato Normativo nº 15, do INPI.

Todos os aspectos jurídicos, verificados no período estudado, não resultaram do mero acaso, mas de fatores econômicos e sociopolíticos que foram determinantes para a evolução legislativa brasileira no controle de transferência de tecnologia, que foi fruto dos modelos adotado pelo Estado, durante as três décadas, para o enfrentamento dos problemas da economia nacional. Por conseguinte, as leis promulgadas não poderiam deixar de refletir a ideologia predominante em quase toda a estrutura estatal, que defendia, como fundamentais para o desenvolvimento econômico, não só a importação de conhecimentos tecnológicos, mas, também, os jurídicos e, mesmo, políticos e culturais.

O avanço tecnológico direcionado ao desenvolvimento econômico de qualquer país, não importando o nível de industrialização em que se encontre, exige a aplicação de medidas adequadas à absorção de tecnologia estrangeira. Tem-se que reconhecer, no entanto, que a importação de tecnologia deve ser seletiva, isso em função das

características do local em que será utilizada, quer a incorporada, aquela que está necessariamente associada a determinados bens adquiridos, quer a desincorporada, a que se transfere por meio de documentos como patentes, planos, projetos, diagramas, de pessoal de assistência técnica. A tecnologia, como diz Denis Barbosa...

[...] surge no mundo econômico e de várias maneiras diversas. Ela pode ser parte de segredo comercial de uma empresa; surgirá como “informação confidencial” quando transmitida sob reserva de circulação; será livremente divulgada, mas terá sua utilização restrita, se patenteada; será prestada sem nenhuma reserva, seja de divulgação, no caso de serviços técnicos como os de projeto, de consultoria [...]¹.

Em suma, a tecnologia tem eficácia no processo produtivo por incorporar-se forçosamente a um equipamento ou por constituir-se em “know-how” transmitido por pessoas e documentos. Como só se toma disponível] quando produzida ou adquirida, a tecnologia é um bem econômico e, por isso, sujeita às leis de mercado. Por isso, nos projetos de produção, ela desponta como prioritária não somente em termos de sua adequação aos objetivos pretendidos, envolvendo-se, inclusive, recursos materiais e humanos disponíveis, infra-estrutura etc. Há, sem dúvida, uma questão preponderante, que envolve custos, mas, vale destacar, unicamente de investimentos, e nunca de consumo, uma vez que a tecnologia repercute,

¹ BARBOSA, D. B. *O conceito jurídico do “know-how”*. Rio de Janeiro: s/d. p. 1. Mimeografado.

diretamente, na viabilidade econômica de qualquer empreendimento.

Daí o importantíssimo papel dos governos preocupados com o desenvolvimento de seus povos, pois suas políticas, quando sustentadas em medidas apropriadas, podem promover avanços tecnológicos essenciais à maximização das atividades transformativas e de sua rentabilidade. Não por outras razões, ao tentar influenciar os avanços das técnicas, os governos de-vem fomentar o progresso de forma que se beneficiem determinados setores produtivos ou, mesmo, todos os setores, desde que, considerando os potenciais e limitações naturais de seus

territórios, também tenham em vista os interesses e, muito especialmente, as aptidões econômicas das populações que re-gem. Portanto, a seleção de áreas prioritárias para a distribuição de recursos destinados à produção e aquisição de tecnologias é um aspecto que tem merecido atenção cuidadosa, não se podendo omitir a questão da adequabilidade da tecnologia transferida.

Há o reconhecimento de que a Ciência e a tecnologia são elementos essenciais para o planejamento de um desenvolvimento nacional. Se, de um lado, há necessidade recursos e tempo, de outro, a tecnologia, além de atualizada, tem que ser assimilável, à medida que, ao receptor nacional, importa a absorção dos novos conhecimentos tecnológicos para que os adapte a sua realidade de modo que ele próprio desenvolva aperfeiçoamentos que resultem em inovações. Assim, as ações governamentais de muitos países em desenvolvimento, durante as três décadas estudadas, concentraram-se na formulação de políticas técnico-científicas aliadas às econômicas, Introduzindo Inovações

não apenas nos processos de produção, gerência e pesquisa, já que a esfera institucional também foi envolvida de forma marcante e, sem dúvida, necessária.

Porém, o grande problema dos países em desenvolvimento da época é que, ao atraso tecnológico, se associavam as dificuldades financeiras, perenizando-se, assim, a escassez de bens de capital e a precária qualificação técnico-científica do fator trabalho. O empresário brasileiro, por exemplo, na maioria das vezes, não tinha condições de adquirir “know-how” para operacionalizar sistemas produtivos e, quando adquiria equipamentos, não raro, a tecnologia neles embutida ficava sob controle dos fornecedores, uma vez que esses restringiam o acesso aos conhecimentos atinentes, preservando as patentes em seus países de origem. Em vista disso, a inovação tecnológica, fruto da importação ou da invenção, ficava restrita às grandes empresas e ao Estado, o qual não se furtava a seus misteres de interventor, como se constata em Denis Barbosa que, em 1986, salientava:

o Estado brasileiro quando intervém na aquisição de tecnologia, não só verifica a *legalidade* da operação mas a sua *conveniência e oportunidade* [...] Sem criar distorções inconciliáveis com o regime de mercado: através do aumento das tarifas aduaneiras, da limitação à entrada de capitais estrangeiros ou à remessa de lucros, o Estado cria ou suprime oportunidades comerciais efetivas para o fornecedor de tecnologia².

² BARBOSA, D. B. O comércio de tecnologia: algumas características e problemas básicos no enfoque brasileiro. Rio de Janeiro: s/d, p. 2. Mimeografado.

Portanto, uma das soluções era examinar a entrada de capitais estrangeiros que, juntamente com a poupança interna, seriam fatores determinantes do desenvolvimento dos países, introdutores que eram de tecnologias que, além de introduzirem novos processos produtivos, aprimoravam os existentes, acelerando a expansão do capital instalado e, por conseguinte, da economia como um todo.

Enfim, a tecnologia tornava-se necessária tanto em nível microeconômico, assegurando às empresas privadas nacionais capacidade produtiva, posição mercadológica no âmbito nacional e, até mesmo, poder de barganha junto a seus fornecedores estrangeiros, como em nível macroeconômico, promovendo o desenvolvimento das sociedades terceiro-mundistas. Ademais, os Estados, sustentando-se em seus princípios constitucionais, com frequência interviam no âmbito empresarial, assumiam posição de empresários, tornando-se exclusivos no controle de determinadas atividades consideradas de interesse nacional ou preenchendo lacunas econômicas olvidadas pela iniciativa privada.

Embora as formas então vigentes de transferência de tecnologia contribuíssem, inegavelmente, para o crescimento econômico dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, elas perpetuavam suas dependências tecnológicas dos países desenvolvidos. Isso de tal forma que a dependência técnico-científica é, ainda, uma das características fundamentais das relações entre os países hoje denominados periféricos e centrais.

Essa dependência hoje se constata não só na plena impossibilidade de acesso a determinadas tecnologias e veto

implícito em restrições ao desenvolvimento de pesquisas de ponta, em áreas tidas como sensíveis, a exemplo da energia nuclear, do uso de computadores avançados, aeronáutica, informática, determinados aspectos biotecnológicos e nanotecnológicos etc. Manifesta-se, também, nas desvantagens das condições de compra das tecnologias disponibilizadas por grupos transnacionais, nas cláusulas contratuais restritivas ou proibitivas quanto às exportações de produtos, em outras que exigem a informação de aperfeiçoamentos desenvolvidos, quando não são eles totalmente proibidos, o que provoca um aumento real e contínuo da tecnologia importada. Em resumo, a dependência diz respeito a tudo e todos, não só aos Estados em si, mas também à iniciativa privada, à toda a sociedade.

Certamente, cabe aos governos dos países periféricos dar combate positivo a essa dependência. Todavia, é importante que esse combate não se traduza em meras posições arrojadas no cenário internacional, em que, tão-somente, os centrais são desafiados, chamados ao enfrentamento puro e simples. O cerne da questão mais está no âmbito interno dos Estados dependentes do que no externo, pois, no fundo, são necessárias não sóleis que abjurem determinadas cláusulas restritivas dos contratos de importação de tecnologias. Também são imprescindíveis as que promovam a pesquisa e a produção do conhecimento científico e tecnológico e, inclusive, o direito à propriedade intelectual, assegurando-o de maneira fácil, ágil e pouco onerosa. Esse é o aspecto nevrálgico da questão. É valioso lembrar que a autonomia e soberania dos Estados se efetivam quando eles se equivalem em termos de dependência recíproca, já que a independência real é algo cada vez mais distante.

Ainda, importante o acréscimo, é sabido que, na medida em que os países periféricos se diferem dos centrais em termos de condições socioeconômicas, a tendência preponderante é a impropriedade da tecnologia importada. É preciso que haja uma combinação do desenvolvimento local com essa tecnologia, para que ela seja efetivamente aproveitada, o que exige investimentos, não raro consideráveis, em pesquisas, em avanços técnico-científicos. Isso muito a importância da inovação tecnológica, uma vez que a tecnologia hoje importada e absorvida é a razão da tecnologia amanhã produzida. Observa Ives Gandra da Silva Martins:

Há momentos em que se precisa ter coragem para definir objetivos, audácia para consegui-los e bom senso para não perdê-los. É na transferência de tecnologia e na captação dos recursos multinacionais com mais intensidade, para que os temores das nações intimidadas não facilitem a tarefa das nações mais destemidas.³

O livro está dividido em três capítulos: no primeiro são tratadas a transferência de tecnologia e a dependência tecnológica dos países durante as décadas estudadas, abordando-se as teorias de desenvolvimento adotadas nos países terceiro-mundistas e o processo de dependência tecnológica; no segundo, analisa-se a política técnico-científica então adotada no Brasil, desde os pressupostos do “Plano de Metas” do governo de Juscelino Kubitschek de Oliveira até o advento da Nova

³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Transferência de tecnologia*. Estudos Jurídicos sobre investimento internacional. Revista dos Tribunais, 1980, p. 124.

República, no governo de José Sarney; finalmente, no terceiro, são estudadas as regulamentações do controle de transferência de tecnologia e a expansão industrial desde 1808 até 1975.

CAPÍTULO I

Transferência de tecnologia e a dependência tecnológica dos países periféricos

1.1 TEORIAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO DEPENDENTE DOS PAÍSES PERIFÉRICOS

Na década de 50, pesquisadores latino-americanos voltaram-se às pesquisas e questionamentos do modelo econômico atuante nos *países periféricos*. Surgia a Teoria cepalina e sua concepção do sistema *Centro-Periferia*. Os cepalinos passaram a analisar o que ocorria na economia dos países latino-americanos. A corrente estruturalista, desta teoria, considera o desenvolvimento como um processo específico, peculiar de certas economias, tendo o crescimento econômico características bizarras capazes de se imaginar que neste desenvolvimento não existisse. Ocorria, assim, evolução de dois pólos: desenvolvimento no centro e subdesenvolvimento na periferia. Para os cepalinos, os países centrais se caracterizaram por economias em que as técnicas capitalistas de produção penetraram primeiro, e a periferia constituída por economia cuja produção permanece atrasada no plano tecnológico.

Os conceitos de centro e periferia envolvem definições tendo como parâmetros a diferenciação da propagação do progresso técnico na economia mundial.

A estrutura produtiva do Centro, diante da diferenciação existente, se apresenta como diversificada e homogênea - vários produtos fabricados em uma estrutura produtiva única -, enquanto que na periferia, esta se apresentaria como especializada e heterogênea. A inadequação da tecnologia e a heterogeneidade estrutural da periferia podem ser consideradas como elemento-causa dos desajustes de produção.

A teoria estruturalista cepalina propõe que a participação das economias latino-americanas no comércio internacional provoca mudanças na estrutura interna dos seus países que, para eles, precisa ser modificada para que a participação seja mais efetiva. O mercado interno precisaria crescer para haver desenvolvimento. O crescimento da produção interna basearia-se no incremento das exportações de produtos primários. E quando no mercado interno se encontrarem pontos de estrangulamento, a solução seria recorrer às importações tecnológicas para reduzir custos e aumentar lucros. Existiria uma relação entre o mercado interno e a demanda externa. Em consequência, a política tecnológica necessária ao funcionamento, “envolveria o emprego de máquinas e equipamentos relativamente sofisticados no setor de exportação, enquanto que se importam, também, bens de consumo duráveis e de luxo, de tecnologias bastante avançadas”.¹

Na economia periférica, o modo de integração sócio-econômico e as leis do desenvolvimento que a regulam, são

determinadas pelas economias centrais. A sociedade central com sua estrutura dominante consubstância no seu interior a sociedade periférica, que, se constitui em subestrutura dominada. Os frutos dos progressos técnicos tendem a concentrar-se nas economias centrais, perpetuando a desigualdade de estruturas e a baixa do ritmo de expansão da demanda de mão-de-obra, gerando o fenômeno do desemprego estrutural.

O Estado, na teoria cepalina, proporciona meios necessários, mediante infra-estrutura e serviços públicos ao modelo de “crescimento para fora”. Passa ele a ditar o caminho a ser percorrido e as medidas a serem tomadas pelas classes. É tido ele como o centro que racionaliza a economia. O Estado passa a usar como fórmula, para aumentar a taxa de investimentos, o capital estrangeiro que teria duas funções: a de atenuar a escassez de divisas e complementar a poupança interna. Na prática, a experiência estatal sob o prisma cepalino foi negativa.

A concentração de renda na classe dominante local aumentava e as desigualdades sociais eclodiam. Do ponto de vista econômico, a teoria cepalina marcou ponto positivo, porém, reiterando mais outra vez, as condições sociais da população não se modificaram. Esta teoria teve dois pontos positivos, segundo Guido Mantega:

- “mostrou os efeitos das transações comerciais entre centro e periferia na manutenção das desigualdades;
- ajudou a fornecer a ideologia da afirmação nacional”.²

Críticas são dirigidas à teoria cepalina, tocando nos pontos que a lastreiam; são eles:

- tendência à deterioração dos termos de troca. As críticas enfocam a análise conceitual deste fenômeno. Para os críticos, tal fenômeno não afeta o bem estar econômico, se levarem conta a renda por habitante.
- o subdesenvolvimento considerado como estado de atraso em relação às sociedades industrializadas.

Preferem os cepalinos que o subdesenvolvimento seja considerado como um processo específico e que a periferia tenha a sua economia evoluindo a longo prazo, condicionada pelas suas transações e relações comerciais com o centro. A teoria cepalina não quer um processo de subdesenvolvimento; ela deseja apenas *denunciar* este estado para as mudanças estruturais necessárias.

Nos anos 60, o modelo de desenvolvimento industrial passou a ser questionado em decorrência da paralisação do processo de substituição de importações.

“Os investimentos estrangeiros passaram a ser considerados como vetores para a instalação de estruturas produtivas monopolísticas, nos países subdesenvolvidos, baseadas em tecnologias capital-intensiva e subutilizando a capacidade instalada. Desta situação surge também o controle monopolístico da criação e da transferência de tecnologia para os países em desenvolvimento”.³

A teoria imperialista de lenin tomava outra feição: a da teoria da dependência tecnológica. A base teórica dos dependentistas baseia-se na constatação de que com a penetração do capital estrangeiro, a dependência das

economias em desenvolvimento aumenta. O subdesenvolvimento em que elas se encontram resulta das suas relações com as economias desenvolvidas. O processo do desenvolvimento do capitalismo desenvolve as eco-nomias desenvolvidas e subdesenvolve as periféricas; fenômeno este que se poderia chamar de capitalismo periférico.

A dependência é definida como uma situação na qual a taxa de investimentos e a acumulação de capital são condicionadas, previstas e elaboradas externamente. Esta posição deriva da teoria da vantagem comparativa.

O conceito de dependência refere-se a uma relação de dominação e subordinação nas estruturas capitalistas dos países em desenvolvimento que vêem, particularmente, o desenvolvimento de suas forças produtivas cerceadas, impedidas pela dependência dos países desenvolvidos e pelas empresas estrangeiras organizadas em oligopólios que conduzem a acumulação para o centro.

“No capitalismo monopolista financeiro, novas formas financeiras para a apropriação do excedente são acrescentadas aos recursos provenientes da remessa de lucros e os pagamentos por conta da tecnologia (“royalties”) , o que caracterizaria uma dependência predominantemente tecnológica e produtiva”.⁴

O desenvolvimento dependente é um caso especial de dependência. Nele existe a aliança do capital estrangeiro e nacional, surgindo o Estado para erguer o tripé deste desenvolvimento. O Estado capitalista dependente não pode só ser visto como agente de controle social que, apesar de

representar os interesses da classe dominante, não deve excluir da participação política a população dominada.

E como resultado do atual sistema econômico internacional que subdesenvolveu as nações mais pobres do mundo, a situação de pobreza as mantém como se fossem ainda *colônias* dos países mais avançados.

Os países industrializados formam o centro econômico e social do mundo; comandam a tecnologia e comerciam com os outros países. E por comerciarem, venderem, não dependem de nenhuma venda de seus produtos para o desenvolvimento econômico, social e cultural de suas sociedades, por conseguinte, por suas posições estratégicas e dominantes na economia mundial, dificilmente acatar ao posições desfavoráveis as suas negociações Internacionais.

“Numa posição antagônica encontram-se os países ditos não industrializados, assumindo posição de periferia da política internacional e do sistema econômico. A tecnologia avançada, pessoal técnico científico não constituem objeto de suas transações comerciais”.⁵

Com os países industrializados, os países em desenvolvimento adquirem informações tecnológicas e “know-how” por um alto preço, incluindo na transação comercial a própria soberania deles: além disto pelo fato de praticamente comerciarem com produtos agrícolas ou matérias primas, a condição de tais países no instante da negociação é desfavorável, pois, no contexto da economia internacional seus produtos simples sempre terão baixa posição em relação aos bens tecnicamente complexos dos países industrializados. Inexiste, portanto, um centro

interno de produção para forçar uma mudança de posição de dependência. A falta de capacidade de produzir sua própria tecnologia que se aproprie a sua realidade econômica, o poder de barganha dos países em desenvolvimento se diluiante o poder do mais forte. Posições de barganha resultam em saldos superavitários para uns e déficit e endividamento para outros. Os países em desenvolvimento, mesmo se já produzindo bens elaborados, seu estágio tecnológico é sempre mais atrasado, porque nos países industrializados, o desenvolvimento tecnológico vem sempre se alterando, criando novos produtos e investindo em pesquisas e desenvolvimento. O ciclo vicioso da dependência tecnológica persiste. Esta dependência se faz sentir na medida em que os novos produtos signifiquem um referencial de competição nas empresas que deveriam ser geradoras de tecnologia e organização.

E não é só na transação comercial que se observam as incongruências entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. A estrutura interna torna-se outro fator de contraste que separa estas posições antagônicas. Ao mesmo tempo, por terem economia e industrialização avançadas, os países desenvolvidos dentro do seu próprio espaço físico-geográfico fazem concessões, ao dividirem suas riquezas com regiões mais pobres, porque não dizer *periféricas*, tomando os seus próprios territórios como parametro. Tal concessão, ja nao ocorre nos países em desenvolvimento. Simon Kuznets analisa fatores de modernização em áreas não desenvolvidas afirmando que “podem existir nos países subdesenvolvidos, áreas isoladas de modernização onde é utilizada uma tecnologia avançada e que pelo menos alguns

consumidores nestes países podem obter os produtos de recentes avanços na ciência e tecnologia”.⁶

Em relação ao Brasil, podemos localizar bem nitidamente estas regiões que se enclausuram em seu desenvolvimento e provocadas por egoísmo histórico - esta posição assumida estabelece a desigualdade e disparidade que desencadeiam a rede de dependência desses povos, que nada vislumbram para mudança de sua estrutura básica de dominados - por egoísmo histórico não transferem nem concedem parte de sua riqueza, contribuindo para a miséria e degradação do seu próprio povo que vive desumanamente em pilhado e sobreposto em favelas, casas de palha, de taipa, fora as habitações sub-humanas, lutando contra o destino para sobreviverem e provocarem inquietação política.⁷

A solução mais coerente para descentralizar as atividades produtivas do Sul, onde ocorre a maior concentração industrial, é o aproveitamento econômico de matérias primas, indústrias e processos adaptados às características regionais fora do núcleo central da industrialização brasileira. Aliás, o que já vem sendo feito, tendo como exemplo o Pólo Petroquímico de Camaçari na Bahia.

A problemática da questão tecnológica se apresenta com bastante ênfase quando nos deparamos e formamos uma consciência crítica das desigualdades de recursos entre nações, das relações internacionais. Toma-se neste momento consciência do desenvolvimento dependente, ou da capacidade de algumas sociedades produzirem de maneira mais intensa que a outra. Como afirma Fernando Henrique Cardoso, que em relação a este tema, nos países em desenvolvimento, vive-se duas crises: “dir-se-ia que há um problema de racionalidade formal” e “racionalidade

substantiva”.⁸ Ou seja, a forma de apropriação de uma tecnologia e a relação entre tecnologia e o sistema produtivo. Como a tecnologia tem papel fundamental como fator de produção com valor comercial e como fator de estratégia, os países em desenvolvimento precisam adquiri-la para se desenvolverem.

Esta aquisição, na sua maioria, imposta pela necessidade do crescimento, é feita às cegas, levada pela aparência externa; a industrialização teria que ser rápida e a qualquer preço.

A transferência de tecnologia não seletiva tende a agravar a dependência externa com sérios riscos para o futuro desses países e prejuízos para seu balanço de pagamento.

1.2 - ASCENÇÃO DAS TRANSNACIONAIS NA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

As empresas estrangeiras voltaram-se ao mercado interno brasileiro, ao mesmo tempo que seus administradores buscavam poder político e viam no Brasil, além de outros países, o local apropriado no qual, poderiam encontrar matérias-primas de que tanto necessitavam, a fim de que a unidade econômica - universo - obtivesse a maior percentagem de maximização de lucro possível. É natural que uma empresa possuidora de tecnologia ou gerenciamento superior procure aumentar seus lucros, expandindo-se além das suas fronteiras nacionais. Por outro lado, os países que não possuem uma base tecnológica sólida capaz de levar ao emprego eficaz do conhecimento técnico visando aumentar a produtividade, devem precaver-se, saber conviver com as empresas transnacionais, pois,

sendo elas detentoras da tecnologia, não ao querer ceder espaço nas suas negoclações.

Redirecionando os investimentos, cancelando uns, reestruturando e selecionando outros, iniciando atividades produtivas poderá se encontrar a solução para reduzir a dependência tecnológica existente. A inexistência do conhecimento de “know-how” e a falta de oferta de tecnologia apropriada estimulam o surgimento de tecnologia nacional voltada para a solução dos problemas do país e contribuem, na concepção de alguns estudiosos, para o retardamento de seu progresso. “Reduzir a dependência externa não significa necessariamente a paralização das relações econômicas e dos investimentos externos, mas uma alteração bastante profunda da qualidade e das condições do intercâmbio e das inversões do capital estrangeiro. (...) As grandes empresas multinacionais são as principais, e talvez as únicas, fontes de inovação tecnológica e de apoio financeiro para sua difusão e implantação nos países em desenvolvimento”.⁹

Com isso, países em desenvolvimento podem auferir de um amplo estoque de conhecimentos desenvolvidos nos países avançados que são transferidos sob forma de investimento estrangeiro - acordo de licença de patentes e “know-how” entre firmas nacionais e estrangeiras, completados com pessoal capacitado. Entre saber tecnicamente como se produz um bem e produzi-lo com eficiência, vai uma enorme distância. Assim, a experiência e o “know-how” são muito importantes.

Só que a importação mal dirigida de tecnologia tende a perpetuar a dependência da periferia em relação ao centro que só transfere uma parte da gama dos conhecimentos.

Esta importação é condicionada pelo contexto econômico, social e político em que se desenvolve. A transferência de “know-how” portanto, não deve ser encarada como uma simples transação comercial e, sim, como veículo de mudanças profundas do estilo de vida das populações atingidas pela tecnologia. Sob o ponto de vista econômico, a chegada das empresas transnacionais em território alheio é condicionada pelo estudo minucioso do país no qual elas resolverão instalar-se. As variáveis estudadas e discutidas para a escolha e penetração das empresas transnacionais em território alienígena são: o mercado interno favorável, custos baixos de instalação e unitários de funcionamento, elevados obstáculos tarifários à entrada e maior tempo de vida do ciclo do produto. Esta teoria é uma possível variável da vantagem monopolista e foi desenvolvida por Vernon.

“Segundo este modelo, o investimento externo é uma seqüência natural de estágios de desenvolvimento do produto. O ciclo tem início quando novos produtos e processos são gerados pela empresa pretendendo atender às necessidades de seu mercado interno. Na medida em que o novo produto obtém sucesso, a produção aumenta, com consequente redução de custos. A empresa ao procurar explorar ao máximo o novo produto, expande sua produção através de exportação para outros mercados”.¹⁰

Esta é a primeira fase de expansão para os mercados externos. A segunda fase se caracteriza quando a empresa sente-se ameaçada na sua vantagem no mercado em decorrência da existência de produtos similares passa a produzir em mercados externos. Já a terceira fase se

apresenta com a subsidiária expandindo a produção, ocasionando a saturação do mercado.

Então com a exportação a empresa avalia o mercado receptor. Estando ele apto, para evitar concorrência e manter o mercado, a empresa passa a produzir localmente.

Após definidas as políticas e condições do investimento, as empresas transnacionais têm que penetrar no país escolhido através de investimentos diretos e indiretos.

Podem elas optar pela criação e pela fabricação direta quando existirem recursos financeiros e humanos da empresa para instalação de nova subsidiária. A tecnologia a exportar é complexa para manter o padrão de qualidade de seus produtos, resguardando o mercado interno favorável. A criação de empresa é o meio mais aconselhável quando a transnacional deseja conservar e controlar o seu produto. A transmissão e fabricação direta são um dos meios que as transnacionais dispõem para transmitir sua técnica. Os outros meios ocorrem pela exportação de seus produtos, mais especificadamente, bens de equipamento, pela licença de patentes, ou “know-how” pela transferência de cientistas e técnicos. A difusão do progresso técnico pelas transnacionais se transmite diretamente pela sua ação e pelas reações provocadas em outra empresa, decorrentes do estímulo à concorrência, sugerindo o aceleração e a reorientação dos trabalhos pelos concorrentes. Em um mercado competitivo, a escolha de tecnologia adequada e sua introdução ao processo produtivo fornecem subsídios de manutenção de uma posição de igualdade das empresas concorrentes, na sua maioria, empresas nacionais.

A partir dos meados de 60,

“a maioria das subsidiárias estrangeiras se estabeleceu no país através da compra da empresa nacional. Esta forma de penetração tem suas vantagens para as trans-nacionais porque permite ganhar tempo na constituição de uma rede externa, abre um caminho mais fácil à estratégia de diversificação ou mesmo de passagem ao conglomerado internacional e dá finalmente um emprego rentável às reservas financeiras, por vezes enormes. A outra forma de penetração das subsidiárias seria a associação à empresa pública ou de capital público e associação ao parceiro estrangeiro”.¹¹

No desenvolvimento dependente, como já ficou bem caracterizado, as transnacionais foram induzidas a descentralizar o processo de produção mantendo, porém, a criação de conhecimento técnico e científico na matriz. Os países receptores de tecnologia ficam assim privados de importantes estímulos à pesquisa, e restringindo as possibilidades de iniciativas inovadoras de empresários nacionais, que vão em busca da compra de tecnologia externa mais barata, mais rápida, portanto, mais lucrativa.

Para estas empresas, a transferência das linhas de produção para países menos desenvolvidos somente é viável no *estágio final de standardização* do produto. Após ter entrado o produto em declínio no mercado originário, os países em desenvolvimento, através de exportações, passariam a consumir a tecnologia no final de produção - tecnologia obsoleta. Esta é a prática tradicional-liberar tecnologia depois do produto ter atingido a maturidade e os mercados internos dessas empresas saturados.

As subsidiárias estrangeiras gozam assim de tecnologias avançadas para concorrer com as empresas nacionais.

Controlam elas a difusão do progresso técnico, acarretando dois problemas para os países e suas empresas nacionais: o domínio do acesso ao progresso técnico e seu custo que não se restringe ao preço estipulado no contrato de transferência de tecnologia e, sim, a uma lista de custos ocultos. A tecnologia importada exige insumos importados (peças de reposição) que são de exclusividade dos fornecedores iniciais da tecnologia. Estes pagamentos excessivos de “know-how” importado podem estar vindos em decorrência do despreparo industrial, do seu reduzido poder de barganha e de um mercado oligopolista, no qual as manipulações e estratégias das empresas controladoras do mercado, associadas às minorias privilegiadas dos países em desenvolvimento, vão refletir nos preços da transferência de tecnologia, tornando o negócio altamente lucrativo. “O problema reside, exatamente, no dimensionamento justo deste custo e sua amortização”.¹²

Então o setor privado que adquire tecnologia está resrito à empresa nacional vinculada a alguma subsidiária da transnacional por força do contrato, ou empresa nacional que, por pressões emocionais, a obrigam a escolher tecnologia externa por ser solução mais econômica e conveniente. E a situação tende a ficar mais desfavorável, na medida em que, a tecnologia da transnacional não contribui para o desenvolvimento de tecnologia corre lata nacional.

As transnacionais, pelo visto, são os maiores obstáculos para eliminação ou redução da dependência tecnológica que tem como causas, a importação de tecnologia indiscriminada, cláusulas prejudiciais inseridas nos contratos de transferência, ausência de intercâmbio entre a

Universidade/institutos de pesquisas/empresas industriais e ausência de política governamental científica e tecnológica.

Constata-se que a transferência de tecnologia, muitas vezes, coloca o país receptor, em muitos aspectos, no mesmo plano de desenvolvimento dos países desenvolvidos, porém marginalizando populações, massa de indivíduos que se tornam *lixo social* de todo processo de desenvolvimento. A transferência não apropriada, não seletiva, no entender de muitos outros, traz para a sociedade receptora deformações sócio-culturais, porque o padrão de comparação economias desenvolvidas, com outra cultura, com alto poder aquisitivo e consumista, exigindo do mercado tecnológico mais inovações e técnicas modernizadas, enquanto que, nas sociedades dos países em desenvolvimento somente uma minoria, como se observou nas análises políticas e econômicas realizadas, tem acesso a produtos de alto padrão de consumo, provocando o reforço da dependência pelo mecanismo efeito-demonstração”. A tecnologia é um Instrumento de desenvolvimento econômico e que só tem valor para quem sabe compreendê-la e utilizá-la. “Sendo a tecnologia um valor estratégico e a nova variável que restringe e limita a liberdade de ação”¹³, os países em desenvolvimento devem procurar o seu domínio tecnológico segundo seus próprios objetivos e interesses e não de acordo com os das nações desenvolvidas. Percorrer o caminho do conhecimento, com certeza, é difícil e sinuoso. O fluxo da tecnologia é responsável pela dependência tecnológica e pela alienação cultural. Tecnologia ajustada aos objetivos e necessidades do país, elevação da produtividade da força de trabalho, tecnologia respeitadora ao acervo cultural e ao ambiente ecológico, mercados

amplos e estáveis para as empresas nacionais, atividades acadêmicas e culturais voltadas para a pesquisa, mediante ações definidas e coerentes são a resposta à dependência. Sem o concurso de grandes organizações técnico-burocráticas voltadas para este fim, o setor tecnológico brasileiro será sempre dominado, predominantemente, segundo os pelas transnacionais, em detrimento das nacionais, por vários motivos:

- por possuírem maior disponibilidade de recursos financeiros podem transferir, absorver tecnologia, que são geralmente realizadas na matriz, mantendo o controle do suprimento do “know-how”. No entanto, existem empresas estrangeiras que têm desenvolvido em território nacional, notável atividade de pesquisa com vistas a melhorar ou adaptar processos oriundos do exterior. Isto vem provar que não existe caráter de generalidade, no tocante às pesquisas só realizadas na matriz. No entanto, não é interessante para o país que as transnacionais continuem pesquisando em território nacional sobretudo porque a propriedade destes inventos continuarão no exterior, provocando o ciclo da dependência;
- para manipular a economia, precisam elas de se instalarem nos setores dinâmicos, o que vem ocorrendo, exigindo tecnologia capital intensiva e poupadora de mão-de-obra;
- por possuírem maior disponibilidade de recursos podem comprar as empresas nacionais que, por não terem condições de concorrência e de sobrevivência se vêem atraídas pelo alto preço oferecido;

- os altos preços pagos pela tecnologia importada, afetando o balanço de pagamentos, causam o endividamento crescente dos países receptores;
- distribuição desigual de renda.

Geram tais posições das transnacionais sérios problemas no equilíbrio da economia em desenvolvimento. A criação de um amplo mercado interno fica obstruída, impedindo a nacional de se desenvolver. Todos os mercados dominados pelas transnacionais têm estrutura de cartel, decorrentes de imposição tecnológica caracterizada da economia em escala. Afirma-se que o caráter aleatório não é um fator que se pode encontrar nos objetivos dos negócios das transnacionais. “As empresas estrangeiras investiram na produção de bens e serviços que não os de suas sedes, seja para não perderem mercados protegidos por barreiras em favor das indústrias locais, seja para obterem reduções nos custos, levando em conta as vantagens comparativas derivadas das diferentes dotações de fatores nos diversos países”.¹⁴

Seria irracional, então, para as transnacionais abrirem mão do controle que exercem nas economias em desenvolvimento. As empresas detentoras de tecnologia não se mostram muito sensíveis aos reclamos dos países em desenvolvimento, seja no sentido de melhorar sua capacidade de criação tecnológica na economia desses países, seja no sentido de importar tecnologia a menor custo e sobretudo importar tecnologia que se adapte à realidade econômica do país receptor. Como já abordado, reiteradas vezes, a tecnologia tem força de determinar a qualidade dos níveis de economia de um país, de uma população, pois

além de influenciar as variáveis econômicas, está ligada a valores sociais, dentre eles, o nível de bem-estar da população.

Portanto, como solução, as transnacionais deveriam ser induzidas, mediante pressão nacionalista, a participar no processo de difusão interna da tecnologia e promover pesquisas no local onde estão sediadas as suas subsidiárias. Para isso, porém, elas teriam que perder, como afirma Adroaldo Moura Silva “o controle de um amplo mercado consumidor que é um dos requisitos para manutenção do segredo industrial, além dos de exploração rápida, e ao máximo, a vantagem que lhe confere a nova tecnologia; que a empresa seja ao mesmo tempo produtora e exclusiva usuária de sua invenção ou mantenha controle sobre os usuários e desenvolver atividades de pesquisa e desenvolvimento”.¹⁵

“O desenvolvimento da capacidade nacional de inovação tecnológica é apenas uma das exigências que a perspectiva nacionalista faz sobre as multinacionais”.¹⁶ Quaisquer resultados e modificações que surjam em consequência da pressão nacionalista são positivos e estimuladores da redução da dependência.

Enfim, o aumento de despesas relativas ao pagamento de “royalties”, taxas de administração, aumento dos custos sociais, maior concentração de renda, compra de empresas nacionais, são os argumentos apresentados pelos que vêm restrições ao capital estrangeiro.

Já para os apologistas do capital estrangeiro, suas vantagens são óbvias e dispensam maiores comentários:

1. o efeito multiplicador do investimento, resultado em crescimento real do Produto nacional e portanto do bolo a ser distribuído;

2. o aumento dos níveis de emprego, direto e indireto, em países com forte crescimento demográfico;
3. a vinda, junto com o investimento, de técnicas de produção mais avançadas, levando a economia a saltar etapas e realizar progressos espetaculares na inovação e no desenvolvimento tecnológico, sem incorrer em gastos excessivos”.¹⁷

A argumentação enfim utilizada em defesa das transnacionais se tange à inexistência de poupança interna; precisando recorrer ao capital alienígena, às deficiências tecnológicas que impossibilitam como consequência natural, alta produção industrial em escala aliada à deficiente máquina empresarial administrativa e à demanda ininterrupta de criação de novos empregos ajustados às peculiaridades locais brasileiras.

Quanto aos prontos discutíveis e aos pontos enaltecidos do capital estrangeiro, chega-se à conclusão da sua utilidade, desde que se efetivem condições, tais como, juros módicos, investimento em indústrias prioritárias, perseguição coerente de objetivos de política econômica, legislação adequada, acarretando para a economia, poupança de receitas cambiais, aumento dos recursos de capital e aumento da tecnologia.

Doutrinariamente, quanto à legislação adequada, os donos do poder político sentem que se fez necessária uma solução conciliadora e pacificadora, entre eles e as transnacionais, que seria uma lei que controlasse as atividades dessas empresas, salvaguardando os interesses políticos.

Deve esta lei, que poderá tomar a forma de um Código, conter princípios que nortearão os passos e

empreendimentos estrangeiros em território nacional. Cláusulas expressas proibitivas das transnacionais de se intrometerem em assuntos e interesses do País, de formularem políticas de transferência de tecnologia lesivas, de fixarem preços justos à tecnologia sem provocar evasão ilegal de renda mediante sub ou superfaturamento¹⁸ de respeitarem os valores sócio-culturais do país receptor, aceitando a colaboração do capital nacional em condições de igualdade das transnacionais no País, e porque não conjecturar, que surjam um Tratado com legislação básica dos países da América Latina visando coerência e desenvolvimento regional, apesar dos empecilhos e obstáculos que apareçam.

A atitude nacionalista vem acoplada a uma política econômica de apoio à empresa nacional.

O art. 60 do Decreto-lei 2.627/40 em vigor por força do artigo 300 lei 6.404/76 preceitua: “São nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração”.¹⁹

Optou a lei brasileira pelo critério duplo da conformidade à lei local somando ao do local da sede social que deve ser realmente o local onde se reúne o Conselho Administração ou Diretoria.

“O conceito de nacionalidade não está baseado na procedência do capital ou do controle. Não se pode contestar, por outro lado, que, para certos e determinados efeitos, a nacionalidade do capital é juridicamente relevante. Mas deve ficar claro que a nacionalidade do capital não determina a nacionalidade da sociedade, mas apenas lhe atribui certas consequências de acordo com a lei específica”.²⁰

E são justamente as empresas nacionais (Lei das S.A. de 1940) um dos elementos que a sociedade em desenvolvimento tem que olhar com mais atenção, dar-lhes mais apoio, para que elas venham a adquirir condições para desenvolver tecnologia e concorrer com as transnacionais. A pesquisa tecnológica é o maio mais importante de fortalecer a posição do empresário nacional da concorrência da empresa estrangeira.

Em países menos desenvolvidos com sinais de industrialização o comércio de tecnologia pode basicamente significar importação de tecnologia dos países mais desenvolvidos. Para evitar que se adquira tecnologia mão apropriada, a mudança de certas características do mercado de importação de tecnologia é imperioso.

Este mercado tem as seguintes características²¹ que podem ser eliminadas ou amenizadas pela pesquisa tecnológica e estratégias econômicas, financeiras e jurídicas:

a) do lado da oferta

- os vendedores possuem informações completas sobre a tecnologia que vai ser negociada e sobre as condições de mercado;
- custo marginal baixo, pois trata-se geralmente de tecnologia já amortizada em seus país de origem e além disso apresenta economia de escala na produção de pacotes tecnológicos;
- opção entre negociar ou investir diretamente no país receptor;
- grande experiência em produção e venda de tecnologia.

b) do lado da demanda

- poucas informações sobre a tecnologia desejada e outras possíveis alternativas;
- alto custo para desenvolver ele próprio a tecnologia que deseja comprar;
- possibilidade de repassar os custos adicionais aos consumidores;
- pouca experiência em produção de tecnologia.

Além da pesquisa tecnológica que garanta um grau elevado de rendimento, estratégias econômicas, financeiras e jurídicas deverão ser tomadas pela empresa que deseja negociar a comprar ou licenciamento de um produto ou processo. A escolha de tecnologia deve ser condicionada à estratégia de adaptação ao meio ambiente que a empresa emprega. A estratégia deve combinar capacitação organizacional mais capacitação comercial, porque ao identificar os seus pré-requisitos e avaliar suas possibilidades, haverá uma efetiva gerência da tecnologia capaz de gerar desenvolvimento tecnológico e, por conseguinte, aumentar os índices de produtividade, promovendo sucesso econômico e perfis tecnológicos que refletem a realidade, evitando-se a compra de pacotes tecnológicas com mínima desagregação possível, para eliminar a contínua dependência.

Etapas precisam ser percorridas antes de se negociar a tecnologia. Deve-se procurar tecnologia eficaz e econômica, adaptada aos requisitos da empresa; buscar subsídios em institutos que estejam desenvolvendo pesquisas, ou mesmo até provocar o aparecimento de órgão que estudem o problema da tecnologia, segundo diz Antônio Bruno Vaz

Lima que “convênio entre Bancos de Desenvolvimento, institutos de pesquisa, universidade, empresas estatais e setor empresarial criando um órgão que teria condições de estudar o problema criação/transferência de tecnologia, de um ponto de vista amplo e mais consoante com a realidade de cada estado/região/País. Dar-se-ia a estas entidades de pesquisa, oportunidades de se manterem em dia com as necessidades tecnológicas do país”.²²

Devem fazer buscas de patentes no Instituto Nacional de Propriedade Industrial para descobrir as tecnologias disponíveis livremente e os proprietários daqueles protegidas por privilégios.

Avaliar e selecionar tecnologia é vital. “Através da avaliação poder-se-ia antecipar as possíveis repercussões que determinada tecnologia produziu no meio ambiente natural e social e maximizando seus efeitos positivos e neutralizando os negativos. Tomando, assim, a avaliação de tecnologia eficaz de planejamento, contribuindo para escolha de tecnologia alternativa, de modo mais racional e eficiente e sobretudo um instrumento de educação da população”²³, que criticamente poderá avaliar os efeitos produzidos pelas inovações nos seus grupos sociais. Este poder de crítica é provocado pela formação de nível de consciência elevada, colaborando para o estágio da seleção e tomada de consciência dos investimentos tecnológicos em termos de cooperação e bem-estar comum.

Esta consciência de melhor aproveitamento e seleção de tecnologia deve todo o universo - o sistema internacional. Sob visão racional “os progressos intelectuais refinam e acentuam as aspirações Hicas ao estabelecimento de um sistema de relações internacionais (e interesses é óbvio) mais equilibrado, no sentido da justiça ou equidade, e da

estabilidade, e à elaboração de um ordenamento jurídico e político mais justo na vida dos povos”.²⁴

Os países em desenvolvimento não podem permanecer esperando que os mais desenvolvidos apresentem soluções para seus problemas. Os interessados que se movimentem para fomentar e produzir meios de sobreviver à ordem econômica mundial. Esta posição para alcance de tecnologia no plano externo vem seguida da filosofia da soberania ditada pela NOEI²⁵ - Nova Ordem Econômica Internacional que incentivaria o diálogo Norte-Sul e tentaria diminuir a disparidade existente no campo da pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico, assim como corrigir desigualdade econômicas entre os Estados fortes e fracos.

“No plano jurídico diante da Nova Ordem Econômica Internacional, as relações internacionais devem ser focalizadas não por um Direito Internacional clássico que preconizava o “direito de coexistência”, mas sim por um direito internacional que seja abrangente nos seus aspectos políticos e econômicos das relações dos Estados entre si, destes com os particulares e das pessoas privadas entre si, sempre na perspectiva de superação dos desequilíbrios que dividem o planeta”.²⁶

Seria um direito de cooperação, todos visando eliminar desequilíbrios.

Estes são os planos elaborados e pretendidos pelos países em desenvolvimento, no caso a América Latina. Atualmente o diálogo Norte-Sul está morto. Todavia, apesar da inexistência deste diálogo, é importante que sejam mostrados os pontos nos quais se funda a proposta da Nova Ordem Internacional. São eles;

“1 - Redefinição da soberania.

Esta não pode ser objeto de coerção econômica e que deve ter por limite a de outros Estados;

2 - Igualdade - Restabelecimento do equilíbrio entre o fraco e o forte;

3 - Cooperação Internacional - A cooperação eqüitativa geraria um verdadeiro direito de ajuda o que corresponderia da parte do mais potente a “obrigação de assistência”;

4 - Interdependência e criação de um novo direito internacional A interdependência seria compreendida como “segurança econômica coletiva”, ou como reconhecimento do fato de que não há como escapar das relações econômicas com outros Estados. Cabe a lei corrigir a bem da continuidade e da harmonia social”.²⁷

O diálogo Norte/Sul era o plano pretendido pelos países em desenvolvimento, no plano internacional. Atualmente, este diálogo não existe.

No âmbito interno, é necessário detectar quais áreas de produção que precisam ser revitalizadas e beneficiadas, quais os investimentos tecnológicos aptos à mudança. A perspectiva dos países em desenvolvimento de somente importar tecnologia para alterar o sistema de produção deve ser acrescida à definição de metas de políticas econômicas e tecnológica, ditada pelo Estado que, intervindo e apoiando, proporciona maior grau de auto-nomia e aumento gradativo do poder de barganha na compra de tecnologia por parte de suas nacionais. Quando as empresas encontram firme disposição do governo em negociar a participação nacional, quando todos os problemas e demandas são colocados na mesa claramente, pode-se esperar sucesso nas negociações.

“A ação do governo brasileiro, na intervenção da aquisição de tecnologia por parte das nacionais, se verificará ao analisar a legalidade da operação, como também a sua conveniência e oportunidade da operação, como também a sua conveniência e oportunidade. E para aumentar o poder de barganha do adquirente, o Estado tenta identificar fontes alternativas de tecnologia (com mecanismos do tipo do NA-55) e Põe em prática normas que proíbem o abuso de controle do fornecedor sobre o adquirente, suas atividades e seu desenvolvimento”.²⁸

Como a taxa de poupança privada não foi suficiente e o desconhecimento do “know-how” adequado atrapalhou para o surgimento de capital necessário ao crescimento, como já ficou dito, o capital externo teve sua entrada bem-vinda.

A dependência tecnológica no setor industrial era inevitável, “induzindo o Governo a ocupar setores que não atraíam os investimentos privados, tais como as atividades de infra-estrutura econômica e social, os ramos intermediários, ou ainda em setores cujas inversões financeiras são de prolongada maturação, mas que exerciam funções básicas ao desenvolvimento do setor privado devido às externalidades das quais ele mesmo se apropriaria”.²⁹

Esta participação do Estado na Economia na visão ideológica e política esta bem delineada pelo pensamento de Peter Evans ao afirmar:

“As empresas estatais têm um papel tampão do controle dividido e surgiram como os instrumentos mais eficientes para a promoção de uma lógica nacionalista de acumulação (...) os controles externos imposto pelo Estado, combinados com a influência intern exercida

pelas estatais, proporcionam a razão mais convincente para acreditar-se que uma lógica nacionalista possa predominar sobre pre-dominar sobre a lógica multinacional de acumulação no futuro”.³⁰

o grau de dependência nacional provoca consciência sobre o legítimo desenvolvimento brasileiro e com ele o papel da pesquisa, da ciência e da tecnologia. Todas as decisões tomadas afetarão os destinos nacionais; a tecnologia pode ser importada, contanto que os objetivos e problemas sejam previamente delineados, selecionados e executados por pessoas preparadas, treinadas, e experimentadas. Um país tem tecnologia própria quando existe um entrosamento entre instituições tecnológicas/empresas no controle, na seleção e na absorção de tecnologias de outros países e, a partir daí, com a própria experiência, elaborar sua própria tecnologia e achar soluções vantajosas para seus problemas, ainda suprimindo cláusulas restritivas e regular, fixar em limites razoáveis o preço da tecnologia importada.

Para tanto, o país precisa definir e implantar uma política de investimento que constituiria a base da política tecnológica, envolvendo prioridades da economia e os critérios de seletividade quando aos diversos ramos de atividade econômica, inspirada na superação (arriscando-nos a ser um tanto ufanista) ou redução da dependência tecnológica e na decisão de criar instrumentos que a viabilizem.

CAPÍTULO II

A política científica e tecnológica no Brasil

2.1 PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICA CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA

Afirma-se hoje que a transformação tecnológica é a principal determinante do desenvolvimento econômico e social e que, para tingi-lo, ocorre uma verdadeira corrida contra o tempo. “Só o avanço tecnológico, a nível do processo ou do produto, assegura a uma atividade industrial uma efetiva competitividade internacional. O avanço tecnol[ó]gico deve conciliar-se com a expansão do mercado interno”.¹

Vê-se logo que precisa haver sincronia entre o desenvolvimento tecnológico e a economia do mercado, o qual precisa ser orientado e preparado para acobertar e absorver a tecnologia importada. Esta posição de sincronia, porém, no caso brasileiro, só começou a aparecer a partir da década de 60, quando pelo advento do Programa Estratégico de Desenvolvimento - PED - que definiu “pela primeira vez, ao nível do Governo Federal, uma política explícita de ciência e tecnologia nos objetivos e um programa de ação”², serviu como parâmetro para o desenvolver da política

tecnológica definida e bem delineada, com perfeita adequação do processo de transferência de tecnologia aos objetivos nacionais, permitindo que houvesse perfeito entrosamento entre o parque industrial existente e o perfil tecnológico desejado.

“Uma política industrial indefinida quanto às diretrizes concenentes aos problemas tecnológicos, certamente impediria que a orientação do processo de transferência de tecnologia produzisse todos os benefícios que dela podem advir, obrigando-se a determinar autonomamente seus próprios objetivos”.³

Quando se disse que somente a partir da década de 60 foi dada maior ênfase ao planejamento à ciência e tecnologia e que tinha iniciado a transição para a economia secundária, não se pretendeu dizer, nem tampouco significar, que o Estado no decorrer destas décadas não tenha efetivado nenhuma atividade relacionada com as mesmas. Atividades e políticas governamentais existiram, só que estas não eram tidas como objetivo primordial estatal e eram esparsas e descontínuas. O atual Presidente do INPI Mauro Fernando Arruda ao analisar o comércio de tecnologia no Brasil até a década de 60 enfatizou que o mesmo apresentava-se naquela época imperfeito e com práticas negativas, tolhendo o desenvolvimento da empresa nacional e do interesse econômico do País”.⁴ Elas refletiam e como até hoje refletem que a cada etapa de crescimento se exige uma tecnologia a ser negociada, empregada e utilizada. Estudos realizados sugerem “que quando houve apoio do Estado à atividade científica e tecnológica no país, este foi dado em função de conjunturas específicas,

normalmente obedecendo a interesses localizados no tempo e no espaço”.⁵

“Nem sempre o interesse e o empenho mostrados pelos governos em prol da Ciência e Tecnologia, nos países em desenvolvimento tiveram por motivo objetivos econômico-sociais: razões de prestígio determinam as prioridades e, assim, as alocações de recursos, nos programas e planos oficiais da política científica e tecnológica”.⁶

Quando Vargas assumiu o governo em 1930, o Estado tinha um papel direto na acumulação capitalista e como tal apoiou o preço do café. “Esse Estado tinha como característica intervir por meio da regulamentação. O Estado Empresário só aconteceria com o Estado Novo”.⁷ A centralidade do Estado Empresarial é um dado bastante conhecido do desenvolvimento dependente gerador do desenvolvimento econômico. Todavia, para que o desenvolvimento evolua corretamente, tem como condição necessária ao planejamento que, por sua vez, é tido, como requisito da política de desenvolvimento. Esta tem que ser expressa em programas e traduzir-se em medidas concretas de políticas econômica para a completa execução do plano. Os responsáveis pela política econômica não devem ficar preocupado com o imediato; devem planejar e desenvolver políticas de longo prazo de forma a beneficiar todas as classes sociais e regiões do País. Diz-se que se encontra neste conceito o papel de neutralidade que é exigido pelo Estado capitalista moderno.

“O papel de Estado, contrariamente ao senso comum, não é o árbitro neutro, que paira acima dos interesses e

pressões de frações ou grupos, representando as aspirações de todas as classes sociais. Em nossa sociedade de classes, a atuação do Estado está ligada aos grupos de consumidores de alta renda, e sua política econômica e geral tende a defender e perpetuar os interesses destes, seja em temas de produção e consumo de determinados bens e serviços, seja em relação às decisões de investimentos, portanto, de tecnologia capital-intensiva”.⁸

Contudo, a política de desenvolvimento científico e tecnológico deve ser erguida de acordo com as diferentes formas e localização de intervenção nas atividades que contribuem para a acumulação tecnológica no Brasil. Com o processo de industrialização, os meios acadêmicos e empresariais começaram a questionar e a demandar produtos altamente sofisticados que exigiam tecnologia avançada. Levados pelo consenso dos “três aspectos do funcionamento da economia”⁹ provocaram o envolvimento do Estado em atividades científicas e tecnológicas.

Inicia-se a fase da “política de reorientação” que visa atuar como variável independente capaz de alterar aspecto do modelo econômico vigente. São tomadas medidas de promoção ou controle da atividade industrial, com objetivo de fortalecer a capacidade tecnológica autônoma; são executadas políticas seletivas de industrialização. Esta “política de resposta” - política de ciência e tecnologia que apenas procura atender às necessidades do desenvolvimento natural, sem buscar, nem tentar modificar suas características; o Estado apóia a indústria, sem definição e direção do crescimento mediante estabelecimento de prioridade. Existe um certo grau de

planejamento, todavia, sem caráter impositivo e ideológico nacionalista.

A ideologia nacionalista está sempre presente em toda sociedade capitalista;

“seu peso relativo e a interpretação política concreta que lhes é dada varia de acordo com as condições políticas internas específicas de cada sociedade e com suas possibilidades de inserção no sistema internacional”.¹⁰

O nacionalismo motiva o Estado a reforçar a base técnica interna - acervo de conhecimentos, tendo princípios que organizam a força produtiva do trabalho à produção de mercadorias - e a promover o progresso técnico que é resultado da interação da base técnica do sistema produtivo e todas as formas de concorrência vigentes na sociedade. E também se torna condição necessária para implantação de uma política de autonomia tecnológica, aliada a uma maior capacidade interna de pesquisa, gerando uma maior capacidade competitiva internacional do sistema industrial.

“As condições das posições nacionalistas nos países em desenvolvimento são bem conhecidas como ideologia, tendo a ser forte decorrência de um passado colonial, de sua assimetria presente com relação aos países centrais e de sua distribuição interna de renda e poder altamente desiguais.

(...) A ideologia orienta e permeia todos os gastos governamentais em ciência e tecnologia, embora tenha necessariamente que permanecer oculta, para que sua função seja desempenhada a contento”.¹¹

“Medidas tendentes a conferir maior independência ao sistema produtivo, no que toca aos conhecimentos técnicos externos, devem ser definidas tanto no âmbito da regulamentação da transferência, quando no quadro de uma política voltada para o fortalecimento quantitativo e qualitativo do complexo nacional de ciência e tecnologia”.¹²

O uso dos conhecimentos tecnológicos na atividade econômica deve conjugar a força do trabalho que os esteja absorvendo através de educação, treinamento e experiência que são alcançados imediatamente; exige-se implantação de política científica e tecnológica não desvinculada da política econômica. Toda essa problemática tecnológica e científica decorre da evidência, da característica depende do processo de transferência de tecnologia face ao “know-how” externo. Os conhecimento científicos e tecnológicos e tecnológicos são instrumentos de poder dominadores tanto nas relações internas como externas.

HEI problema de la transferencia de tecnología, como el de las inversiones extranjeras ai que está vinculado, por ser transcendencia asume carácter internacional. Los organismos mundiales se han ocupado de él, tratando de buscar una solución, que armonice los intereses contrapuestos de países exportadores y países receptores de tecnología, a través de recomendaciones a sus miembros”.¹³

Em âmbito internacional, os países receptores de tecnologia passarão a ser centro de discussões, após a 11

Guerra Mundial. Foram realizados avanços na política comercial entre os países desenvolvidos e os não desenvolvidos ou em desenvolvimento. Apesar dos esforços e trabalhos realizados no GATT, problemas específicos dos países não desenvolvidos não eram abordados devidamente e com maior atenção. O GATT tendo como filosofia o princípio de não discriminação, faz com que os países participantes aceitem a “cláusula da nação mais favorecida”. “Isso significa que a nação concorda em não conceder melhor tratamento a nenhuma nação em particular do que o concedido a todas as partes contratantes do GATT. Em princípio, esta cláusula afasta qualquer tratamento preferencial entre as nações no que concerne à Política Comercial”.¹⁴

E esta cláusula de obediência da “nação mais favorecida” impedia que os países industrializados concedessem certas regalias aos países subdesenvolvidos.

Foram os esforços decorrentes desses sentimentos que levaram à criação da Conferência da ONU sobre comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). Realizou-se em 1964, em Genebra, a primeira conferência da UNCTAD, passando a mesma, a partir desta reunião, a ser uma organização permanente da ONU.

“A UNCTAD tem, como principal missão, fomentar o comércio internacional para acelerar o desenvolvimento econômico, formular novos princípios e políticas com aquele objetivo e servir de meio para coordenar as políticas e atividades dos governos, especialmente os que guardam relação com países subdesenvolvidos”.¹⁵

No tocante à transferência de tecnologia, a UNCTAD reu-niu-se, em 1972 com o fito de estudar as possíveis bases para uma legislação internacional que regularia todo o processo de transferência de tecnologia, que é um tipo de comércio que ainda não possui uma legislação específica no âmbito internacional. Iniciou-se, assim, uma história de tentativas dos países subdesenvolvidos em prol de maior independência de transmissão de conhecimento entre eles e os desenvolvidos. Em 1975, tentou-se delinear traços característicos do Ante-Projeto de um Código Internacional de Conduta para a transferência de Tecnologia. Estavam contidas neste Ante-Projeto, proposta da posição de consenso do “Grupo dos 77” (países subdesenvolvidos) - hoje eles são mais de 120 integrantes - no tocante à prática dessa transação comercial no campo tecnológico e às dificuldades que eram impostas aos subdesenvolvidos para a aquisição desses conhecimentos. A afirmação da soberania dos Estados sobre seus recursos econômicos, a Nova Ordem Econômica Internacional exigia que os países subdesenvolvidos participassem do progresso técnico e material da humanidade e que as políticas postas em prática durante todo o processo de transferência de tecnologia, pelos países desenvolvidos, deveriam ser modificadas a fim de que a tecnologia fosse colocada à disposição de todo o mundo. Este Código iria estabelecer regras de comportamento nos mercados internacionais de tecnologia e “tomando cuenta de monera muy especial las necesidades reales de los países em vias de desarrollo a ser como los legítimos derechos que tienen, y las obligaciones que deben cumplir los productores, proveedores y receptores de tecnología”.¹⁶

Não obstante, a idéia de elaboração de Código Internacional de Conduta¹⁷ não floresceu como deveria. A posição do “Grupo dos 77” como uma central sindical desorganizada dos países em desenvolvimento, a pressão dos governos dos países centrais, a posição radical das empresas transnacionais, colaboravam contra a existência do Código de Conduta. São as transnacionais que mais comerciam com os países em desenvolvimento. E é neste ponto que reside “toda polêmica em torno do Código de Conduta: o critério que orientou a formulação da proposta do Grupo dos 77, foi o de criar um mercado de informações em que o proprietário de conhecimentos teria direito apenas a uma remuneração justa pela produção destes bens mas estaria impedido de usá-los como instrumento de poder. Acontece que isso significa destruir um dos elementos básicos da sustentação do dinamismo dos sistema capitalista, que é o controle sobre os canais de difusão de progresso técnico”.¹⁸

2.2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DE POLÍTICA CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA

Enquanto as divergências e oposições existirem, os países em desenvolvimento terão que achar seus próprios meios de irem eliminando progressivamente os efeitos negativos que as empresas transnacionais trazem para seus balanços de pagamento, para a distribuição desigual de renda e para a marginalização da maioria de sua população alheia à tecnologia sofisticada e que a maioria tem acesso, controla e aplica nos processo de produção, comunicação e de decisão. Precisam os países em desenvolvimento saber conviver e usufruir dos benefícios aportados pelas transnacionais e a

tecnologia deve servir à liberdade humana e não ser um instrumento a mais nas mãos das classe dominantes para perpetuar a escravidão com outras feições, mas com os mesmos efeitos; excluir da maioria da população de um país subdesenvolvido os resultados positivos para melhoria de vida que a tecnologia traz. O progresso tecnológico poderá manter de forma duradoura contínuos ganhos de produtividade no tempo e melhoria de nível de bem-estar da coletividade. De nada adianta investir grande volume de recursos na criação e absorção de nova tecnologia, se condições necessárias não forem desenvolvidas para frutificação destas transferências. A nível internacional os países em desenvolvimento estão no caminho certo, que no entanto, é árduo. Tomadas as consciências quanto aos problemas da transferência precisam-se estabelecer posições comuns e ação conjugada dos países em desenvolvimento com referência à tecnologia e principalmente o intercâmbio de tecnologia realizadas nestes próprios países, visando uma integração econômica e política, como demonstração de coesão. Como já foi abordado antes, o sistema e a política econômica brasileira, no plano interno, têm características abaixo enumeradas:

1. predomínio de investimentos estrangeiros;
2. inexistência de fonte supridora e criadora de tecnologia local, seja por falta de confiança para com a capacidade tecnológica nativa, seja pela preferência por tecnologia estrangeira conhecida e já muito bem experimentada;
3. as tecnologias estrangeiras são inadequadas; sendo desenvolvidas no exterior e para ele criadas, é óbvio

que, sendo utilizada em contexto diferente e sobretudo sem estrutura interna de absorção e seleção, não produzem os efeitos desejados. A utilização indiscriminada de tecnologia não contribui para elevação da renda per capita, nem para sua distribuição mais eqüitativa;

4. aumento crescente dos gastos explícitos com importação de tecnologia até a década de 1980.

“No Brasil dos gastos com tecnologia decresceram de US\$ 321 milhões em 1980 para US\$ 218 milhões em 1983, tendo ainda sido reduzidos em 1984 para US\$ 201 milhões. No triênio 1981/83 estes dispêndios representaram em média tão somente 1.4 da despesas do balanço de serviços. A recessão econômica dos anos 80 contribuiu sem dúvida para esta contenção”.¹⁹

Está bem claro que a situação é difícil e as perspectivas de melhorar a curto prazo vão requerer ação conjunta da empresa nacional e Estado. Caso levemos o nosso raciocínio para a conclusão de que nunca sairemos da dependência externa sob a alegação de que autonomia e auto-suficiência tecnológica não existirão, pois, existe a interdependência de nações, a tese de tecnologia própria é ufanista; de um certo modo estaremos ratificando a posição teórica assumida pelos economistas cláusulas de que os países subdesenvolvidos estão neste estágio de subdesenvolvimento porque são subdesenvolvidos. Só que desta vez a premissa seria que somos *dependentes* e continuaremos sendo, porque somos *interdependentes*.

Este pensamento de dominação, como o próprio termo já transmite, leva-nos a uma única direção de que os países sub-desenvolvidos precisam continuar nesta letargia para que os povos desenvolvidos não tenham que começar a renunciar ou repartir o seu conforto (de suas populações) conseguido muitas vezes, pelo suor do povo marginalizado que vê suas matas, seus rios, seu ambiente ecológico modificados, invadidos, destruídos por enormes fábricas poluidoras que deveriam permanecer em território que não o dos países em desenvolvimento. A solução encontrada tendo como tema o “crescimento” foi aportar apara os países subdesenvolvidos estas enormes fábricas poluentes. Todavia a população destes países sentem e reivindicam que seu ambiente tecnológico não pode ser destruído.

A necessidade, portanto, de que eles conquistem sua verdadeira independência, torna-se imperativa. No mundo contemporâneo, o instrumento habilitado para provocar e gerar esta independência, é a capacidade tecnológica suficiente que permita a este povo a exploração de todos os recursos disponíveis, entre eles, os recursos naturais, e que os adapte adequadamente ao meio econômico. Tudo só depende, como a história tem demonstrado, da vontade de todos em consegui-la, que de uma forma ou de outra, poderá até não ser pacífica.

Para se chegar a esta tomada de consciência no tocante à transferência de tecnologia, várias etapas têm que ser eliminadas.²⁰

Inicialmente, políticas tecnológicas eram inexistentes, imperava a filosofia do *laissez faire* que foi substituída pela *importação indiscriminada de tecnologia*, favorecendo o investimento estrangeiro. Esta fase traz em seu bojo limitações quanto ao tipo de atividade tecnológica

transferida, que na maioria das vezes, só chega ao país uma parte destas atividades realizadas nos países centrais, e também quanto à falta de neutralidade do processo de geração de conhecimento. Com a importação de tecnologia, os exportadores controlam uma série de decisões do importador de tecnologia, além de verem seus produtos obsoletos serem consumidos pelos países importadores ocasionando como afirma Celso Furtado “tecnologia de consumo reativando o ciclo vicioso da dependência tecnológica”. Esta dependência é vista a olhos nus, com isso ocorre evolução com o fito de elaborar políticas visando incorporar a pesquisa, a ciência e a tecnologia no processo de desenvolvimento. Como consequência da inserção destas variáveis, observa-se que os mecanismos do processo de transferência não estão prepara-dos, nem adequados ao exercício destas políticas e que existe desarticulação entre o sistema científico e tecnológico e o setor produtivo.

Áreas-problemas e necessidades tecnológicas precisam ser localizadas e formuladas. As maneiras pelas quais novas técnicas soa transmitidas e incorporadas para que seus efeitos na economia sejam benéficos. Diante disto, a necessidade de que a política tecnológica e científica se incorporasse à estratégia de desenvolvimento elaborada pelo Estado foi exigida. “A autonomia tecnológica pretendida deve ser elaborada em função de projeto nacional centrado na empresa (desenvolvimentista) e no povo (socialista nacional criativo) eliminando a absorção de tecnologia externa que é um dado que bem trabalhado e utilizado traz consequência favoráveis ao desenvolvimento”.²¹

Biato afirma que “a necessidade de conceber a política de transferência de tecnologia de forma integrá-la nas medidas destinadas a expandir e modernizar o sistema produtivo e

au-mentar o potencial de pesquisa”²², é a filosofia que deveria ser adotada pelos que exercem o poder de comando da Nação.

“A política tecnológica e científica deve ligar-se organicamente ao Projeto Nacional, contanto que a tecnologia e sociedade andam juntas em prol dos objetivos comuns, em que a primeira proporciona a força motriz da mudança social enquanto valores e instituições sociais e estruturas políticas influem no desenvolvimento e na adaptação de novas tecnologias”.²³

Em face das necessidades tecnológicas, em face da eliminação ou redução do gap - hiato tecnológico existente entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento -, precisa ser estruturada uma política científica e tecnológica adequada, observando e analisando as estruturas internas da sociedade que vai recebê-la ou até mesmo que tipo de sociedade se que construir. Deve-se antes indagar para que e para quem o país está investido em ciência e tecnologia. Os benefícios da ciências e tecnologia devem ocorrer em todas as classes sociais, principalmente naqueles que não têm melhor nível de vida. Não são necessárias grandes inovações, grandes técnicas para dar a esta população a consciência de uma sociedade justa e da qual ela possa participar da decisão de seus destinos, assumindo uma postura crítica que só a educação pode trazer.

Chega-se então à conclusão que para se alcançar um desenvolvimento tecnológico próprio são necessários que existam uma série de condições e fatores que harmonicamente podem conduzir a um denominador comum.

- Um trabalho de previsão científica e tecnológica poderá facilitar decisões políticas do Estado que impellido pela ausência de desenvolvimento no setor produtivo tem assumido sozinho o fomento na pesquisa e desenvolvimento -desvinculação entre setor produtivo e estrutura de ciência e tecnologia - ao mesmo tempo torna-se o meio de conhecimento da necessidade que tal ou tais políticas para o equilíbrio do sistema científico e tecnológico. O pronunciamento do Prof. Eduardo Rappel por ocasião de sua posse na Presidência da Associação Brasileira de Pesquisadores em Política de Ciência e Tecnologia - ABPCT reflete muito bem o papel da pesquisa inserida na política tecnológica e científica.

“Nesta oportunidade ofereço a ABPCT para servir como canal de comunicação e mesmo fórum de discussão entre governo e comunidade técnico-científica quanto ao grau de participação dos vários setores envolvidos com a área de Ciência e Tecnologia nas reformulações estruturais previstas e na formulação de políticas setoriais”.²⁴

- Investimentos na economia nacional, orientando à estrutura e controlando o sistema produtivo.
- Conceder à empresa nacional meios de sobrevivência e de competição e sobretudo inseri-la, ligá-la às instituições de pesquisa científica e tecnológica que passarão a ser condutoras do processo de conhecimento e difusão científica. Infra-estrutura básica de ciência conjugada com infra-estrutura

educacional vão garantir a capacidade inovadora própria e também vão dar condições para que o processo de escolha de tecnologia externa tenha resultados positivos, pois, ao serem elaborados critérios e parâmetros válidos para utilização e absorção completa da tecnologia, passam a domina-la de maneira tal, a produzir sua própria tecnologia e em seguida aperfeiçoá-la. Esta capacidade de inovar deverá ser difundida em todos os segmentos do sistema produtivo do país receptor, para que com isso, a inovação provoque outra inovação que por sua vez encadeará um outro processo; ocorrência do efeito multiplicador dos produtos nacionais surgidos, criados e adaptados aos objetivos e condições locais. Isto porque a escolha de tecnologia não é só uma decisão técnica, mas também econômica e social; a seletividade da escolha decorre de fatores políticos, sociais, econômicos e jurídicos. A intervenção do Estado na orientação do processo de desenvolvimento deve portanto engajar a empresa nacional, promovendo a organização da produção, esquemas de comercialização dos produtos, treinamento da força de trabalho.

“A eficácia governamental no sentido de garantir a sobrevivência dos produtos nacionais durante o período de tempo requerido para sua efetiva capacitação dependerá de se associar a mobilização de instrumentos específicos de política tecnológica a um conjunto de medidas de política industrial”.²⁵

2.3 POLÍTICA ECONÔMICA E TECNOLÓGICA BRASILEIRA DE 1956 ATÉ 1985

A ação governamental sobre o desenvolvimento tecnológico e científico deve aliar para que haja evolução do sistema, medidas de fomento e planejamento de recursos financeiros dedicados à ciência e tecnologia, criação de uma estrutura governamental para concepção e aplicação de políticas específicas de fomento científico e tecnológico, aplicação de uma política industrial precisa e arrojada, definição de ambiente econômico e social favorável à inovação (estratégia econômica e social), política de promoção incentivos à pesquisa, política de capacitação e treinamento de pessoal científico e tecnológica através do apoio à universidade, à criação de instituições oficiais de pesquisa e à indústria. Enfim, estimular o alto grau de tecnologia nacional, elevação da renda per capita conjugada com a elevação do nível de vida de toda a população, a longo prazo e sem retomo imediato, investindo em pesquisa e desenvolvimento. Precisa-se, independentemente da utilidade social de qualquer inovação técnica específica, promover, difundir, aplicar a tecnologia previamente escolhida e trazida pelo “know-how” externo e a nova tecnologia gerada pela absorção adequada dos conhecimentos comprados, ocasionando uma ação cultural e política. Torna-se imprescindível o exercício de esforço de compatibilização e harmonização das políticas econômicas com as da ciência, tecnologia e educacional.

“O impacto da ação governamental sobre o desenvolvimento científico e tecnológico não decorre apenas de políticas diretamente associadas à

problemática da ciência e da tecnologia. De fato, medidas gerais ou setoriais de política econômica têm também, freqüentemente, implicações sobre a evolução tecnológica do país”.²⁶

A intervenção estatal na orientação do processo de desenvolvimento industrial e científico dá-se através de *política explícita de ciência e tecnologia* que se manifesta em documentos, leis e pronunciamentos oficiais, implicando certo grau de normalização do comportamento tecnológico das empresas e dos órgãos do poder público, e através de *política implícita* delineado pelos efeitos produzidos por planos, programas e diretrizes que não pertencem às atividades e funções científico-tecnológicas; tais como, a economia, educação, relação de comércio exterior. O Estado Brasileiro, nestas últimas décadas e mais, tem empregado medidas promocionais, visando o incentivo às empresas industriais, e por outro lado, podemos sentir, identificar uma intervenção com características de certo grau de planejamento, indicativo de metas e intenções, no entanto, na maioria das vezes, sem caráter impositivo. Através da retrospectiva dos governos brasileiros a partir de meados e fins da década de 50 até nossos dias, observa-se a variação de grau na balança de políticas explícitas e implícitas na experiência brasileira. No campo de transferência de tecnologia dos países em desenvolvimento dois fatores têm que serem observados: o empresário nacional na defesa dos seus interesses e o Estado no que diz respeito à importação de tecnologia.

2.3.1 Plano de metas até o Governo Médici

A ampliação da escala de acumulação industrial por meio da atuação do Estado Brasileiro deu-se com o advento do Plano de Metas ocorrendo a política de desenvolvimento preconizada pelo trabalho realizado pela Comissão Mista Brasil-Estados Unidos e Grupo Misto BNDE-CEPAL. Como dá para perceber, a filosofia e ideologia dominantes nesta época era da teoria cepalina do subdesenvolvimento que norteou todo o caminho percorrido pelo ISEB - Instituto Superior de Estudos Brasileiros. “A abordagem teórica comungada pelos principais expoentes do ISEB consistia, sobretudo, em conceber o processo histórico como uma sucessão de fases progressivas, onde a fase vigente anunciaria a fase subsequente. O ISEB consolidava o nacional-desenvolvimentismo, que procuraria liquidar com o passado colonial e abrir espaço para uma nova fase do desenvolvimento do Brasil, o desenvolvimento capitalista”.²⁷

Esta ideologia dominou todo o pensamento do Plano de Metas (56/61) que tinha como áreas prioritárias de atuação, a coordenação de setores da economia e beneficiamento através de incentivos creditícios à produção privada. O capital estrangeiro teve suas portas abertas à economia brasileira.²⁸ O planejamento econômico e industrial institucionalizou-se e o crescimento da indústria foi guiado pelas vantagens de mercados protegidos e não pela ação governamental. No período Juscelinista, a filosofia de “proteção às indústrias nascentes” imperava e com ela a dependência da tecnologia importada. Iniciava-se, apesar dos benefícios trazidos, o “maior pileque da história econômica brasileira”, deixando como saldo “a pior ressaca” nunca dantes vivida.

O governo que se seguiu à Revolução de 1964, encontrou um alto índice inflacionário na economia a redução da taxa de crescimento do produto.

O governo Castello Branco teve sua política econômica consubstanciada no combate à inflação para a retomada do crescimento, conforme pode constatar-se na linha de programa pre-estabelecida no PAEG - Programa de Ação Econômica do Governo.

No campo da ciência e da tecnologia, as medidas eram escassas; no setor educacional, a política dirigia-se à adequação do ensino às necessidades culturais da sociedade. Embora escassa, a política científica e tecnológica do Governo Castello Branco pronunciava-se através da intensificação do uso de tecnologia externa. Fato este ocasionado pela política de estímulo ao capital estrangeiro. As importações de materiais e equipamentos com tecnologia incorporada, estímulo à presença de empresas estrangeiras no território brasileiro, foram a solução encontrada pelo Governo para aquisição de conhecimento tecnológico, ao queimar etapas, como o da pesquisa.

O Governo seguinte - Costa e Silva - mudou a ótica de prioridade da política econômica. A inflação passou para plano secundário, assumindo o crescimento o primeiro lugar das prioridades governamentais. “A partir da 1968 começaram a ser tomadas medidas que foram aos poucos configurando uma estrutura decisória de Ciência e Tecnologia. Já se falava em passar da fase de substituição de importação para a fase de substituição de tecnologia”.²⁹ O desenvolvimento científico e Tecnológico passou a ser objeto específico da política. Esta orientação política estava inserida no documento do Governo Costa e Silva que foi o

PED - Programa Estratégico de Desenvolvimento. Tal programa preconizou uma aceleração na incorporação de tecnologia ao sistema produtivo, e a ampliação de dotação financeira às atividades de pesquisa. Reconhecia no Governo principal condutor desta política e, pela primeira vez, a política científica e tecnológica se projetava de forma explícita. O plano enfatizava a necessidade de criar uma maior capacitação científica e tecnológica de forma a reduzir a dependência em relação a fontes externas de “know-how” e a ajustar a tecnologia aos fatores de produção do país.³⁰

“Foram estabelecidos mecanismos financeiros especiais para as atividades científicas e tecnológicas e implanta-se uma estrutura institucional para o planejamento na área³¹, todos coordenados por um Plano Básico de Pesquisa Científica e Tecnológica (PBDCT). Objetivando este plano a reunir programas que incentivasse formação de pesquisas e mudança do ensino universitário. Em 1969, foi criado o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e tecnológico (FNDCT), sendo na época o suporte financeiro do PBDCT. A política de ciência e tecnologia explicitada pelo PED “não se contentava apenas em prover o atendimento das necessidades tecnológicas do sistema produtivo, mas propunha-se a promover a capacitação do país para a adaptação e criação de tecnologia própria, de forma a reduzir a dependência em relação a fontes externas de “know-how”.³²

Conferia ao PED à ampliação do mercado interno, dotando-o de fatores de produção, visando a assegurar maior absorção de mão-de-obra, ao mesmo tempo que o

crescimento do produto não era comprometido. Políticas econômicas destinada a expandir e acelerar o número de empregados eram alinhados, promovendo distribuição de renda, passando os trabalhadores a terem aumento real de seus salários.

A política preconizada no PED via surgir no documento oficial seguinte, o I Plano Nacional de Desenvolvimento - I PND correspondente ao período de 1972/74. Encontrava-se no Governo o Presidente Emílio Médici. Este Plano não encontrava uma inflação galopante como PED, porém encontrava uma estrutura recessiva. Tinha como princípios e objetivos a retomada do processo de crescimento e manutenção de elevada taxa de expansão. Viviam-se o clima do crescimento acelerado. As empresas estrangeiras ingressavam com força na atividade industrial; a conquista de mercados externos era vital ao aumento de eficiência do setor produtivo e para tanto elas foram chamadas para exercer o papel a fim de que o País conquistasse o mercado externo. Fábricas inteiras foram importadas naquela ocasião.

O IPBDCT tinha como pontos básicos: desenvolvimento de novas tecnologia e do sistema de apoio ao desenvolvimento da ciência e tecnologia e fortalecimento da capacidade de absorção e criação por parte da empresa.

Com o galopante ingresso do capital estrangeiro na atividade industrial e com ele o aumento do grau de remessas de lucros ao exterior, mediante política explícita, no início da década de 70, surgem no Brasil leis e instituições visando a orientação e fiscalização dos investimentos estrangeiros, de transferência de tecnologia, o fomento à pesquisa e à ciência, foi criado, por exemplo, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial pela lei 5.648,

de 11/12/1970 e foi instituído o novo Código de Propriedade Industrial - Lei 5.7725/71. Este Instituto quando da sua criação, uma das funções mais relevantes foi a de prover a sociedade brasileira de toda gama e volume possíveis de informações tecnológica.

O IPND definia sua política científica e tecnológica, associando-se “ao fortalecimento do poder de competição nacional em setores prioritários, entre os quais certas indústrias de alta intensidade. Esta política enfatizava que, ao lado da aceleração e da orientação da transferência de tecnologia, se devia suplementar esta importação com o ajustamento tecnológico e o esforço de criação própria, já que o aumento do poder competitivo da indústria nacional, indispensável à expansão do mercado interno, depende de maior esforço de elaboração técnica interna”.³³

No entanto, a política implementada neste período não correspondeu à forma ditada pelos planos. Sabemos que, as transformações tecnológicas, não suficientes, se a elas não se acoplem medidas de política econômica que as favorecem na sua evolução. A ilusão de poder manter o crescimento econômico a taxas em torno de 10% era a meta visada pela política econômica da época, defendida por Delfim Neto. Com a filosofia de que “nenhum país se tomou dependente por importar maciçamente tecnologia”, para se atingir os 10% desejados, eram concedidos incentivos à exportação e a importação era subsidiada.

O ministério da fazenda tinha completa autonomia de definição da política econômica, no início da década de 70, quando o então Ministro Delfim Neto o dirigia.

Ocorria a abertura à economia externa. As empresas nacionais desfortaleciam-se com esta política, pois, não tinham condições de igualdade com as transnacionais. A

causa do desfortalecimento era a capacidade mais intensa deles, em utilizar os incentivos dados.

A política de ciência e tecnologia visava a taxa de crescimento, mas não se preocupava com a autonomia tecnológica. O papel da pesquisa, para esta concepção econômica, deveria só aparecer quando a produção já estivesse conseguida e desenvolvida. Em 1968/70, época de conturbação políticas, a produção científica foi prejudicada pela evasão dos seus cérebros que se afastaram o país, por terem suas atividades cerceadas por razões políticas e ideológicas.

2.3.2 Governo Geisel até início do Governo Sarney

Com o Governo Geisel, o Ministério da Fazenda que antes era o ponto de articulação de toda política econômica e tecnológica, cedia espaço para a SEPLAN que assumiu a responsabilidade desta política e sua execução. Vieram o II PND e 11 PBDCT.

O 11 PND reafirmava a necessidade de tecnologia própria, desenvolvida no nosso território adaptada às nossas características. “Ciência e tecnologia, no atual estágio da sociedade brasileira, representam uma força motora, o conduto, por excelência, da idéia de progresso e modernização. No campo econômico, o desenvolvimento tecnológico terá, no próximo estágio, o mesmo papel dinamizador e modernizador que a emergência do processo de industrialização teve no pós-Guerra”.³⁴

“O discurso oficial assa a privilegiar o papel a ser exercido pela ciência e tecnologia no processo de desenvolvimento brasileiro”.³⁵

O II PND dizia em seu texto que a empresa transnacional deveria contribuir para a economia nacional não só através do aporte de poupança, como também através das exportações e geração local de tecnologia. Deveriam as transnacionais evitar práticas de controle de mercado ou absorção de competidores. Estes objetivos, no âmbito legislativo, tomaram forma no Projeto de Lei 2.248/76 que continha 4 artigos e que seria o tão discutido Código de Conduta das Multinacionais. No âmbito institucional-jurídico, em 1975, o INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial baixou o Ato Normativo nº 15, padronizando e definindo as categorias de contratos de transferência de tecnologia e o modo de procedimento de sua averbação, junto a este órgão.

A política de transferência de tecnologia era voltada para a seleção de tecnologia importada e para o fortalecimento do poder de negociação das empresas nacionais. Tomava-se consciência de que, não obstante a maior quantidade de conhecimento técnico transferido, sem ser absorvido, a taxa de crescimento da produção e de mudanças estruturais almejadas não aumentavam e continuava a inferioridade econômica em relação aos países desenvolvidos. A tecnologia transferida indiscriminadamente não aproveita, com satisfação, a mão-de-obra que tornará excedente, desqualificada, gerando subempregos. A tecnologia, não sendo apropriada, desfigura o ambiente sócio-econômico e não direciona corretamente, quais os setores em que deveria haver investimentos.

Este conceito estava bem apreendido na política governamental. Havia convergência entre a política de ciência e tecnologia preconizada nos planos governamentais e a política industrial daquela época, recaindo na indústria

de bens de capital, eletrônica de base e na área de insumo básicos.

“Seria conferida prioridade ao desenvolvimento tecnológico de setores industriais básicos e de alto conteúdo tecnológico, notadamente a indústria eletrônica (em particular, a de computadores), de bens de capital, química e petroquímica, siderúrgica e aeronáutica”.³⁶

Estava dado o passo inicial no desenvolvimento da Informática no Brasil. Hoje, sentimos o reflexo positivo da política governamental da “reserva de mercado” quanto aos computadores. Segundo a Revista “Isto é” de 25 de setembro de 1985, na página 37, a empresa Logus computadores Ltda. Conseguiu uma enorme façanha: exportar para os Estados Unidos, micro-computadores por ela fabricados. Estamos diante da *Teoria do mercado supletivo*, quanto a transferência ocorre de país interme-diário ou em desenvolvimento para país desenvolvido.³⁷

A política de apoio ao mercado de minicomputadores para empresas nacionais contraria poderosos interesses desejados de penetrar no mercado brasileiro. Recentemente, no início de setembro, o Presidente dos EEUU, Ronald Reagan faz um pronunciamento que refletia muito bem os interesses das transnacionais, ao ameaça sutilmente o Governo brasileiro, caso as medidas protecionistas ao mercado de Informática para as nacionais persistissem.

Esta forma de pressão tem surtido seus efeitos nos meios políticos, no âmbito do Itamarati e do INPI. De uma certa forma, já deveria ter sido baixado pelo INPI e SEI (Resolução), ato normativo regulando o mercado de software. Sente-se no ar, “um compasso de espera, de

definições políticas”. Os contratos de exportação dos microcomputadores brasileiros já são bem freqüentes e os países supridores de tecnologia já exigem das empresas compradoras da tecnologia, declaração de cláusula restritiva de exportação e já chega-se ao ponto de exigir declaração do Governo brasileiro, forçando-o a decisões quanto à “reserva de mercado”, favorecendo às nacionais. O mercado brasileiro de informática espera com expectativa, a definição do Governo brasileiro quanto à sua política de informática.

Não se questiona, aqui, se o nosso mercado de Informática será ou não um mercado potente, e sim o resultado positivo para a nossa economia, quando políticas tecnológicas e científicas são coerentes com a política econômica em prol da redução da dependência tecnológica externa. O Senador Roberto Campos é um dos árdus defensores da eliminação da “reserva de mercado” por parte do Governo brasileiro. A posição assumida pelo senador é a de que um mercado livre, com concorrência aberta a todos os tipos de empresas quer sejam nacionais ou estrangeiras, provoca maior desenvolvimento do País.

No Governo Geisel, foram assim, dados os primeiros passos para redução do hiato tecnológico existente entre os países em desenvolvimento e os desenvolvidos.

Enquanto que no Governo Geisel, a política tecnológica convergente com a política econômica, atingiu seu auge, podemos constatar mudança na orientação desta política no Governo Figueiredo.

A recessão dos anos 80 trouxe obstáculos para a consolidação dos resultados obtidos na década de 70, “não só pelo arrefecimento dos programas governamentais, como pelas restrições à incorporação do progresso técnico em

alguns setores, decorrente do estrangulamento cambial e da queda dos investimentos”.³⁸

i. Ciência e Tecnologia

É dispensável destacar a relevância da pesquisa científica e tecnológica e sua aplicação para o desenvolvimento nacional.

O objetivo final é diminuir a dependência científica e tecnológica do País. No período do III PND, procurar-se-á compatibilizar as ações - tanto em termos de transferência como de criação de conhecimentos e tecnologias - com os objetivos e prioridades nacionais nos diversos campos de desenvolvimento, a exemplo dos setores energéticos, agrícola, industrial, de educação, trabalho, habitação e transportes. As linhas gerais de ação serão as seguintes:

- desenvolver e ampliar a capacidade de absorção e geração de tecnologia das empresas nacionais, dotando-as de meios para negociar adequadamente com os fornecedores externos de tecnologia, para dominar os princípios da tecnologia que utilizam e, assim, assegurar seu manejo de forma completa;
- apoiar as pesquisas que visem ao desenvolvimento de fontes alternativas de energia;
- apoiar as instituições de pesquisa já existentes, de forma a aproveitar e reforçar a sua capacitação, no sentido do desenvolvimento tecnológico da empresa nacional;

- estimular a demanda de tecnologia nacionais adequadas às necessidades sócio-econômicas e culturais do País, inclusive pela orientação dos investimentos governamentais e utilizando o poder de compra das empresas estatais;
- fortalecer e ampliar o domínio do conhecimento científico, especialmente através da eliminação de carências e estrangulamentos nos programas de pós-graduação e pesquisa das universidades; e,
- tornar acessível, no que for cabível, esse conhecimento a outros níveis, através do ensino em nível de graduação e dos cursos de formação técnica especializada.³⁹

O III PND está chegando ao fim de sua vigência e, restringiu-se a uma página dedicada à ciência e tecnologia com princípios e objetivos de planos anteriores. Veio apenas cumprir uma exigência legal. A descontinuidade da ação governamental no campo científico e tecnológico é bem detectada e pode estar relacionada com o desenvolvimento econômico brasileiro que sofreu incidentes econômicos mundiais e incidentes econômicos e políticos no âmbito interno.

“Considerando que o impacto dos avanços tecnológicos e científicos sobre as condições da vida do homem comum e da sociedade - cada vez mais extenso e mais profundo - não pode passar despercebido ao Estado e aos Governo, em virtude da elevada emissão que têm de zelar pelo bem-comum;

Considerando que, no estágio de desenvolvimento no Bra-sil, impõe-se o estímulo à atividade empresarial no setor, bem como o desenvolvimento de um patrimônio de conhecimento científico e de uma tecnologia nacional que atenda às necessidades do país;

Considerando que, embora já exista na estrutura da administração pública brasileira uma série de órgãos e de constituições de pesquisa e fomento voltados ao desenvolvimento da ciência e tecnologia, trata-se de um conjunto disperso e desarticulado, sem supervisão e orientação unificadas, circunstância que inviabiliza a formulação e a execução de uma estratégia de ação política firme e consistente no setor;

Considerando, ainda, a contribuição que o progresso científico pode trazer tanto ao levantamento dos padrões de vida da população, quanto ao desenvolvimento mais eficaz dos setores industrial, agrícola e de serviços;

Considerando, enfim, que um Ministério da Ciência e Tecnologia estabeleceria os instrumentos e os canais indispensáveis a uma política nacional no setor, capaz de servir aos mais altos interesses econômicos, sociais e políticos da comunidade brasileira.”⁴⁰

Com estas considerações, no preâmbulo do Decreto nº 91.146/85, modificado pelo Decreto nº 91.582, de 29/09/85, a Nova República que acaba de se instalar, cria o Ministério da Ciência e Tecnologia.

Tem este Ministério a seguinte área de competência⁴¹:

- patrimônio científico e tecnológico, seu desenvolvimento e a política de cooperação e intercâmbio concernente a esse patrimônio;

- política de ciência e tecnologia, inclusive a coordenação de políticas setoriais;
- política nacional de informática;
- política nacional de cartografia;
- política nacional de biotecnologia;
- política nacional de pesquisa, desenvolvimento, produção e aplicação de novos materiais e serviços de alta tecnologia, química fina, mecânica de precisão e outros setores de tecnologia avançada.

A criação de um Ministério ligado à ciência e tecnologia vem sendo ventilada nos meios políticos e acadêmicos, nas últimas décadas. Em 1963, encontravam-se indícios para esta criação, só que ligado à ciência e à cultura. Cientistas se reuniram na Academia Brasileira de Letras e propuseram o anteprojeto para formar aquele Ministério. O motivo, pelo qual, fez com que a proposta surgisse entre os cientistas, foi que se havia pensado que o CNPq seria absorvido pelo MEC. Vários setores institucionais dispensaram várias e sérias restrições porque julgavam a criação prematura e inconveniente. Sobreveio a Revolução de 64 e o projeto foi abandonado. Em 1976, novo Projeto de Lei foi apresentado ao Congresso a que, aparentemente, nem o setor oficial de planejamento científico e tecnológico, nem os meios científicos deram origem. Novamente, a idéia foi deixada de lado, optando-se por uma estrutura mais flexível em termos de planejamento e execução. O SNCT previa a criação em

cada Ministério de uma Secretaria ligada à tecnologia ou um Delegado de Tecnologia.

Existem posições contrária dirigidas à criação de um Ministério de Ciência e Tecnologia, pois, em outros países, ele não tem dado provas de eficiência, isto, porque pesquisa científica e tecnológica deve estar interligada a todos os ministérios, o que torna a sua centralização fonte de dificuldades administrativas. Diz-se que não se justifica isolar tecnologia em um único ministério e que tomar como parâmetro os Ministérios de Ciências e Tecnologia ou de Ciência e Pesquisa de outros países que atuam paralelamente ao Ministério da Educação “não pode servir de modelo para países em desenvolvimento, onde os processo burocráticos são muito lentos e demorados enquanto a aversão e resistência à inovação e mudança são muito fortes”.⁴²

Enquanto para uns, a criação de um Ministério de Ciência e Tecnologia é injustificável, para outros justifica-se, para que haja o “desempenho de funções de coordenação e direção central, torna necessária a existência de certo número de organismos centrais constituindo uma estrutura institucional orgânica, dotada de personalidade técnica própria e apreciável grau de autonomia dentro da maquinaria administrativa”.⁴³

Contudo, apesar dos obstáculos e posições contrárias, o Ministério da Ciência e Tecnologia surgiu, tendo à sua frente muitos problemas, dentre eles, até sua própria extinção, já ventilada nos meios políticos.

Com o decreto que o instituiu, o Governo definia sua política explícita neste setor. Disposições quanto a coordenação e direção central do esforço científico, quanto ao planejamento de recursos destinados à ciência e

tecnologia, quanto à coordenação interministerial ou entre institucionais voltadas ao fomento e pesquisa, quanto à harmonização de política explícita e implícita (instrumento de caráter autônomo influenciando a nível mais amplo o nível tecnológico) são elementos para se definir uma política científica e tecnológica.

Pelo menos, nas considerações enunciadas no referido decreto, encontramos tais objetivos bem definidos no papel, só falta constatar a existência de aplicação coerente de políticas adequadas e sobretudo políticas de promoção e incentivos à pesquisa.

Este Ministério tem por escopo não só elevar a eficácia operacional do SNDCT (Sistema Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), com também assegurar ao Ministério recentemente criado, a alocação de recursos financeiros para a infra-estrutura de pesquisas.

Segundo o “Jornal do Brasil” do dia 05/10/85, no Informe - JB, o orçamento para o ano de 1986 da reestruturação dos laboratórios de pesquisa está previsto ser de 400 bilhões de cruzeiros. Esta quantia torna-se tão pequena quanto nos deparamos com a cifra destinada à pesquisa pelos países desenvolvidos. A percentagem do PNB brasileiro destinado à pesquisa e desenvolvimento reflete a nossa condição de subdesenvolvimento.

A percentagem no mínimo em 1% é um dos indicadores do sub-desenvolvimento; como também utilização dos conhecimento disponíveis nos centros de pesquisa e nas universidade no atendimento ao básico da população. Os outros indicadores são:

- o montante das remessas como pagamento dos royalties e taxas de remuneração;

- baixa percentagem em pesquisa pura e aplicada;
- deficiência de recursos humanos no campo científico e tecnológico;
- o número de pesquisadores por habitante é muito reduzido.

2.4 A INFLUENCIA DA EDUCAÇÃO E DA PESQUISA NO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO DO PAÍS: O PAPEL DA UNIVERSIDADE NA REDUÇÃO DA DEPENDÊNCIA TECNOLÓGICA

A utilização da Universidade e dos institutos de pesquisa no Brasil só passaram a ter forma a partir de 45 quando a ciência estava na fase inicial de institucionalização.

No início, havia a dependência de Portugal e, em seguida, com o Tratado de Methuen de 1703, a Inglaterra passou a receber o ouro brasileiro, exploravam-se produtos primários para os centros metropolitanos. Até o início sob o domínio estrangeiro, a tecnologia empregada era trazida do exterior. Em 1946, a Universidade já tinha seu espaço no plano institucional brasileiro, só que os empresários não se preocupavam com pesquisas tecnológicas, porque estando vinculados às empresas estrangeiras pelo pagamento dos bens importados, eles não se voltariam para a pesquisa realizada em território nacional.

A partir da década de 60, com a forte penetração e influência das empresas estrangeiras, provocando o desaparecimento das nacionais sem poder competitivo contra as transnacionais, as atividades de pesquisa

diminuíram. Tendo seus próprios laboratórios de pesquisa, as transnacionais não vêem necessidade de pesquisadores nos países receptores, porque segundo “pesquisas norte-americanas, esta atitude passiva de não difundir, incrementar pesquisas é o método mais eficiente para garantir o estado de subdesenvolvimento de um nação”.

Em contra-partida, a escassez de pessoal qualificada para gerir a modernização preconizada pelo tema “Brasil Grande Potência” provocou relacionamento Universidade/Estado, pois esta, em meados da década de 60 e início da de 70, em relação à pesquisa, era a figura institucional canalizadora e formadora de recursos humanos aptos a trabalharem em atividades científicas e atender ao setor produtivo financeiro. Recursos eram destinados pelo Governo à universidade que teria dupla função: formar pesquisadores e executar projetos de pesquisa definidos como prioritários na esfera da política tecnológica governamental. Todavia, mudança a nível de setor público, vêm esvaziando da Universidade, a atividade de pesquisa que se efetua a nível de institutos de pesquisa governamental e empresas estatais.

“Eram tomadas medidas de políticas tecnológica e longo prazo para fortalecer a capacidade interna de pesquisa e, por outro lado, o modelo de desenvolvimento acelerado era mais forte e que montava uma estrutura de tecnologia que a nacional não possuía”.⁴⁴

A opção pela transferência de tecnologia trazida em seu bojo a expectativa de que o desenvolvimento chegaria e com sua chegada a capacidade interna tecnológica eclodiria. A Universidade, no meio da política explícita do Governo e da

burguesia nacional, não representava nenhum perigo à ideologia dominante dos que governam e, além de tudo, com esta “política abria espaço para a intelectualidade que de uma forma ou de outra poderia abrandar os efeitos na classe universitária do sistema de arbítrio implantado, objetivando legitimidade junto aos intelectuais. Este apoio obtido pela Universidade foi determinado por uma estratégia de capa citação científica e tecnológica implementada num momento particular do desenvolvimento da economia brasileira, a partir das condições e limitações então existentes”.⁴⁵

Assim, a Universidade era concebida como o foco gerador, o ambiente propício, a alavanca no desenvolvimento da pesquisa que, a longo prazo, proporcionaria ao país, capacitação humana e científica para o atenuamento do espaço existente do avanço e progresso técnico entre os países desenvolvidos e países em desenvolvimento.

Em fins da década de 70, mudou-se a política institucional, por conseguinte, a política tecnológica. Os recursos que eram colocados, destinados à Universidade em fomento à pesquisa de Ciência e Tecnologia passaram a ser diluídos. As empresas estatais foram se expandido e aumentando suas despesas em pesquisa e desenvolvimento.

Seus objetivos eram bem definidos e delineados. A universidade como já foi dito, deixou de ser o local apropriado para pesquisa; seu pessoal habilitado transferiu-se para os centros de pesquisas estatais. Estes fatores fizeram com que o investimento em pesquisa pelas estatais aumentasse. “O Estado passou a privilegiar tipos de atividades diferentes dos definidos pela Universidade e tem

como agente central seus institutos de pesquisa e os centros de pesquisa e desenvolvimento de suas empresas”.⁴⁶

Estes institutos precisam adquirir sensibilidade de mercado e angariar, conquistar a confiança dos empresários nacionais que deverão aprender a utilizar e pedir aos mesmos que se pesquise sobre determinado objeto. Ocasiona maior utilização e confiança na produção e pesquisa locais.

O Estado penetra no próprio âmago da produção para garantir a acumulação, já que outras unidades produtivas da sociedade não estão aptas para tal, a tendência de inovação das empresas nacionais que são um desses setores produtivos para fazer produtos mais competitivos, não existe. E a função de legitimação do Estado fica desviada, prejudicada, pois os gastos públicos correriam a subvenção do próprio desenvolvimento do capital.⁴⁷

O poder do Estado em fomentar e estimular à geração e difusão na seleção de inovações ensejara uma maior velocidade de e absorção de tecnologia, determinada e selecionada para as áreas mais merecedoras de maior esforço em pesquisa. A busca de bem estar social deve ser a Tonica dos países em desenvolvimento e a Universidade é um dos elementos que a sociedade civil detém para a consolidação de uma política científica e tecnológica capaz de modificações estruturais no Brasil.

A Universidade deve ser o cérebro pensante do país, ela tem compromisso com o passado, com o futuro e com a sociedade. Com seu talento, a Universidade dá mais autonomia ao pesquisador para alcançar e perseguir objetivos para mudança do aspecto social vigente.

O domínio tecnológico na produção é necessário, “mas ele deve ser alcançado segundo os objetivos próprios dos países

pobres, e não de acordo com os interesses permanentemente hegemônicos das nações industrialmente desenvolvidas. Isto supõe uma transformação radical, tanto no plano da organização interna dos países subdesenvolvidos, quanto no da estrutura das relações internacionais. No plano interno, o processo de contínua criação e absorção de tecnologia somente pode assentar-se no desenvolvimento endógeno do saber científico, que não pode ser levado a cabo sem uma larga base de instrução, a ser propiciada pela educação popular. No plano internacional, o estabelecimento de relações menos desiguais passa pela necessária união subdesenvolvidas em defesa de suas riquezas e de seus mercados, de forma a superar o isolamento submisso na coerência econômica”.⁴⁸

CAPÍTULO III

Regulamentação do Controle de Transferência de Tecnologia e Expansão Industrial no Brasil de 1808 a 1975

3.1 IMPÉRIO ATÉ A 2ª GUERRA MUNDIAL

Com a vinda da família real em 1808 para o Brasil, ocorreram modificações para a melhora do cenário econômico e político e início do processo de independência brasileiros. Até a independência do País, importavam-se bens manufaturados; a nossa sociedade, na época colonial, era estritamente baseada na política mercantilista tendo sua economia calcada no trabalho escravo ligada a agricultura, em especial ao café, que foi o elemento econômico provocador do desenvolvimento da Região Sudeste.

Analisando os dados econômicos e históricos, a doutrina comprovou a presença do capital estrangeiro no Brasil, até o início do Século XX, bem concentrada no comércio e na construção de serviços de utilidade pública.

Em 1809, com o surgimento do Alvará de 1809 do Príncipe Regente, o Brasil iniciava sua caminhada ao processo de industrialização coordenado pelos detentores do Poder.

Com a chegada da família real uma série de mudança de política econômica com relação à colônia, ocorreu.

“Aos decretos de abertura de portos e de liberdade para todas atividades manufatureiras, que se enquadravam plenamente na nova doutrina do liberalismo inglês, seguiu-se logo o tratado Comercial preferencial de 1810 com a Grã-Bretanha.

(...) as baixas alíquotas tarifárias então adotadas, homologadas pelo Império do Brasil logo após a independência, levaram a uma crescente dependência do país com respeito a manufatura inglesas nas décadas seguintes”.¹

Os ingleses beneficiados pelos Tratados negociados com Portugal, aos quais eram concedidos privilégios especiais que perduraram até meados do século XIX, trouxeram consigo o capital externo ao Brasil.

Estes tratados foram mantidos até 1844, quando foram mudadas as políticas fiscais brasileiras.

Na década de 1840,

“apenas das pressões políticas da Grã-Bretanha em contrário, reformulou-se a tarifa das alfândegas do Brasil, por motivo essencialmente fiscais, medida que implicou no aumento generalizado das alíquotas todos os produtos importados”.²

Fábricas foram criadas nos anos subseqüentes em decorrência desta medida, beneficiando-se de encomendas governamentais e de isenções fiscais. Era o surto Mauá. Exemplo bem típico desta época foi a criação do primeiro estabelecimento privado de grande porte no Brasil para a produção de bens de capital - Ponta da Areia criado pelo Barão de Mauá que tinha como objetivo de produção a

criação de navios à vapor e à vela e tubulações e esgoto para a cidade do Rio de Janeiro.

“Porém com a redução de tarifas em 1857, a interrupção das encomendas e a abertura da navegação de cabotagem em 1860 a navios estrangeiros, a produção da Ponta de Areia caiu drasticamente”.³

O nome do Barão de Mauá está intimamente ligado às primeiras tentativas de criar indústrias no país.

Todavia, apesar desses surtos de início de industrialização no Brasil, o capital estrangeiro penetrava em meados da década de 1840 na economia brasileira impulsionado por dupla determinação:

“de um lado a expansão das economias centrais passava necessariamente, pela exportação de capitais, de outro lado, o crescimento e diversificação da economia brasileira propiciavam oportunidades atraentes, que seriam aproveitadas por investidores alienígenas. (...) a fase que se estende pela segunda metade do século XIX, ficaria caracterizada, em linhas gerais, pelo predomínio absoluto do capital inglês e por sua estreita ligação às atividades exportadoras”.⁴

Foram construídas estradas de ferro na década de 1870/1880 enquanto a produção do café se expandia para o Oeste paulista. Os investimentos estrangeiros nesta época se concentravam na construção de ferrovias.

“Com o auge da economia exportadora cafeeira em 1886 a 1896, os investimentos estrangeiros ficaram vinculados

à expansão direta e indireta dos compartimentos exportadores, que demandavam, assim, uma infraestrutura não só ferroviária, mas também de serviços específicos, como as companhias de seguro e navegação”.⁵

“Este capital inglês consistia em investimento direto e em financiamento de projetos por meio da venda de títulos”.⁶

“Todavia por detrás da “railroodization” existia o dinamismo do setor financeiro inglês que integrava o interior dos países e colônias à economia mundial; barateava o custo de produção dos alimentos e matérias-primas exportadas para a Inglaterra; ampliava as escalas de produção, permitia a mobilização de maiores excedentes para o comércio internacional”.⁷

No entanto, a rede de transporte implantada pelos ingleses em nada contribuiu para a unificação do país. O sistema ferroviária se destinava exclusivamente em transportar as mercadorias do interior do Brasil para os portos, para a exportação, em vez de conectar as diversas regiões brasileiras.

Este era o quadro político e econômico em fins do século XIX quanto à presença de capital estrangeiro e à presença de indícios de industrialização no Brasil.

Nos fins do século XIX, o Brasil viveria mudanças que encadeariam impulso a expansão industrial. A abolição da escravidão e a proclamação da República foram os elementos encadeadores do processo de industrialização. A abolição acarretou desorganização nas regiões tradicionais agrícolas, provocando êxodo dos fazendeiros para as

idades, passando os mesmos a dedicar-se ao comércio e a indústria. Em fins de 1890, com a

expansão da economia exportadora cafeeira, trazendo prosperidade a regiões agrícolas, o capital estrangeiro encontra-se vinculado à comercialização do café. As companhias de navegação promoviam o fluxo comercial e o transporte consigo um “know-how” que ajudaram no surgimento de novos empreendimentos industriais no Brasil.

Com a proclamação da República, o pensamento favorável à industrialização tomava dimensão. A ideologia da época entendia que a independência política só se completaria com a independência econômica e esta por sua vez só seria alcançada pela criação de indústrias cuja produção substituiria grande parte das importações. Com o Governo de Compôs Sales em 1898, o Brasil realizou desvalorizações de sua moeda para atender ao problema da balança de pagamentos.

“Solicitou uma moratória suspendendo todos os pagamentos das obrigações para com o exterior por um período de trezes anos. Essa medida faz parte de um conjunto de normas saneadoras que o novo governo iria implementar, consubstanciadas numa política deflacionária, incluindo a própria valorização das taxas de câmbio”.⁸

Protegidas por políticas governamentais, o número de indústrias cresceu.

“Indiretamente, porém, e por motivos fiscais, um certo protecionismo estava ipstitucionalizado, tendo surgido

em 1890 o embrião do “princípio da similaridade”, um dispositivo legal com fins também fiscais que proibia isenções de tarifas de importação sobre bens que competissem com bens similares produzidos no país e cuja produção bas-tasse para suprir o mercado interno’.⁹

No âmbito da economia internacional, a Inglaterra cedia sua posição de hegemonia absoluta dos investimentos estrangeiros para outras nações industriais.

“Não podendo acompanhar a evolução tecnológico-científico último quartel do século XIX e com a Grande Depressão Inglesa, o ritmo de progresso técnico se desacelerou e, ante a dificuldade de enfrentar os rivais no domínio das técnicas, modernizando-se, substituindo instalações e equipamentos, a indústria inglesa expande-se em direção do seu próprio império colonial, usufruindo dos privilégios aí mantidos’.¹⁰

A industrialização dos Estados Unidos e da Alemanha implicou na redistribuição de posição na economia internacional. Tornaram-se exportadores líquidos de capital para todo o mundo.

A política de estabilização econômica-financeira preconizada por Campos Sales perdurou até 1905, e somente com a posse em 1906 do Presidente Afonso Pena mudanças significativas na reinava e com a prioridade em investimento em ferrovias, portos, linhas telegráficas. O capital estrangeiro (só que desta vez americano) era aplicado na complementação da expansão ferroviária, que ao ser iniciada na metade do século XIX fora liderada pela

Inglaterra. Começavam a despontar as futuras transnacionais americanas.

Junto às políticas governamentais econômicas da primeira década do século XX, o setor externo também contribuiu para o incremento da industrialização brasileira. O advento da I Guerra Mundial representou excelente oportunidade para as indústrias nascentes brasileira, que, aproveitando tanto das medidas fiscais de 1910/14, quanto do afluxo de capital estrangeiro, tiveram momentos de crescimento dignos de menção.

Eliminada a competição estrangeira por causa da Guerra, o Brasil desenvolvendo suas novas indústrias, passou a adquirir no seu mercado interno, os bens que deveriam estar sendo importados dos países em guerra e até viu-se como supridor do mercado externo carente de produtos devido aos conflitos reinantes.

Esta posição foi abalada com o término da I Grande Guerra, pois os países europeus retomaram logo sua posição, voltando a competir no mercado, cujo produção de bens era de melhor qualidade que as brasileiras. As indústrias brasileiras surgidas durante o período da I Guerra tiveram sérios problemas financeiros, que levaram muitas delas à falência, pois se o produto fabricado era imprescindível na época do conflito, não o era ao término. O Governo, por sua vez não dispunha de política para proteger nem estimular as indústrias brasileiras que surgiram, só preocupava-se com o café.

Esta posição governamental em não ter muito interesse em planejar qualquer processo de industrialização perduraria até 1930, embora setores da economia entre eles o setor cafeeiro fosse beneficiado e fosse motivo de políticas. A economia brasileira caracterizava-se até a primeira guerra

mundial como primária exportadora e já podia se afirmar que fazia parte da periferia dos centros dominantes.

O fim da I Guerra Mundial serviu para mostrar que

“a ordem econômica mundial de século XIX havia entrado em colapso, com a virtual eliminação da supremacia britânica e do liberalismo do comércio internacional. A história hoje mostra que as relações econômicas então vigentes dependiam, de forma vital de uma base política como garantia que foi dada pela Pax Britannica”.¹¹

Nem sempre os comportamentos devidamente planejados seguem o seu rito, isto porque, são os próprios fatores externos que condicionam a moldura do espelho econômico do país, que remontam do fim da I Grande Guerra, vinculados ao início da longa Depressão de 1929 a 1933, períodos de instabilidade e seqüelas de desequilíbrio monetário e cambiais. Os países se fecharam se fecharam comercialmente e financeiramente, adotando políticas econômicas desconexas.

E no Brasil, qualquer surto de industrialização até 1930 “era impulsionado pelas circunstâncias favoráveis da conjuntura econômicas, sem a participação e a revelia das autoridades governamentais”.¹²

A política econômica do Brasil, nesta fase até 30 era muito conservadora, coerente com o papel exercido pelo país, na Pax Britannica, de fornecedores de produtos primários importados de bens manufaturados. A estabilidade monetária, equilíbrio orçamentário, redução das despesas governamentais, pagamentos da dívida externa eram os objetivos e temas constantes dos ministros

da Fazenda. Em 1930, sobreveio a Revolução e a ascensão de Vargas ao poder.

As condições para o início do processo de ruptura com o passado colonial e o início do processo de industrialização no país são criadas, ou seja, I Guerra Mundial, a crise econômica de 1929 e a Revolução de 30.

As forças que assumem o poder em 1930 (comenta Argemiro J. Brum)

“revelando certa sensibilidade em relação às transformações em curso na sociedade brasileira, tentam apoiar e implementar um projeto de industrialização do país, com o objetivo de retirá-lo do atraso histórico e impulsioná-lo rumo ao progresso e a construção de sua grandeza, através da implantação e expansão de um parque industrial próprio”.¹³

Torna-se vitoriosa a ideologia do nacionalismo. A independência tem que fazer presente no âmbito político, econômico e cultural.

O Brasil partia assim para incursões em novas metas de realizações econômicas e isto se devia a uma nova consciência política dos gorvenantes, já agora ativados por exemplos de projeções externas e sobretudo concientes de que o tempo estava tramando contra os interesses nacionais passando a visão do desenvolvimento a ser tônica e fim a ser alcançado.

Já não mais se discutia a maneira de como se deslanchar a investida brasileira nos rumos do desenvolvimento, nem se a aceitação da vinda do capital estrangeiro seria benéfico ou maléfico, porém, a consciência econômica ditava que já era tempo de se dar um *basta* a todo um sistema até então

controlador e dominante de todo o complexo de vida econômica.

O Brasil opta pelo desenvolvimento autônomo lastreado por forte base industrial e pela transmutação de sua economia essencialmente agrária para o advento da era industrial. Mas este sentimento nacionalista sofreu embaraços na sua cristalização - desenvolvimento em que a mentalidade colonial e a dependência econômica estavam bastante ematizadas na cultura brasileira. Obviamente as barganhas com as classes até então dominantes fizeram-se presentes mediante pressões internas e externas.

“Houve um surto de industrialização nos anos 30, verdadeiramente imposto pelas circunstâncias, subproduto dos controles cambiais e das desvalorizações que encareciam as importações e forçavam sua redução”. (...) Até 1937, a política econômica do governo se “apoiaria na industrialização, no nacionalismo e no forte conteúdo social-urbano. Após 38 o surto de industrialização se-ria auxiliado por uma consciente intervenção estadual”.¹⁴

Nas décadas de 30e 40, a economia brasileira foi analisada sistematicamente tanto pôr estrangeiros como por naturais do país, com propósito de influir no desenvolvimento econômico.

“Um dos primeiros a vir nos anos 30 foi o Relatório Niemeyer; afirmava tal documento que a principal fran-queza do país consistia em apóia-se na exportação de um ou dois produtos agrícolas. Esclareceu que o

objetivo bá-sico das autoridades brasileiras deveria ser o diversificar a estrutura econômica do Brasil”.¹⁵

Em seguida veio a Missão Cooke em 1942-43. Por ser período da 11 Guerra Mundial, o seu objetivo era aclimatar a posição da economia brasileira e sua contribuição a guerra. “A Missão acreditava que a iniciativa privada, dedicando-se o governo brasileiro ao planejamento industrial geral, a facilitar o credito industrial e a proporcionar mais ensino técnico”.¹⁶

Embora semelhantes fatores semelhantes aos que anteriormente tenham provocado surtos de desenvolvimento industrial no Brasil tivessem sido causa do esforço de industrialização brasileiro após a 11 Guerra o que mais os diferenciam dos fatores ocorridos durante a I Guerra, foi que a industrialização deixou de ser um dado do acaso para transformar-se em objeto de política econômica governamental. Os responsáveis pelo país estavam conscientes que só o desenvolvimento industrial poderia dar suporte para exportação de produtos primários estava em retração.

Os efeitos de uma II Guerra Mundial prolongada puseram em claro as carências e vulnerabilidades da economia brasileira. Iniciativas foram tomadas durante o período querelante e também no pós-guerra visando expandir a produção interna de diversos produtos básicos. Com a drástica redução das importações durante a guerra, o Brasil se viu incentivado a produzir bens internamente para substituir os importados. O tema “produzir no país o que antes era importados” marcou a evolução do processo de industrialização, no país no qual podemos distinguir três fases distintas:

- **Primeira fase** - produção de bens de consumo imediato. Busca-se atender as necessidades básicas do consumidor brasileiro. Neste período podemos localizar “as vitórias mais expressivas do nacionalismo brasileiro de Vargas que apesar dos tradicionais interesses latifundiário rurais e dos interesses estrangeiro, no caso americano, pela presença crescente de subsidiárias de grandes empresas cujo comando permanecia no exterior, saiu vencedor. Foi criada a Companhia Siderúrgica Nacional com a Usina de Volta Redonda em 1941. Além do crescimento da indústria têxtil.

3.2 PERÍODO DO PÓS-GUERRA (1946) ATÉ 1957 (JK)

O surto de industrialização posterior a II Guerra Mundial teve como um dos instrumentos básicos para a sua promoção, o controle cambial. Estes foram restabelecidos em junho de 1947 até janeiro de 1953.

“A sistema cômoda de balanço de pagamento no fim da II Guerra Mundial sugeriu as autoridades monetárias o retorno a paridade cambial do período imediatamente anterior a guerra.”¹⁷ O cruzeiro foi mantido sobrevalorizado.

O resultado imediato é que após um ano e meio pós-guerra as reservas brasileiras acumuladas desapareceram. Medidas em defesa ao balanço de pagamento surgiram. O sistema de controle cambial foi posto em vigor a partir de vários diplomas legais.

O embrião na história do investimento estrangeiro no Brasil veio com o advento do Decreto - lei nº 9.025 de 27/02/46 fazendo surgir no nosso meio um intenso

movimento de capitais e rendas de 1952 pelo Decreto nº 30.363.

O alcance do decreto visou a liberação de compra e venda de cambiais pelos bancos autorizados necessariamente sem a exigência de repasse ao Banco do Brasil. De igual forma o contexto do decreto abolia a prova de venda de câmbio, permitindo maiores facilidades para remessas.

“A primeira etapa dos controles duraria pouco mais de seis meses (até fevereiro de 1948) sendo conhecida como período de controle de câmbio por cooperação, por tal controle pouco rigoroso e não apresenta grandes modificações em relação ao mercado livre até então existente”.¹⁸

A par da liberalidade o decreto tenta limitar os fluxos de capitais externos, espelhando-se na legislação anterior para limitar a repatriação de capital a uma média de 20% e as remessas a 8% do capital registrado na carteira de câmbio do legal não resultou satisfatório desde quando, a precaridade da máquina administrativa restringia-lhe a ação.

“Como em agosto de 1946 as reservas continuavam a aumentar, a SUMOC baixou a Instrução nº 20, abolindo temporariamente as restrições ao movimento de capitais e suas rendas. Em meados de 1947, estas reservas tinham sido liquidadas. ASUMOC 04/06/47 através da Instrução nº 25, retomava a lei 9025 impedindo qualquer repartição acima de 20% e remessas acima de 8% do capital registrado”.¹⁹

No período compreendido entre fevereiro de 48 a junho de 49 vigoraria um esquema efetivo de licenças.

A situação da balança de pagamentos não obstante as medidas adotadas até 1948-49 não evitou o esvaziamento das reservas ensejando novas investidas das autoridades econômicas para alterar a política cambial que se efetivou através da lei nº 62, a chamada lei de Licença Prévia.

“Uma interessante peculiaridade do regime imposto a partir de 1948 era que a alocação de licenças a importadores era estabelecida na base e um critério extremamente particular: o da tradição, isto é, suas importações deveriam ser limitadas, em base trimestral, a 25% do capital realizado ou a média trimestral das importações nos três anos anteriores”.²⁰

O sistema de licenciamento vigente até 1953 consistia numa escala de prioridade combinando metas de industrialização, pressões políticas (apoio a este sistema cambial era dada pelo setor cafeeiro que temia que havendo desvalorização cambial afetasse o preço internacional do café).

Inícios de 1951 e com a Guerra da Coreia em 1953, o sistema de licenciamento foi relaxando pelos seguintes motivos:

- a) o nível de exportação elevou;
- b) com a guerra temia-se escasseamento de matérias-primas;
- c) com a importação esperava que a inflação interna fosse reduzida.

O Decreto na 9025/46 tinha se tornado letra morta. Foi baixado o Decreto n.30363 de 1952 revalidando os dispositivos de decreto de 46.

“Esta lei acrescentava restrições bastante forte, como considerar estrangeiro só o capital oriundo do exterior, excluindo, portanto, os reinvestimentos. Além disso, estabelecia um regime de registro que poderia funcionar realmente”.²¹

Este decreto na 30363 foi revogado um ano depois, quando foi aprovada a lei 1807 de 07/01/1953; conhecida como lei do mercado livre de câmbio, regulamentada pelo Decreto n. 32285.

“A Lei 1807 criou um mercado livre de câmbio, embora limitado, através do qual era permitida a entrada e saída de capital e de lucro, bem como a compra e venda de moeda estrangeira para o turismo”.²²

Estas leis eram reflexo da economia brasileira e o processo de industrialização brasileiro entrava na década de 50, na sua **segunda** fase, a de produção de bens de consumo duráveis.

Foram criados os BNDES e Petrobrás, dando início a uma série de vitórias do nacional desenvolvimento dos anos 50. O financiamento da expansão industrial dava-se via transferência de crédito subsidiado do setor público para o setor industrial. Com a Petrobras se definia a política para o setor também, as bases para substituição de importações no setor químico. Era a posição nacionalista de certas riquezas nacionais.

O sistema de licenciamento das importações - Lei 1807/53 representou um favorecimento ao capital externo em detrimento do nacional.

“Esta regulamentação permitiu, especialmente aos investimentos diretos, conhecidas possibilidades de realização de grandes “lucros cambiais” pela combinação de operações nos dois mercados (mercado de taxa oficial e mercado de taxa livre): basicamente a entrada dos capitais pelo mercado livre, cuja taxa de câmbio era mais elevada que a do mercado oficial, seguindo-se remessas de rendimentos e importações pelo mercado oficial”.²³

A lei 1807 estabeleceu a completa liberdade de remessas de renda e amortizações “desde que os valores superiores aos limites máximos estipulados pelo Decreto-lei de 1946 fossem enviados através do mercado livre”.²⁴

Em fins de 1953 foi estabelecido o sistema de taxas múltiplas de câmbio, eliminando o sistema de controle quantitativo direto. Surgiu o sistema de leilões de câmbio. As importações foram classificadas em cinco categorias segundo o seu grau de essencialidade. Cada categoria tinha uma taxa de câmbio específica, a qual era fixada através de leilões dos certificados emitidos para cada respectiva categoria.

A partir de 1953, o controle sobre as remessas se limitou ao aspecto cambial.

“Não havia, assim, por essa época, normas específicas seja na área cambial, seja na tributária, cobrindo o pagamento de royalties e tecnologia. O fisco, no entanto, já estava preocupado com os excessos incontrolados de

dis-pêndios a título de royalties e de assistência técnica, como mostra um recente acórdão do Supremo Tribunal confir-mando a legalidade da ação da Receita nesta época, ao glosar a remessa de royalties de subsidiária a matriz no exterior entre 1952 e 1965”.²⁵

Do período que vai de 1954 a 1956, a política econômica do Brasil evoluiu de tal forma que trouxe em seu bojo transformações qualitativas passando a ser um dado de trabalho pelas autoridades competentes para o crescimento da indústria no país. A industrialização brasileira que até meados da década de 50 avançara sob a liderança da empresa nacional, a seguir o capital estrangeiro assumiu progressivamente o controle dos setores mais dinâmicos da nossa economia.

O Brasil era e ainda é um “chamariz” para qualquer estratégia do capitalismo imperialista dos grandes oligopólios, conglomerados econômicos.

De igual forma, o sistema dos capitais estrangeiros sofre transformações bastante delineadoras, por conseguinte, transformações também substanciais e qualitativas.

Os primeiros passos à abertura da nossa economia ao capital estrangeiro deu-se com a reforma cambial com a lei do mercado livre de câmbio, apesar de todo cunho nacionalista que norteava a ideologia do Governo de Vargas em fins de 1953.

Com o suicídio de Vargas iniciou-se uma fase de transição no Brasil que vai até a posse de Juscelino Kubistchek em janeiro de 1956. Café Filho assume a Presidência da República, Eugênio Gudin e (M.F.) e Gouvêa de Bulhões (SUMOC). A política de capital estrangeiro se modificou; ficou instituída a permissão para investimentos

sem cobertura cambial. No dia 17 de janeiro de 1956 saiu a famosa Instrução nº 113 da SUMOC tendo como objetivo atrair o investimento estrangeiro permitindo a importação de capital sem cobertura cambial. Uma das vantagens era que o investidor externo poderia utilizar máquinas usadas ou tecnicamente causa da legislação vigente uma superavaliação do valor do investimento.

“As empresas apresentavam à CACEX projetos de investimentos contendo as importações a serem beneficiadas pela Instrução nº 113. Esse órgão examinava a oportunidade do investimento e a possível existência de produto similar nacional. Uma vez aceito, o total das importações previstas nos projetos ingressariam no país independente-mente de licenciamento e fechamento de câmbio”.²⁶

Existia como benefício para o investidor estrangeiro a diferença entre o custo de câmbio no leilão da categoria correspondente e a taxa do mercado livre.

A Instrução nº 113 teve seu auge em 1957 em função da política econômica, sistematizada no Programa de “Plano de Metas de JK.”. Este Plano realizou profundas mudanças no sistema econômico do País. Os privilégios da Instrução deviam ser aplicados a instalações industriais completas, muito embora pudesse haver a permissão para complementação da modernização de indústrias existentes. Nesta permissão para complemen- tação da modernização de indústrias existentes. Nesta permissão a CACEX deveria consultar o Conselho da SUMOC e instituições privadas como a Confederação Nacional das Indústrias.

Esta instrução foi o marco primordial para o ingresso maciço de capital estrangeiro.

O desenvolvimento industrial foi colocado no ápice das prioridades da política econômica. A empresa estrangeira passou a tomar decisões que refletiam os ditames do imperialismo tão indispensável ao capitalismo. A empresa estrangeira passou também a obter lucros, aumentando estes pela concessão de vantagens, isenções, a formar oligopólios na fabricação de novos artigos que as empresas nacionais não podiam fabricar por falta de capital e infraestrutura.

O Brasil mesmo saindo da dependência clássica representada pela PAX BRITANNICA para o desenvolvimento dependente podia-se constatar que tomaram forma direcionada de internacionalização do mercado interno. A periferia tornou-se parte de um sistema integrado de produção industrial cuja propriedade de continuou substancialmente no centro. A interação das elites dominantes deu forma à transição da dependência clássica para o desenvolvimento dependente”.²⁷

Em 1957 foi promulgada a lei das Tarifas Aduaneiras - lei nº 3244/57 que ampliou e consolidou os preceitos contidos na Instrução n. 113. Esta lei modificou o sistema de taxas múltiplas, reduzindo as cinco categorias de importação para duas: categoria especial e a categoria geral. “Os produtos que a indústria interna já podia oferecer adequadamente só podiam ser importados uma categoria especial, onde o custo de câmbio era média duas vezes superior ao mercado livre”.²⁸ A proteção tarifária aos bens produzidos na país ficou generalizada a partir do fim do século XIX e início do século XX. Em 1911 foi criado o Registro de Produtos

Similares o qual com o advento da lei nº 3.244/57 tornou-se mais rigorosa a sua aplicação.

Na pressa de percorrer a distância e recuperar o tempo perdido da Nação quanto ao seu desenvolvimento, o modelo econômico de JK provoca a desnacionalização da economia brasileira sujeitando-se aos interesses e pressões do capitalismo internacional.

Como registro histórico pode-se concluir que, a partir de JK o capital estrangeiro passou a se compor com os demais elementos do mecanismo da política econômica de forma bastante sensível e preponderantemente influenciável. A economia periférica brasileira era movida, então a crédito externo, ficando a mercê do comando do processo de industrialização pelo capital estrangeiro. Os países centrais se reservam a produção de bens de capital, a tecnologia e o domínio financeiro já que a economia periférica se lastreava nos investimentos estrangeiros.

3.3 PERÍODO DE 1958 A 1964

3.3.1 Lei Nº 3.470/58 - Restrições Fiscais

A opção pelo modelo de internacionalização da economia deu seu primeiro passo importante, como já foi dito, por meio da Instrução nº 113 da SUMOC.

Esta opção se consolidou com o governo de Juscelino Kubistchek

“que se caracterizou por um programa ambicioso de crescimento formulado em plano de metas. A denominação deste processo fundamentou-se basicamente no crescimento acelerado das indústrias de

bens de consumo duráveis e básicos. Para atingir seus objetivos, JK abandonou as preocupações ligadas à estabilização econômica e lançou um vasto plano de investimentos público ao mesmo tempo em que abria a economia aos investimentos estrangeiros e adotava uma generosa política de crédito para incentivar a indústria privada local. A expansão pela manutenção da proteção alfandegária dada à produção interna”.²⁹

O capital privado nacional era favorecido mediante uma política liberal de créditos, ao mesmo tempo que o capital privado estrangeiro penetrava na economia brasileira, apoiado por um modelo de crescimento pela sua internacionalização.

A expansão industrial na direção pretendida só poderia ocorrer com a importação de bens capital (máquinas e equipamentos) que o Brasil não produzia. A saída seria a acumulação interna de capital, através da diminuição do consumo, redução do crescimento interno.

Porém não possível a acumulação interna. O valor das nossas exportações caía.

(...) não querendo comprometer as metas nem o ritmo de sua implantação, o governo tem duas alternativas para levar avante seu programa: a obtenção de crédito no exterior e a elevação dos níveis das emissões para cobrir os “déficits” do orçamento público, provando em grande parte pelos investimentos estatais em energia elétrica, transporte, etc. e pelos gastos para a construção de Brasília.³⁰

Em 1958, o governo efetuou medidas estabilizadoras. A estratégia de crescimento era esquecida um pouco, para ceder espaço à desaceleração do crescimento, sendo a inflação - o desenvolvimento juscelinista foi implementado as custas do surto inflacionário - e o déficit externo combatidos. Dois anos após, JK abandonou forçado pelos critérios do FNI, qualquer desejo de catibilização da economia.

A política econômica do Governo JK serviu como parâmetro para análise dos reflexos que a nova temática do processo econômico exigia. Descobria-se que, muitas seriam as preocupações de ordem jurídico-institucional, no que tange a autodeterminação dos valores sócio-político e econômico da sociedade e daquela de não sacrificar a economia interna em detrimento do capital estrangeiro admitido como fórmula de aceleração do processo de crescimento.

Era o entardecer de uma fase política que iria refletir-se anos a frente como marco de uma dependência econômica até hoje sentida em toda uma história da economia nacional.

Este era o cenário político que o Brasil vivia quando da pro-mulgação da lei nº 3470 de 28/11/58. Foi através desta legislação do imposto de renda que se iniciou a regulamentação fiscal restritiva do capital estrangeiro, já que os diplomas legislativos anteriores - Decreto-lei nº 9.025 e lei nº 1.807/53 se preocupavam unicamente na limitação das remessas de lucros, dividendos e juros de empréstimo. Royalties, assistências técnicas eram assuntos esquecidos em tais dispositivos legais.

A lei nº 3.470/58 estabeleceu no seu 74 que:

“Para fins de determinação do lucro real das pessoas jurídicas como define a legislação do imposto de renda, somente poderão ser deduzi das do lucro bruto a soma das quantias devidas a título de royalties, pela exploração de marcas de indústria e de comércio e patentes de invenção, por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes até o limite máximo de 5% (cinco por cento) da receita bruta do produto fabricado ou vendido.”

Ficava estabelecido um teto máximo de 5% (cinco por cento) quanto a dedutibilidade de pagamentos de royalties e assistência técnica.

A lei conferia poderes ao Ministro da Fazenda estabelecer e rever, periodicamente, coeficientes percentuais para deduções devidas, considerados os tipos de produção ou atividades, reu-nidos em grupos, segundo o grau de essencialidade.³¹

A Portaria na 436 do Ministério da Fazenda 30/12/58 fixou os coeficientes percentuais por grupo de indústrias e segundo seu de essencialidade, “de tal forma que as indústrias de maior importância econômica tivessem valores permitidos mais altos”.³²

O Estado intervém para definir percentuais como limite de preço - da receita de venda do produto. As bases do cálculo são a receita líquida de venda (receita bruta - abatimentos e descontos).

Por meio de incentivos e desincentivos, o Estado brasileiro procura escolher determinados meios e métodos para a com-pra, geração e venda de tecnologia, em preferências a outros”.³³

“Com esta fórmula, procura orientar a celebração dos contratos visando a ensejar um aproveitamento mais eficiente dos recursos técnicos do país e a não oneração do acesso aos mesmos no exterior quando for de interesse para o país”.³⁴

As percentagens variam de 5% para as indústria de base; de 4% a 2% para as indústria de transformação essenciais; de 1% para outras indústrias de transformação e para uso de marcas de indústria e comércio ou nome comercial, quando não decorrente da utilização da patente.

(...) Através do limite genérico, o Estado determinou o preço máximo de compra de tecnologia, ou de licenciamento de direitos”.³⁵

Esta classificação contida na portaria n. 436 foi alterada, posteriormente, em alguns aspectos pelas Portarias n.113, 303 e 151, respectivamente de 1958, 1959 e 1970.

As vedações contidas nesta lei são exclusivamente fiscais, não havendo portanto nenhuma vedação de natureza cambial quanto a remessa ao exterior de “royalties” ou de taxas de assistência técnica, administrativa ou semelhante.

Com a lei n. 3.470/58 encerrou-se o primeiro período no que se refere a regulamentação de controle de tecnologia. Características *cambiais* - Decreto-lei nº 9.025/46 e a lei nº 1.807/53 - e restrições *fiscais* com a lei de Imposto de Renda - lei n. 3.470/ 58 - foram elementos caracterizadores deste período.

3.3.2 Leis N° 4.131/62 e 4.390/64 Restrições Cambiais e Fiscais

O regime de controle cambial, mas também com restrições fiscais se iniciou com a Lei nº 4.131 de 03/09/62 que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas ao exterior. A legislação do capital estrangeiro na Brasil recebeu sua sistematização geral. Esta lei regulou a aquisição de divisas para pagamento de Royalties e de serviços, inclusive de assistência técnica.

O método genérico utilizado pelo Estado de limitar o preço da tecnologia foi substituído pela determinação do tempo máximo de pagamento por assistência técnica. Só poderia ser deduzido como despesa operacional, qualquer pagamento por assistência técnica, após os cinco anos do início da etapa produtiva, salvo estipulação em contrário.

O período 61-64 se caracterizou por uma sequência de crises políticas decisivas na história brasileira. No espaço de 03 anos, o Brasil assistiu a eleição e renúncia do Presidente Jânio Quadros, tentativa de golpe militar para evitar a posse do Vice-Presidente João Goulart, que só pôde assumir o governo ao transformar o regime presidencialista em parlamentarista, ou seja, depois de ter reduzido drasticamente o seu poder.

Foi a lei nº 4.131/62 - diploma legislativo básico em matéria de capital estrangeiro - votada em época de grande turbulência político-social.

“Tão acirrados andavam os ânimos, naquela agitada quadra da vida nacional que o presidente da República preferiu não promulgar a lei aprovada pelo Congresso. Entre promulgá-la pura e simplesmente, ou vetá-la, no todo ou em parte, o Presidente da República preferiu abster-se. Deixou transcorrer o prazo legal, sem promulgar e sem vetar”.³⁶

“A preocupação da época era eliminar alguns aspectos da política anterior, considerados extremamente o que ainda restava de nacional no capitalismo brasileiro”.³⁷

Tanto que a lei nº 4.131/62 tem como principal efeito, “o desincentivo à dependência tecnológica continuada do exterior e um certo estímulo a produção autônoma pelas empresas nacionais”.³⁸

A legislação em vigor, de meados dos anos 60 - da fase de substituição de importações, privilegia a contratação de tecnologia e não concedia estímulos fiscais às nacionais para investimentos em tecnologia.

A lei nº 4.131/62 foi regulamentada pelo Decreto nº 53.451 de 20/01/64.

“O regulamento foi muito além do texto legal, introduzindo conceitos e critério novos de difícil, se não mesmo impossível, conciliação com o espírito e a letra da lei”.³⁹

“Em que pese ser apenas uma regulamentação da lei nº 4.131/62, o Decreto nº 530451 introduziu modificações importantes no que se refere à disciplina da transferência de tecnologia: não apenas limitou a cinco anos o prazo durante o qual os contratos de assistência técnica gozavam da faculdade de gerar remessas, mas ainda restringiu o montante de tais re-messas a 2% do custo do produto fabricado ou da receita bruta do produto fabricado e vendido”.⁴⁰

Foram estabelecidos limites de 10% e 20% sobre o valor dos investimentos registrados, respectivamente, para remessa de lucros e retorno de capital. A concessão de

condições mais fa-voráveis do que aquelas pertinentes às importações da cate-goria geral às compras de câmbio para remessa de rendimento para o exterior foram proibidas.

“A lei n.4.131/62 regulamentou, pela primeira vez, as remessas referentes a tecnologia transferida para o país. Passou a ser exigido o registro dos contratos que se justificassem remessas, conferiu-se à SUMOC a competência para verificar a efetividade da assistência técnica prestada, e instituíram-se favores fiscais destinados a promover a absorção da tecnologia importada.

Apesar dos dispositivos pertinentes à transferência de tecnologia, ainda que situado no contexto geral de uma lei básica consistia na imposição de restrições a remessas de rendimento para o exterior, visava, ao lado dessas restrições, a incentivar a absorção de tecnologia, criando, inclusive, uma estrutura de incentivos diferenciados, se-gundo o grau de essencialidade da indústria à qual se destinasse a tecnologia”.⁴¹

O Decreto n° 53.451/64 não durou muito tempo; a lei n 4.131/62 continha falhas técnicas de elaboração legislativa. A sua reforma tornava-se imprescindível para por fim à toda confusão jurídica.

A lei n° 4.390 de 29/081964 introduziu modificações na lei n° 4.131162, como também revogou o Decreto n° 53.451/64. Foi baixado o Decreto n° 55.762 de 17/02162 que apesar de pequenas alterações é o que regula a aplicação do capital estrangeiro no País e as remessas de valorização para o exterior.

A revolução de 1964 uma vez instalada promulgou uma série de leis tentando ajeitar a desordem política e jurídico-institucional. O golpe militar definiu a derrota da vertente nacional, optando-se pela internacionalização da economia. Dos 59 artigos de lei 1962 três foram revogados e oito alterados, os demais permanecem como foram elaborados. A lei nº 4.390/64 embora mantendo a maioria dos artigos da lei nº 4.131/62 adotou uma filosofia bastante diferente daquela que norteou o projeto da Frente Parlamentar nacionalista que não via o capital estrangeiro como sócio necessário ao crescimento econômico do país. Tanto que, eram bloqueadas as remessas excedentes acima de 10% sobre o capital registrado da empresa. Já com a idéia de que o capital estrangeiro é um complemento da poupança interno e acelera o desenvolvimento econômico.

A lei nº 4.390 aboliu o prazo de cinco anos que no geral os contratos de assistência técnica gozavam de faculdade de gerar remessas, como também os 2% do custo do produto fabricado, ou da receita bruta do produto fabricado e vendido para o montante das remessas.

Hoje, o prazo de cinco anos pode ser renovado por igual período e o limite de 2% não é mais observado. A legislação permite remessas teoricamente livres, desde que o investidor se torna a uma taxa progressiva que não torna interessante acima de uma média trienal de 12% sobre o capital registrado.

Esta média trienal de 12% é por causa do mecanismo legal de contagem de triênio, no qual os dois últimos anos do anterior são os dois primeiros do seguinte, na prática, só podem ser remidos lucros de 12% ao ano.

A base para cálculo é o investimento original mais os reinvestimentos registrados em moeda estrangeira. Por

outro lado, os 12% são líquidos, do imposto de fonte de 25% correspondente a 16% brutos.

A transferência de tecnologia é regulamentada por um conjunto de disposições legais e sua utilização como instrumento de negociação é um dos mais significativos aspectos do sistema jurídico-institucional vigente.

As disposições mais relevantes para a transferência de tecnologia são:

1) Registro dos Contratos

“As pessoas físicas e jurídicas que desejam fazer transferência para o exterior a título de lucros, dividendos, juros, amortização, “royalites”, assistência técnica, científica, administrativa e semelhantes deverão submeter aos órgãos competentes da Superintendência da Moeda e do Crédito e da Divisão do Imposto de Renda os contratos e documentos que forem considerados necessários para justificar a remessa”.⁴²

Art. 9 - § 1 ° As remessas para o exterior dependem do registro da empresa na Superintendência da Moeda e do Crédito e de prova de pagamento do Imposto de Renda que for devido.

O registro é processado pela identificação e qualidade das partes contratantes, pelas características do contrato a ser registrado, indicando a sua natureza; pelos objetivos do contrato; pela moeda e condição de pagamento de remuneração.

Dependem eles, ainda da demonstração da receita geral da empresa no último exercício social,

“bem como da participação estimada do produto objeto do contrato. Essa demonstração visa a evidenciar a importância econômica do contrato a ser registrado, realçando os ganhos reais para a economia nacional”.

O Decreto nº 55.767/65 estabelece no seu artigo 59 que o Banco Central poderá aprovar “se julgar conveniente, remessas par pagamento de projetos ou serviços técnicos especializados e par aquisição de desenhos e modelos industriais”. É preciso, neste momento, identificar a inexistência de “similar nacional”, quanto ao conhecimento técnico em causa.

Como veremos no terceiro período - seletivo dos contratos de transferência de tecnologia - coma advento da lei nº 5.648/ 70 e da nº 5.772/71, o registro dos contratos fica também sujeito a averbação no Instituto Nacional de propriedade Industrial para os atos ou contratos que impliquem em transferência de tecnologia. Uma vez aprovado o registro no INPI, o Banco Central não cria qualquer problema concedendo o registro na moeda do domicílio do beneficiário, ressaltando o parágrafo único do artigo 17 do Decreto nº 55.762/65.

2) Procedimentos e mecanismos de controle

o INPI e o Banco Central são os organismos que regulam e controlam as transações que envolvem direitos patenteados ou não de propriedade industrial. Antes da criação do INPI, o BACEN exercia o controle privilegiando os aspectos monetários, fiscais e cambiais relativos às remessas de valores para o exterior.

3) Regime das remessas cambiais e regime fiscal

“A dedutibilidade, para fins de imposto de renda, das despesas de assistência técnica, científica, administração ou semelhante, foi permitida nos 5 (cinco) anos de funcionamento da empresa ou da introdução de processo especial de produção, quando demonstra sua necessidade, salvo prorrogação por um prazo adicional de 5(cinco) anos me-diante autorização do Banco Central”.⁴³

Os “royalties” ,as taxas de administração, são remetidos a seus titulares através dos bancos autorizados a operar câmbio, segundo modelo padronizado pelo Banco Central.

As remessas tem como pressuposto o certificado de registro expedido pelo FIRCE ou do Certificado de autorização deste órgão.

“Em consequência do Comunicado nº 19 do FIRCE de 16/ 02/72 do Banco Central, tornou-se obrigatória a renovação dos contratos vigentes de licença e de assistência técnica celebrados por prazo indeterminado ou sujeito à renovação automática. Milhares de contratos tiveram de ser refeitos e submetidos à apreciação do INPI. Todos os contratos no-vos também devem obrigatoriamente passar pelo crivo do INPI antes de serem encaminhado ao Banco Central para emissão do competente Certificado de Registro”.⁴⁴

Ao ser providenciada a remessa, devem ser anotadas pelos Bancos autorizados, no verso dos certificados, as transferência efetuadas.

Não é possível autorização de remessa desses pagamentos por prazo indeterminado ou prorrogável. Caso seja necessário prorrogação, aditivo ao certificado deve ser providenciado junto ao BACEN.

A alíquota base de incidência de imposto de renda em remessas para o exterior, não compreendidos no registro de capital da FIRCE, é de 25% .

O pagamento dos “royalties”, taxa de administração representa, como já foi anteriormente comentado, uma dupla cobrança para o consumidor, quando é a subsidiária que está comprando tecnologia e pertence à instituição que também possui os direitos sobre a tecnologia. Embora, por força do art. 78, § 1º do Regulamento do Imposto de Renda quando preceitua combinado com o art. 52, § único da lei nº 4.506/64, já que a lei não permite esses pagamentos que “não serão dedutíveis as despesas referidas neste artigo, quando pagas ou creditadas:

a) pela filial de empresas com sede no exterior em bene-fício de sua matriz.

A subsidiária não podendo remeter estes lucros, sofrendo restrições cambiais - art. 20 do Decreto nº 55.762/65

“não serão permitidas remessas para pagamento de “royalties” pelo uso de patentes de invenção e de marcas de indústria ou de comércio entre filial ou subsidiárias de empresa estabelecida no Brasil e sua matriz com sede no exterior, ou quando a maioria do capital da empresa no Brasil, pertença aos titulares do recebimento dos “royalties” no estrangeiro”.

Abro um parêntesis no raciocínio para conceituar o que é subsidiária. O art. 20, § único do Decreto nº 55.762 diz que “considera-se subsidiária de empresa estrangeira a pessoa jurídica estabelecida no país, de cujo capital com direito a voto, pelo menos 50%, pertençam, direta ou indiretamente, a empresa com sede no exterior”.

Com este conceito podemos nos remeter à questão da remessa de pagamento, porque a finalidade precípua contida no art. 20, § único de Decreto é identificar quais as subsidiárias que não podem fazer a remessa (conceito cambiais). Os elementos caracterizadores destas empresas são:

- a maioria do capital votante deve pertencer a única empresa estrangeira;
- mesmo se elas não detiverem 50% do capital votante, contudo detiver a maioria do capital social da sociedade, não poderão remeter estes pagamentos. Pode no momento de suas transações, fixar preços que na realidade disfarçam remessa de lucro (sub ou sobrefaturamento), modificam a base de cálculos de tributos, iludem, enganam o controle cambial, trazendo efeitos que irão refletir negativamente para os países em desenvolvimento. Diz-se que o investimento é benéfico desde quando os lucros remetidos para o exterior signifiquem valor menor do que o valor determinado no produto final. É razoável que os investidores enviem seus lucros para os países de origem, no entanto, para que esses lucros não afetem muito a economia, seria coerente a interferência do poder público para a disciplina e controle dos lucros e, para a fiscalização e

evasão fraudulentas para o estrangeiro. Os lucros obtidos seriam gravados por uma forte taxaço de imposto e uma eficaz lei contra trustes e abusos econômicos. O capital estrangeiro poderá ser útil ao país em desenvolvimento, desde que inexitam descontos prévios, juros módicos, longo prazo de pagamento e que se instalem em indústrias prioritárias e selecionadas para o desenvolvimento da economia, trazendo aumento dos recursos, para a criação e poupança das receitas cambiais e aumento da tecnologia, contudo, que o preço pago seja um preço justo.

As empresas estrangeiras em 50% de capital votante ou maioria do capital - art. 14 da lei nº 4.131 - não podem deduzir o pagamento de royalties às empresas aparentadas.

Serão considerados lucros distribuídos sujeitos ao imposto previsto - art. 38 da lei nº 4.506/94. Torna-se impossível a remessa para o exterior das importâncias devidas em contratos não averbados e registrados no INPI e BACEN. A fórmula utilizada tem sido aquela de pagar em cruzeiro, com as restrições devidas, os serviços prestados a mandatários no Brasil.

O Tratamento fiscal resumindo é o seguinte:

Permite-se dedução das importâncias remetidas para o exterior em pagamento de tecnologia, declaradas tanto nas declarações de renda da nacional quanto da estrangeira sem vinculação de capital do estrangeiro vendedora da tecnologia. A dedução torna-se proibida no caso de empresas controladas -o que se leva em conta é a figura do controle - art. 52 da lei n.4.506/64.

“O art. 12 da nº 4.131/52 faz referência à base de cálculo para efeitos de dedutibilidade fiscal relativa à receita Bruta do produto fabricado ou vendido, as remunerações para efeitos de averbação dos contratos no INPI são apuradas com base em percentagem ou em valor fixo por unidade de produto, correlacionadas sobre preço líquido de venda, sendo que por preço líquido considera-se o valor do faturamento - baseado nas vendas efetivas - deduzidos os impostos, taxas insumos e componentes importados, tanto do licenciador como de qualquer fornecedor direta ou indiretamente vinculado a este, comissões, créditos, por devoluções, fretes, seguros e embalagens”.⁴⁵

Este artigo fixa o limite máximo de 5% para dedução nas declarações de renda, da receita bruta do produto fabricado ou vendido. Em relação à restrição de remessa, inclusive o limite atual de 5%, Carlos Von Doellinger propõe que seja

“estabelecido um certo limite para o montante total de remessas isentas do imposto de renda adicional e a partir daí haveria a incidência do imposto de renda progressivo, na forma vigente atualmente para os lucros e dividendos. Eliminar-se-ia também qualquer restrição ainda remanescente às diversas formas de remessas, inclusive o limite atual de 5% sobre o faturamento para isenção do imposto de renda adicional nos pagamentos pela tecnologia do exterior, já que então as remessas seriam aferidas em relação ao capital, independentemente da natureza do pagamento”.⁴⁶

Esta proposição é a que sempre vem ocorrendo na prática.

Por outro lado, a remuneração de tecnologia está submetida no ato da remessa a um imposto de renda com taxas uniforme de 25% (vinte e cinco por cento). São consideradas despesas operacionais. No que exceder, fica sujeito a um imposto suplementar que é descontado e recolhido pela fonte, por ocasião de cada remessa que exceder à média de 12% trienal. Deve ser recolhido no mesmo prazo normal incidente sobre a referida empresa. O imposto suplementar, há de se aplicar sobre a média do total de *distribuição e não da remessa* no triênio excedente de 12% (doze por cento) do capital registrado as seguintes alíquota:

- 40% (quarenta por cento) se a remessa exceder o capital registrado dentro dos limites de 12% a 15% de lucros sobre o capital e reinvestimento;
- 50% (cinquenta por cento) entre 15% e 25% de lucros;
- 60% (sessenta por cento) acima de 25% de lucros;

Os critérios acima mencionados tem sido calçado, como já foi dito, nos coeficientes percentuais de acordo com a Portaria nº 436/58 do Ministério da Fazenda, já que a lei nº 4.131/62 no seu art. 12 manteve a competência do Ministério da Fazenda para fixação dos mesmos percentuais.

3.3.3 Leis nº 4.137/62 e 4.506/64

A lei nº 4.137/62 é uma lei anti-trust, tendo por objetivo regular a repressão ao abuso do poder econômico. Uma legislação anti-trust surge quando o Estado a promulga, objetivando finalidades políticas, ora econômicas.

As leis anti-trust tem objetivo primordiais:

- 1) Melhor aproveitamento da invenção ao oferecer maiores oportunidades de participação na economia;
- 2) O consumidor ao poder optar entre os concorrentes evita que surjam monopólios. Com o poder da opção, o consumidor pode se proteger ao comprar produtos de boa qualidade e a preços razoáveis em consequência da livre concorrência.

“A legislação brasileira. repressiva do abuso do poder econômico, tal como já afirmado acima, de certa forma limita o postulado tradicional da liberdade contratual, buscando prevenir que o excesso de liberdade conduza. à própria destruição da concorrência.”⁴⁷

Ao promulgar a lei nº 4.137/62, o Brasil adotou o sistema de acordos restritivos da concorrência. O art. 74 da citada lei confere ao CADE o poder de legitimar acordos em restrição da concorrência, inclusive que poderiam ser enquadrados como abuso de poder econômico.

O CADE fica investido de poderes bastantes para definir se os casos de “concentração” são abusos e se apresentam como uso autorizado do poder econômico. A competência do CADE é a de “quase-tribunal” pois o ato receberá desta entidade a qualificação de abusivo ou não, devendo o mesmo ser reprimido ou consentido.

Cumprido ao CADE apurar e reprimir os abusos do poder econômico ainda que surgidos nos contratos de transferência de tecnologia. Após a análise de cada caso concreto é que o CADE poderá reconhecer a legalidade ou

não das convenções restriti-vas nos contratos de transferência de tecnologia.

Como veremos adiante, com o surgimento da lei nº 5.772/ 71 no seu art. 126 ficou preceituado que o INPI é o órgão competente par receber e analisar os atos ou contratos que impliquem em transferência de tecnologia.

Esta norma jurídica veio ratificar a posição do INPI hierarquicamente em relação ao CADE. Quando se trata no julgamento dos contratos de transferência de tecnologia - quer contratos de licença, quer “know how” para o desenvolvimento econômico do país e suas repercussões à nível da economia nacional, o INPI é a entidade autorizada para o julgamento. A partir do momento que o “know how” vem influenciar nos preços de mercado, fortalecer os cartéis e provocar o surgimento do “takeover” , ai sim, que a competência é do CADE.

A Carta Magna no art. 160, V, no que tange à “nacionalização”, firmou a política de repressão ao poder econômico, caracterizada pelo aumento arbitrário dos lucros.

O Decreto nº 92.323 de 23/01/86 que aprovou o regulamento da lei na 4.137 de 10/09/62 e regulou a repressão ao abuso do poder econômico, conforme preceitua no seu art. 1º.

“Será reprimido o abuso do poder econômico, quaisquer que sejam as formas que assuma, desde que caracterizados, isolada ou simultaneamente, situações de:

- 1 - Domínio dos mercados;
- 2 - Eliminação da concorrência;
- 3 -Aumento arbitrário dos lucros.”

O “domínio dos mercados”, que se dá quando uma ou mais empresas, através de meios ardilosos, susta o advento de novas estruturas econômicas, ou bloqueia a expansão de outras já existentes, o que se liga, por outro lado, ao chamado “processo de concentração de poder” (*monopólio, o ligopolio, trusts, cartéis etc.*).

A “eliminação da concorrência”, que não se reduz ao fato anterior, mas que com ele intimamente se correlaciona, visando a por termo à economia de mercado, baseada na livre iniciativa e na livre fixação dos preços, em função da oferta e da procura, quer controlando aquela, quer recorrendo a acordos e convênios destinados a impor soluções artificiais ao sabor dos interesses de um grupo, inclusive retendo mercadorias ou adquirindo-as em excesso para provocar escassez ou alta, com a ruína dos concorrentes (*dumping*).

O “aumento arbitrário dos lucros” é o outro aspecto do mes-mo problema, quase que o assunto visto em razão de seu esco-po essencial, que é a obtenção, por todos os meios, de resulta-dos e vantagens desproporcionais ao valor do investimento efe-tivamente realizado”.⁴⁸

O Decreto nº 92.323/86 no seu art. 4º, revogou as disposições em contrário em especial o Decreto nº 52.025 de 20 de maio de 1963.

A lei nº 4.137/62 é um excelente instrumento para a defesa dos princípios consagrados no art. 160, V da nossa Carta Mag-na. Só que o seu regulamento tem que cumprir os objetivos legais a fim de que a lei nº 4.137/62 cumpra a sua função de repressão ao abuso do poder econômico.

A questão da dedutibilidade de despesas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica, científica,

administrativa remonta ao art. 12 da lei nº 4.131/62. Com o advento da lei nº 4.506 de 30/11/64, a matéria da dedutibilidade das importâncias fixas ou percentuais pagos a pessoas jurídicas ou naturais, domiciliadas no exterior, a título de assistência técnica, científica e uso de marcas de indústria, foi disciplinada, por inteiro, em seus arts. 52 e 71.

“A lei nº 4.506/64 introduziu, apenas a dedutibilidade das importâncias despendidas em pesquisas em exceção ao regime da indedutibilidade dos dispêndios de capital. Na prática ocorre que o custo da pesquisa, normalmente amortizado em até dez anos, é lançado no exercício de sua ocorrência”.⁴⁹

Os requisitos legais com o advento da lei nº 4.506/64 passaram a ser:

- 1) Contrato escrito registrado no Banco Central;
- 2) Corresponderem a serviço efetivamente prestados à empresa através de técnicos, desenhos ou instruções, enviados ao país ou estudos técnicos realizados no exterior por conta da empresa;
- 3) Obediência aos limites percentuais fixados por ato do Ministro da Fazenda, conforme a legislação específica;

A diferença que reside nestes requisitos legais preceituados na lei nº 4.506/64 e os da lei nº 4.131/62 é que no último texto legal (lei nº 4.506/64) o legislador não incluiu referente ao limite, renovável de 5 (cinco) anos

previsto no nº 55.762/65 não mais reproduziu o § 30 da lei na 4.131. O Regulamento do Imposto de Renda (Decreto na 58.400, art. 176, § 1.), todavia ainda conti-nua a incluir essa restrição de efeito puramente tributário”.⁵⁰

Todavia despesas de assistência técnica não serão dedutíveis quando pagas ou creditadas, segundo o parágrafo único do art. 52 da lei nº 4.506/64:

- a) pela filial de empresa com sede no exterior em benefício de sua matriz;
- b) pela sociedade com sede no Brasil em favor de pessoa domiciliada no exterior que mantenha direta ou indiretamente, o controle de seu capital com direito a voto.

O artigo 71 da citada lei versa sobre a não dedutibilidade dos “royalties no que concerne ao uso de marcas de indústria e comércio e patentes:

- a) Pagos pela filial no Brasil de empresa com sede no exterior em benefício de sua matriz;
- b) Pagos pela sociedade com sede no Brasil a pessoa com domicílio no exterior que mantenha direta ou indiretamente, controle de seu capital com direito de voto;
- c) Que não sejam objeto de contrato registrado na SUMOC (hoje Banco Central) e que não estejam de acordo com o código de Propriedade Industrial:

- d) Cujos montantes excedam os limites periodicamente fixados pelo Ministro da Fazenda para cada grupo de atividades ou produtos, segundo o grau de essencialidade e em conformidade com o que dispõe a legislação específica sobre remessa de valores para o exterior.

“Está acima de qualquer dúvida que a lei nº 4.506/64 posterior à lei nº 4.131/67, dispôs sobre a mesma matéria nesta última tratada, no que se refere à dedutibilidade das despesas em causa.

E nem poderia ser de forma diferente, já que a citada lei nº 4.506/64, de natureza eminentemente tributária, recolheu disposições fiscais constantes de outras legislações, dando-lhe o trato adequado à sistemática do imposto de renda”.⁵¹

Enfim, o regime tributário de dedutibilidade dos “royalties” ficou estabelecido em vários institutos legais desde a lei nº 3.470/58, passando pela lei do Estatuto do Capital Estrangeiro, nos seus art. 12 e 14, pelo art. 71 da lei nº 4.506/64, finalizando no Regulamento de Imposto de Renda de 1980. Em épocas diferentes, o mesmo assunto - regime tributário de dedutibilidade - foi tratado em cada texto legal. Denis Barbosa relata de forma objetiva o posicionamento doutrinário da coexistência desta legislação editada em épocas diferentes.

“Pela regra do art. 2º, § 1º da lei de Introdução ao Código Civil, uma norma revoga a anterior, seja por conflito entre as duas, seja pelo fato de a segunda ter regulado completamente a matéria de que pelo fato de a segunda

ter regulado completamente a matéria de que tratava a anterior; de outro lado, o § 2º do mesmo dispositivo preceitua que uma lei geral e uma especial, quanto à matéria tratada, convivem sem revogação.

Autores há, como Egberto Lacerda Teixeira e Luís Mélega, que entendem ter a lei nº 4.506/64, ao regular completamente a matéria dedutibilidade dos “royalties” e de assistência técnica, abrogados os dispositivos anteriores sobre a mesma questão. Outros à maneira de Ruy Barbosa Nogueira, entendem que a revogação foi apenas da lei nº 3.470/58 no seu art. 74. O Fisco entende pela vigência e convivência de todos

“(…) De toda maneira, os argumentos doutrinários se prendem ao fato de que a lei nº 4.131/62, tendo por objeto a regulação do capital estrangeiro no país, a às remessas de divisas, só iria regular a dedutibilidade de “royalties” e pagamento de assistência técnica quando devidos ao exterior; mas a lei nº 4.506/64, ao regular em geral a matéria, teria revogado a norma de 1958, conquanto coexista com a norma especial de 1962”.⁵²

O artigo 71 da lei nº 4.506/64 manda que as disposições do Código de Propriedade Industrial sejam cumpridas, a fim de que os “royalties” dispendidos com os contratos ser contratos ser registrados como despesas operacionais, devem tais contratos ser registrados e averbados no órgão oficial competente, no caso, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, como condições de dedução para Imposto de Renda. O art. 126 do CPI - nº 5. 772n 1 é o dispositivo legal invocado para averbação dos contratos de

transferência de tecnologia, “a fim de que as despesas deles decorrentes possam ser deduzidas na operação do lucro tributável (lucro operacional = receita bruta operacional - custos, despesas operativas, encargos, provisões e as perdas autorizadas) pelo imposto de renda”.⁵³

3.4 PERÍODO DE 1970 A 1975

3.4.1 Criação do Instituto Nacional de Propriedade Industrial e Advento da Lei N° 5.772/71

“De 1968 a 1973, graças ao violento processo de concentração da renda em benefício dos segmentos da camada superior da sociedade e à propriedade favorável da economia mundial, o país vive a ilusória euforia do “milagre brasileiro”, com taxas altas de crescimento econômico nacional favorecida. A entrada maciça de capital estrangeiro e os incentivos às exportações contribuem também para este crescimento e suas distorções.

(...) A partir de meados de 1973, o modelo econômico baseado na expansão da indústria de bens duráveis, rearticulado e redinamizado de 1964 em diante, começa a revelar sinais de esgotamento”.⁵⁴

Em 1974 definiu-se a política de prioridade e apoio à implantação da indústria de bens de capital e de insumos básicos. Iniciava-se a terceira fase do processo de industrialização brasileiro. Setores de economia de ponta, ramos alternadamente sofisticados e rentáveis eram o alvo desta política. O capital estrangeiro era dominante, e a tecnologia utilizada neste setor de produção era estrangeira.

Este clima foi que predominou durante o período do início e meados da década de 1970. A transferência de tecnologia entrara no seu terceiro período: período seletivo dos contratos de transferência de tecnologia.

Foram promulgadas duas leis que caracterizaram muito bem este terceiro período quando os assuntos capitais estrangeiro e propriedade industrial são abordados:

- 1) Lei nº 5.648 de 11 de dezembro de 1970 que criou o Instituto de Propriedade Industrial.

Esta lei revelou a presente opção política do país voltada para a sua capacitação tecnológica. O contrato em si só, não transfere tecnologia. O processo de transferência exige atos e estudos que um contrato de transferência de tecnologia são os instrumentos da ordenação da compra e importação tecnológica, portanto precisa passar pelo exame, análise e aproveitamento.

- 2) Lei nº 5.772 de 21 de dezembro de 1971 que instituiu o novo Código de propriedade Industrial, vindo a substituir o de 1945, tendo também como parâmetros, preceitos de direito internacional.

“Cada país estabelece preceitos sobre a propriedade industrial com duas categorias de normas: uma composta de puro direito interno, de caráter territorial; a outra de normas de direito internacional, emanadas de fontes internacional desprovidas de valor convencional”.⁵⁵

Ficavam assim estabelecidas as leis que até hoje norteiam a Propriedade Industrial no país.

“A primeira vez que se falou em propriedade industrial no Brasil foi na época da D. João VI quando a 28 de Janeiro de 1809, o então Príncipe Regente determinou que fosse apresentada à Real Junta de Comércio qualquer proposta de surgimento de invenção. A primeira lei sobre privilégio de invenção data de 1830 e, de lá, até 1970, quando da criação do Indústria e Comércio, a legislação sobre tecnologia industrial no Brasil percorreu um longo caminho. Em 1897, o assento era afeto o Ministério da Agricultura, depois para o do Trabalho e mais recentemente, a propriedade industrial passou a ser regulada pelo Ministério da Indústria e Comércio.”⁵⁶

Em 1970 o INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial por força do dispositivo legal ficou encarregado da adoção da seleção de tecnologia necessária ao desenvolvimento econômico do país.

A regulação do fluxo de tecnologia no país com o advento das leis nº 5.648 nº e 5.772/71 ficou então restrito ao INPI e quanto a remessas de lucros ao Banco Central do Brasil.

Antes do Instituto Nacional de Propriedade Industrial existia o órgão denominado Departamento Nacional de Propriedade Industrial, ao qual, eram atribuídos as atividades cartorárias relativas a marca e Patentes. O Brasil Central exercia o exame, a apreciação e controle financeiro dos contratos que envolviam transferência de tecnologia. Cabia ao BACEN, portanto, todo o controle, desde a apreciação do contrato, sua viabilidade econômica até o controle fiscal, cambial e financeiro.

É claro que a legislação positiva brasileira de propriedade industrial não se restringe somente às estas leis citadas.

Uma gama de portarias, regulamentos, decretos-leis existem marcando presença no cenário jurídico brasileiro.

3.4.2 Estrutura interna do nacional de propriedade industrial

A função do INPI se articula em dois pólos: a propriedade industrial e a transferência de tecnologia.

Este vasto programa foi conduzido pela criação de uma estrutura de base definida pelo Decreto nº 77.483 de 23/04/1976.

Toda a estrutura básica bem preceituada no art. 3. do referido Decreto tendo sido pormenorizada, por força do artigo 19, pela portaria nº 112 de 27 de abril de 1976 do Ministério da Indústria e Comércio - Regime Interno do Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

O INPI baseia-se em três sistemas. O conceito de sistemas abrange de maneira específica ou global as atividades deste órgão:

- 1) Sistema de propriedade industrial;
- 2) Sistema de transferência de tecnologia;
- 3) Sistema de informações tecnológicas - cabe aqui uma consideração sobre o Banco de Patentes do INPI. O Banco atende ao público visando dar-lhe conhecimento da tecnologia existente no mundo e quais as patentes de domínio público no Brasil e que podem ser copiadas legalmente; dar-lhe conhecimento dos contratos tecnológicos realizados, quais as tecnologias compradas, possibilitando a empresa

nacional a ter melhor negociação com o fornecedor estrangeiro; e sem discutir que pesquisando estes documentos estrangeiros registrados no Banco, é motivo para o surgimento de novos inventos. O público ao ter acesso ao Banco, paga uma quantia pelo uso ao INPI; e esta é uma das formas de receita de órgão que se provém exclusivamente da arrecadação das retribuições dos serviços executados.

Estes sistemas globais vão se refletir em órgão setoriais do INPI, tais como o DIRPA, DIRMA, CEDIN, DIRCA.

No âmbito nacional, a infra-estrutura tecnológica de uma Nação é composto também de sistemas:

- sistema de marcas e patentes, importação e exportação de técnicas;
- sistema de metrologia;
- sistema de normas técnicas de certificação aptos a assegurar a qualidade dos produtos: rede de laboratórios apropriados.

Os sistemas citados como afirma Alberto Pereira de Castro⁵⁷ formam a infra-estrutura tecnológica propriamente dita, porque eles estabelecem as regras e bases técnicas do proces-so industrial.

Para este autor, o INPI é órgão central que controla e executa o Sistema Nacional da Propriedade Industrial.

3.4.3 Funções do INPI e o advento do novo código de propriedade industrial

A lei nº 5.648/70 que criou o INPI - entidade autarquia vinculada ao MIC e subordinada à Secretaria de Tecnologia

Industrial - no seu artigo 2º define qual a finalidade precípua do Instituto.

“O instituto tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade Industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica”.

Parágrafo único - “Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, o Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do país, medidas capazes de estabelecer melhores condições de negociação e utilização da patente, cabendo-lhe ainda pronunciar-se quanto à. conveniência da assinatura, ratificação ou denúncia de convenções, tratados convênio e acordos sobre Propriedade Industrial” .

Estas funções enunciadas pela lei nº 5.648/70 e que são incumbidas ao INPI, com o advento do Código de Propriedade Industrial de 1971, se cristalizaram no artigo 126 da lei n.5.772/71.

“Ficam sujeitos à. averbação no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, para. os efeitos do art. 2, parágrafo único da lei nº 5.648 de 11 de dezembro de 1970, os atos ou contratos que impliquem em transferência de tecnologia” .

O Estado brasileiro, com estes dispositivos regulamentava rigorosamente o fluxo de tecnologia no país. A intervenção estatal dá-se por força de dispositivo constitucional - art. 163 da atual CF brasileira que confere ao Executivo o poder de intervir no domínio econômico.

“A intervenção do Estado nas relações de direito privado é fenômeno que se vem acentuando, notavelmente, a partir da segunda metade deste século. A intervenção constante, que já chegou a colocar em questão a própria concepção de contrato como resultado pleno e único da autonomia de vontade das partes, tem expressão sob diversas formas, as quais tanto podem apenas restringir a autonomia da vontade mediante a regulamentação prévia do contrato, pela imposição de determinadas cláusulas e interdição de outras quanto atingir o próprio impulso para contratar, impondo a realização do contrato - formação arbitrária da relação contratual”.⁵⁸

A intervenção estatal referente aos contratos de transferência de tecnologia é justificada. Interesses coletivos em detrimento do individual, a noção de bem-estar social, equilíbrio na balança são motivos que impelem maior controle e fiscalização por parte do Estado. A legislação supra citada, especificamente o art. 126 quando da promulgação mostrou-se fraca, mal feita contendo falhas elementares de tecnicidade, de elucidação do texto legal.

O texto supra citado preceitua:

“Serão averbados no INPI

O termo *averbação* está mal inserido neste dispositivo legal. Quando se fala em *averbação* de licença de marca, de patente, o termo *averbação* utilização está *correto*. Neste caso, realmente ocorre *averbação* no INPI. Contudo se não existe contrato de licença de marca, de patente?

Logicamente o termo averbação está errado; o que ocorre não é uma averbação e sim uma aprovação de registro pelo INPI dos contratos de transferência de tecnologia não patenteáveis.

Outro aspecto tocante ao art. 126 da lei nº 5.772/71, quando as sua promulgação, é que ficou omissa em que casos deveria haver a averbação e quais os contratos e tecnologias deveriam ser deferidos ou indeferidos.

Então mais do que justificados as omissões contidas neste dispositivo. O Brasil no início da década de 70 vivia no contexto econômico o Milagre Brasileiro, e no contexto político o ápice do regime autoritário do movimento de 64.

“Após a Revolução de 64 a propriedade industrial no seu aspecto político passou a ser preocupação do Poder Público, justificando as alterações na legislação até o ad-vento da lei nº 5.772/71”.⁵⁹

Este artigo trouxe polêmicas nos meios doutrinários, contrapondo-se ao entendimento das autoridades competentes. Vêem esses doutrinadores que no art. 126 não se incluiria qualquer propósito fiscal, enquanto que nos termos do art. 233, § 3º do RIR/80 com o Decreto n. 85.450/80 a *averbação* destina-se a permitir a dedução das quantias pagas, como despesas operacional e a propiciar sua remessa para o exterior. É o meio da despesas efetuada em tecnologia.

A posição antagônica doutrinária do efeito da averbação preceituado no art. 126 da lei nº 5.772/71 está bem explicitada neste texto.

“O que o artigo determina é a averbação dos contratos que impliquem em transferência de tecnologia, o que exclui todos os demais onde não houver essa transferência, ressalvados os casos especiais de exploração de privilégio de patente e de concessão de uso de marca ou expressão ou sinal de propaganda, que tem disposições expressas exigindo a averbação) art. 30 e 90 do CPI)... Deve-se notar, porém que a essa averbação tem um objetivo definido, qual seja, o cumprimento das finalidades constantes do art. 2 e seu parágrafo único da aludida lei n° 5.648/ 70, entre as quais não se inclui qualquer propósito de controle fiscal.”⁶⁰

Para este autor,

“a falta eventual de averbação de ato ou contrato, não pode, legalmente, impedir, para efeitos do Imposto de Renda, a dedução de qualquer despesa legitimamente feita e tida côm necessária às atividades da empresa”.⁶¹

3.4.4 Ato normativo N° 15

A regulamentação da matéria veio através do Ato Normativo n° 15 de 11/09/1975 que explicitou e limitou os critérios relativos à aprovação e averbação dos contratos. Ficou assim este sobredito Ato sendo o documento básico da política tecnológica, onde estão estabelecidos critérios para formalização dos contratos de transferência de tecnologia. Fornece elementos essenciais para um exame homogêneo dos contratos em seus aspectos jurídicos, técnicos e econômicos.

“Através do exame dos termos dos contratos, o INPI procura sana-los de tudo quanto possa ferir os interesses brasileiros e a legislação específica sobre a matéria, tais como, cláusulas restritivas à comercialização. Analisa e controla também os custos da tecnologia adquirida, sua colidência com tecnologia adquirida, sua colidência com tecnologia similar já existente no país e seus efeitos”.⁶²

O Ato Normativo na 15 visa não somente a padronização do processo de transferência mas também prover uma contra alavancagem no desenrolar da negociação, visto que o mercado de tecnologia é mercado de vendedor, pois o comprador possui reduzida capacidade de negociação.

O Ato Normativo na 15 estabelece que “os contratos de transferência de tecnologia e correlatos são classificados basicamente, quanto ao seu objeto e para fins de averbação em cinco categorias:

- a) de licença para exploração de patente;
- b) de licença para uso de marca;
- c) de fornecimento de tecnologia industrial;
- d) de cooperação técnico industrial e
- e) de serviço técnicos especializados.⁶³

O Ato Normativo na 15 contém dispositivos

“explicando de que forma deveria ocorrer a transferência de tecnologia e reservando ao INPI o direito de durante a vigência do contrato, acompanhar o cronograma de

absorção de tecnologia e de programa de formação de pessoal”.⁶⁴

O INPI encontrava-se na fase dos Atos Normativos que refletiam a preocupação com os aspectos internos dos contratos. Neste período se combateu as práticas comerciais restritivas, constante das cláusulas contratuais. O Ato Normativo na 15 é exemplo principal desta política.

“O Ato 15 ao juntar toda legislação - legislação de regulação de capital estrangeiro, a lei que trata do abuso do poder econômico, a legislação fiscal e o Código de Propriedade Industrial - num só instrumento, e ao acrescentar outras normas, veio facilitar a compreensão das empresas sobre o que deveria ser observado para a elaboração dos contratos. O disciplinamento, a organização das regras que compõem a legislação foram, então, o motivo maior da publicação daquele Ato.”⁶⁵

No período pós 70 até 1975, a política do INPI

“tinha como propósito inicial obter informações que permitissem a radiografia do sistema, avaliando-se a demanda e os resultados, no sistema de ser elabora uma política com objetivos definidos. A função de montar e operar instrumentos seletivos da importação de técnicas em consonância com o Plano Nacional de Desenvolvimento econômico e social (Lei nº 5.727/71) e o Plano Básico de Desenvolvimento Científico e Tecnológico de acordo com as diretrizes do MIC”.⁶⁶

Hoje, o INPI deve atender aos que dele necessitam, mesclando os planos globais de administração governamental com a solução dos problemas da economia brasileira, em especial, dando atenção à empresa nacional. Isto sem excluir o aperfeiçoamento contínuo de decisão, com base crescente em informações com o INPI e tratados internacionais.

3.4.5 Controle jurisdicional da recusa de averbação dos contratos no INPI

Quando do advento do Ato Normativo nº 15 questionava-se da aparência de inconstitucionalidade ou da inconstitucionalidade das suas normas. Admite-se que o Estado tome posição, muitas vezes, antijurídicas frente ao desenvolvimento econômico da Nação. Ocorre a intervenção estatal em prol do fraco, com objetivos de diminuir a desigualdade - função do INPI, promovendo o equilíbrio entre o forte e o fraco. O dispositivo legal surge como o salvador dos mais fracos. “A liberdade oprime, a lei salva”. O Ato Normativo nº 15 introduziu importantes modificações nas condições de averbação. E por aportar sérias modificações nas condições, a eficácia de atuação do Instituto foi muito prejudicada por controvérsias legais quanto ao alcance do seu poder de controle. Grande margem de *descrição* é admitida, mas não arbitrariedade por parte do INPI. Esta prática de controle seletivo de contratos implantada por este órgão, lastreada por uma norma jurídica que em termos de hierarquia está no quarto escalão - Ato Normativo e não uma lei; herança dos economistas na

elaboração das leis - é que foi-se questionada a legalidade desta política pelo Poder Judiciário.

“Apesar da margem de discricionariedade coferida ao órgão administrativo, não resta dúvida de que, em homenagem ao princípio da legalidade, toda e qualquer decisão que negar, total ou parcialmente, a averbação dos contra-tos de tecnologia terá que ser devidamente motivada para que se possa corrigir eventual vício que contenha, pois, conforme a lição de Seabra Fagundes, Tudo o que signifique desvio ou exorbitância do âmbito traçado à atividade discricionária enseja o controle jurisdicional”.⁶⁷

O problema do controle jurisdicional de recusa da averbação dos contratos pelo INPI já ficou definido quando do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Ficou bastante conhecido o Mandado de Segurança impetrado pela Royal Diamond Dielétrica S.A o ministro Oscar Corrêa foi o relator do Acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o qual tem como ementa o seguinte:

“Alcance de atuação do órgão especial no exame e controle dos atos e contratos. Discricionariedade de exame, que não obsta ao recurso ao Judiciário, mas se exerce amplamente, em defesa do interesse do desenvolvimento econômico do país. In casu - exigência dentro dos limites regulares de alteração. Recurso extraordinário conhecido e provido.

O mandado de segurança impetrado foi com base no art. 119, III, a da Constituição Federal, alegando negativa de vigência ao art. 126 da lei nº 5.772/71 ao parágrafo

único do art. 2 da lei nº 5.648/70; ao art. 153, § 21 da CF e art. 1º da lei nº 1.533/51; arguindo, ainda, a relevância da questão Federal.

Seguem agora trechos que merecem transcrição do relatório do ministro Oscar Corrêa do Acórdão do STF referente à competência do INPI:

“Da leitura atenta desse dispositivo (art. 2º, § único da lei nº 5.648/70) verifica-se a amplitude da missão - e a gravidade e seriedade de que se reveste - que se conferiu ao razoável parcela de discricionariedade, sem a qual não poderá desempenhá-la eficientemente”.

“Isto tudo de flui da importância vital da missão que a lei lhe conferiu o desenvolvimento econômico - no amplo e exato sentido, desenvolvimento humano, integrado, repetimos, porque não se pode atingi-lo sem que seu benefício direto e último - o homem - se desenvolva, no todo” “Incumbe-lhe verificar aspectos aos quais alheios, ou indiferente está o interesse particular: como o controle das empresas nacionais, que pode ser posto em risco, sob várias formas, aparentes ou subreptícias; a efetividade e conveniência da transferência de tecnologia pretendida; os limites em que se dará; os processos utilizados; etc.”

“É óbvio que, por sua importância, fundamental no processo de desenvolvimento, essa tentativa há de ser rigorosamente vista, fiscalizada, superintendida, supervisionada, por órgão estatal. A esse respeito, a intervenção no domínio econômico não encontra opositores, se trata de área na qual o interesse privado

há de subordinar-se ao superior interesse geral, que o Estado encarna e representa.

Daí não se infira que não se subordina sua atuação ao crivo da atividade jurisdicional: vencida a instância administrativa, há o possível e assegurado recurso àjudiciária (art. 153, § 4º da CF). Que se exercerá com segurança e poderá valer-se de todos os instrumentos ao seu alcance para verificar até que ponto se ateve o órgão especial, dentro dos limites legalmente vinculados de sua atuação à lei ou se deles exorbitou”.⁶⁸

“O acórdão reconhece o poder discricionário do INPI no exame dos contratos a ele afetos em decorrência das leis nº 5.648/70 e 5.772/71, mas admite o recurso ao Judiciário quando o INPI extravasar de seus limites regulares de atuação”.⁶⁹

Atualmente, o INPI procura estimular a criação interna de tecnologia, sempre no que for possível e benéfico para o país. A articulação com órgão de controle com a divulgação de informação e com a detecção das áreas prioritárias de pesquisa e diálogo com o empresariado nacional são metas pretendidas Pela atual presidência deste Instituto. O desenvolvimento da utilização do Banco de Dados pelas empresas é um das funções do INPI mais importantes pois coloca os centros de pesquisa e o inventor individual em contato com as mais novas informações no mundo da propriedade industrial. Com estas medidas acauteladoras, o Governo regula e coordena a busca de tecnologia no mercado tecnológico mundial.

CONCLUSÕES

A economia brasileira em toda sua evolução provocou o surgimento de processo de mudança estrutural, conferindo à política tecnológica um papel de importância crescente.

O nacionalismo e a ideologia dos governantes - a independência política não é um elemento bastante para alcançar e garantir com forças a sua soberania - geraram fator de consciência nacional de que a independência econômica e social eram necessárias.

Políticas governamentais eram tomadas. A industrialização brasileira se desenvolveu, muitas vezes, sem nenhum planejamento impositivo governamental, outras, por políticas explícitas e implícitas de desenvolvimento econômico.

Todavia, o processo de industrialização brasileiro ao desenvolver teve como aliado o capital estrangeiro. O desenvolvimento nacional ao ser analisado no contexto de crescimento econômico de países periféricos sempre focalizava o papel do capital estrangeiro.

As discussões sobre vantagens e desvantagens da aplicação do capital estrangeiro em um país subdesenvolvido são temas polêmicos. As possíveis influências que o mesmo traz para toda uma comunidade torna-se em uma faca de dois gumes. A influência pode ser benéfica ao facilitar o desenvolvimento local, mas

pelo outro lado pode facilitar a dependência externa, modificando a ordem do desenvolvimento do país periférico. É por este último motivo que os nacionalistas são cautelosos a respeito da abertura dos países em desenvolvimento para a economia internacional. Em face das pressões nacionalistas, o Estado assume o papel de empresário, de um lado pressionando as transnacionais para ceder lugar à acumulação local, ao mesmo tempo que dita uma política de fortalecimento da empresa nacional.

As transnacionais são veículos de investimento estrangeiro em território nacional e o capital autônomo se constitui no principal gênero, dividindo-se em investimento diretos, indiretos.

São através destes investimentos que as transnacionais transmitem o “Know-how”. A técnica pode ser transmitida pela exportação de seus produtos, pela transferência de cientistas e técnicos, pela implantação direta, acompanhada ou não. Esta difusão do progresso técnico dar-se por via direta e ocorre a via indireta quando a sua penetração no mercado incitando a concorrência, acelera ou reorienta os passos de qualquer outra empresa adversária.

Contudo as transnacionais, muitas vezes, transferem para os países em desenvolvimento, a parte menos técnica, mais obsoleta das suas produções. Ou então, as empresas estrangeiras instalam-se no mercado do país em desenvolvimento, utilizando quer através de controlada ou mediante compra da nacional, a experiência e técnica mais avançadas de que dispõem.

Os avanços tecnológicos permitem fortalecer o poder das empresas estrangeiras em um mercado específico, pois quando é implementado um novo modo de produzir, a redução de custos de produção é inevitável. Portanto, estas

se beneficiam de condições especiais de produção frente aos competidores. Tal benefício provoca o enfraquecimento de empresas nacionais, possibilitando o seu controle por capital estrangeiro. O enfraquecimento pode ser atribuído a problemas recessivos, questões de sobrevivência e mesmo por falta de alternativa, isto sem excluir a dificuldade para competir com as empresas estrangeiras tanto no mercado interno como externo. As nacionais, então, sem perspectivas veem o seu controle para as transnacionais ocasionando problemas de ordem pública e econômica. A desnacionalização é resultante da supremacia de determinada empresa sobre a outra. O “takeover” pode interessar ao país quando os vazios existentes são preenchidos ou quando o desinteresse do empresariado nacional em expandir seus negócios devido à concorrência ou falta de capital, tecnologia e capacidade gerencial.

A solução mais adequada é o fortalecimento de empresas privadas nacionais. O BNDS e os Bancos Estaduais de Desenvolvimento favorecem as nacionais para lhes dar mais força de competitividade frente as transnacionais ao apoiar iniciativas destinadas a propiciar o domínio de técnicas especializadas, e criando disponibilidade de condições de financiamento condizentes com o caráter prioritário do setor e suas peculiaridades. Os projetos das empresas beneficiadas devem ser analisados e aprovados criteriosamente pelas agências de desenvolvimento, a fim de que, a ação oficial de apoio de apoio financeiro seja plenamente justificada.

A condenação da prática do “takeover” está prevista na legislação brasileira desde que provado o abuso do poder econômico.

Rever a legislação no sentido de incentivar mais as nacionais para investimento em tecnologia, concedendo-lhe benefício fiscal é uma das soluções que o governo tem que fornecer para a equação da dependência tecnológica se inverta. Tramita no Congresso Nacional Projeto de lei nº 5.137/85 que redefine a competência do INPI a aspectos tributários de investimento tecnológico.

Cabe ao INPI, através de um diálogo permanente com o empresariado nacional e órgão governamentais, conciliar os diversos interesses em prol do fortalecimento da nacional.

O comércio de tecnologia tem que ser controlado. Compras desnecessárias têm que ser evitadas; condições abusivas nos contratos de transferência de tecnologia eliminadas. A tecnologia tem que ser selecionada visando às peculiaridades regionais; na época da negociação, todos os elementos do contrato têm que ser analisados claramente para se certificar da viabilidade da compra e utilização da tecnologia importada.

Com a criação do INPI em 1970° controle de transferência de tecnologia no Brasil se consolidou. Este órgão governamental analisa e averba os instrumentos pelos quais a tecnologia é transferida - os contratos. Este processo de averbação não é simplesmente questão de burocracia, mas sim, instrumento de política tecnológica. A política de fortalecimento da empresa nacional conduz as negociações da compra de tecnologia. No tocante à legislação fiscal, está datada do início da década de 60 (fase de substituição de importação). Privilegia a contratação da tecnologia e não a implantação pelo empresário nacional de um programa de pesquisa e desenvolvimento. Esta política, aos poucos, está sendo modificada pela consciência dos governantes de que a

nacional precisa ser fortalecida e ser beneficiada por legislações fiscais, cambiais e seletivas de contratos.

O Brasil entra em nova fase referente ao comércio de tecnologia. Com a promulgação do Decreto nº 92.323 de 23/01/86 que aprova o regulamento da lei 5.671/85 do Deputado Hélio Duque, novas feições legais são concedidas ao comércio de tecnologia. A nacional passa cada vez mais a ser fortalecida e protegida, garantida por uma legislação coerente com os anseios nacionais de desenvolvimento tecnológico e econômico harmônicos.

REFERÊNCIAS

- ANAIS do II Seminário Nacional de Propriedade Industrial. Rio de Janeiro, ABPI, 1982.
- ANAIS DO IV Seminário Nacional de Propriedade Industrial. São Paulo, ABPI, 1984.
- ANDRADE JÚNIOR, Átila de Souza Leão. O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- ARAÚJO, Giselda Barroso Guedes. Reflexões sobre a política tecnológica no Brasil. *Revista de Administração de Empresas*. 17 (6): 103-123, nov./dez., 1977.
- ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. Transferência de tecnologia: para que serve um código internacional de conduta? *Pesquisa e planejamento econômico*. 7(1): 227-236, abril, 1977.
- _____. *Tecnologia, concorrência e mudança estrutural: a experiência brasileira recente*. Rio de Janeiro, Ipea/INPES, 1985.
- ARRUDA, Mauro Fernando Maria. “A capacitação da empresa nacional do desenvolvimento científico e tecnológico e a participação da empresa multinacional”. Palestra conferida na Escola Superior de Guerra, em 18/10/84.
- BAER, Werner. *A industrialização e o desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro. Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1985.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. A nova ordem econômica internacional. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. 44 (55): 91-113, jul./set. 1984.
- BARANSON, Jack. *Tecnologia e as Multinacionais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- BARBIERI, João Carlos. *Regulamentação de importação de tecnologia no Brasil*. Campo Grande, MS. Texto mimeografado, abril, 1985.
- BARBOSA. A. L. Figueira. *Propriedade e quase propriedade*. Brasília, CNPq, 1978.

_____. Atos internacionais relativos à propriedade industrial. *Revista de Direito Nuclear*. Dezembro de 1980.

_____. O conceito jurídico de "Know-how". Texto mimeografado.

_____. O comércio de tecnologia: algumas características e problemas básicos no enfoque brasileiro. Texto mimeografado.

BATISTA, Paulo Nogueira. *Mito e realidade na dívida externa*. Rio de Janeiro, Paz e Terra S.A., 1983.

BASTOS, Aurélio Wander. Direito, Ciência, Tecnologia. Conferência proferida no Seminário sobre Legislação e Política Tecnológica no Brasil, UFRJ/CNPq, 1983.

BENAKOUCHE, Rabah. *Inflação e crise na economia mundial*. Petropolis, Editora Vozes Ltda., 1981.

_____. *Acumulação mundial e dependência*. Petropolis, Editora Vozes Ltda. 1980.

_____. O que é capital internacional? São Paulo, Brasiliense, 1982.

BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. 4a edição. Petropolis, Editora Vozes Ltda., 1978.

BERTIN, Gilles y. As empresas Multinacionais. Rio de Janeiro, Zahar Editores S.A, 1978.

BIATO, Francisco Almeida. Et alli. A transferência de tecnologia. Brasília, IPEA/IPLAN, 1973.

_____. Política tecnológica e política industrial. *Revista de Administração de Empresas*, 14(3): 61-66, maio/jun., 1974.

BONELLI, Regis. Tecnologia e crescimento industrial: a experiência brasileira dos anos 60. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1976.

BRANCO, Catulo. *Energia elétrica e capital estrangeiro no Brasil*. São Paulo, Editora Alfa Ômega, 1975.

BRUM, Argemiro J. *O desenvolvimento econômico brasileiro*. 5 ed. Petropolis, Editora Vozes Ltda. 1985.

BRUM, Hélio de Almeida. Ciência e Tecnologia para o desenvolvimento. *Carta Mensal*. Ano 23 (270): 1-18, set./1977.

CAPRILES, Roberto Salas. A transferência de tecnologia e os industriais na América Latina. *Revista de Finanças Públicas*. Ano 38 (56): 64, março, 1979.

CARDOSO, Fernando Henrique. Autoritarismo e democratização. 3 ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra S.A, 1975

CARPENTE, Pascale. Transfert contractuel de technologies au Brésil et au Mexique. Thèse pour le doctorat de troisième cycle. Rouen, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, 1982.

CARVALHO, José Murilo de. A política científica e tecnológica no Brasil. *Revista de Finanças Públicas*. Ano 38: 9-49, março, 1979.

CARVALHO, Nuno Thomaz Pirez de. Introdução do segredo industrial no Direito Brasileiro. *Revista Jurídica Nemi*. 11(125): 1-18, abril, 1978.

CASTRO, Alberto Pereira de. A organização de uma infraestrutura tecnológica para o desenvolvimento industrial brasileiro. *Revista de Administração de Empresas*. 14 (3): 13-22, junho, 1974.

CASTRO, Ana Célia. As empresas estrangeiras no Brasil: 1860-1913. Rio de Janeiro, Zahar Editores S. A, 1979.

CHALOUT, Yves. *Estado, acumulação e colonialismo interno: contradições Nordeste/Sudeste 1960/1977*. Petropolis, Editora Vozes Ltda. 1978.

CHAVES, Antonio. Transferência de tecnologia. *Justitia*. 45 (120): 234-252, jan./mar., 1983.

CHAIARA, José Tadeu de. Capitais estrangeiros. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. Ano 16. n. 26: 67-85, 1977.

CIBOTTI, Ricardo; LUCANGELI, Jorge. *El fenómeno tecnológico interno*. Programa BID/CEPAL de Investigaciones en temas de ciencias e tecnologia. Monografía n. 29, Buenos Aires, agosto/1998.

COMPARATO, Fábio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. 21 (47): 41-53, jul./set., 1982.

CONTADOR, Cláudio R. *Tecnologia e rentabilidade na Agricultura Brasileira*. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1975.

COSTA, Carlos Jorge Sampaio. *A questão do código de conduta sobre as empresas transnacionais*. Dissertação de mestrado, PUC RJ, Departamento de Ciências Jurídicas, Rio de Janeiro, 1982.

COSTA, Cecília. "O investimento estrangeiro é o mesmo de há 10 anos". *Jornal do Brasil - Negócios e Finanças*. 1º Caderno, p. 30, domingo, 9/6/1985.

CRUZ FILHO, Murilo F; MACULAN, Anne Marie. *Propriedade industrial e transferência de tecnologia: alguns aspectos de legislação para a empresa nacional*. Brasília, CNPq, 1981.

CUTTINI, João Carlos. *Investimentos diretos no Brasil*. Dissertação de mestrado, Brasília, 1982. UNB.

DAGNINO, Renato P. A Universidade e a pesquisa científica e tecnológica. *Ciência e cultura*. 37(7): 133-154, julho, 1985.

DANIEL, Denis Allan. Propriedade industrial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano 17 (3): 101-109, 1978.

_____. A marca e a transferência de tecnologia. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, Ano 16 (28): 27-37, 1977.

DASE, Paul. As grandes empresas alemãs - podem elas contribuir para o desenvolvimento equilibrado do Brasil? *Cadernos Germano Brasileiros*. Ano 17. n. 6: 399-411, nov./dez., 1978.

DEMIN, Paul. *Le contrat de know-how*. Bryxellas, Établissements Émile Bruylant, 1968.

DEUTSCH, Karl. *Análise das relações internacionais*. 2 ed. Tradução de Maria Rosinda Ramos da Silva. Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1982.

DOELLINGER, Carlos Von. Política econômica e capital estrangeiro no Brasil. Rio de Janeiro, *Revista Brasileira de Mercado de Capitais*. 3 (8): 231-260, maio/ago, 1977.

_____. *A política brasileira de comércio exterior e seus efeitos: 1967/1973*. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1974.

_____. Desnacionalização. *Rumos do desenvolvimento*. 32-37. nov./dez., 1977.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. Direito industrial: Patentes. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1980.

DORNELLES, Francisco Nees. A dupla tributação internacional da renda. Rio de Janeiro. Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1979.

DROMI, José Roberto. Derecho y Tecnología. *Revista de Direito Público*. 14 (55-56): 151-165, jul./dez., 1980

DUVERGER, Maurice. Ciência política: teoria e método. 3 ed. Tradução de Heloísa Castro Lima. Rio de Janeiro, Zahar Editores S.A., 1981.

ERBER, Fábio Stefano. Importação de tecnologia e dependência tecnológica. *Rumos do desenvolvimento*. Ano 4, n. 20, nov./dez./ 1979.

_____. Desenvolvimento tecnológico e intervenção do Estado: um confronto entre a experiência brasileira e a dos países centrais. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, 14 (4): 1071, out/dez., 1980.

EVANS, Peter. *A tríplice aliança: as multinacionais, as estatais e o capital nacional no desenvolvimento dependente brasileiro*. 2 ed. Tradução de Waltensir Outra. Rio de Janeiro, Zahar Editores S.A., 1982.

FERRAZ, Lauro Pacheco de Toledo. **El** concepto de la tecnología en si como mercancía: notas críticas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. Ano 17. n. 32: 41-56, 1978.

FERREIRA, Pinto. *Capitais estrangeiros e dívida externa do Brasil*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1965.

FIGUEIREDO, Nuno Fidelino. *A transferência de tecnologia no desenvolvimento industrial do Brasil*. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1971.

_____. Condições e fatores determinantes para uma política nacional de desenvolvimento tecnológico. *Revista de Administração de Empresas*. 14 (3): 23-51, junho, 1974.

FONSECA, Herculano Borges. *Regime Jurídico do capital estrangeiro*. Rio de Janeiro, Editora Letras e Artes, 1963.

FRANCHESCHINI, José Inácio G. Os contratos de tecnologia como forma de abuso do poder econômico. *Revista Forense*. 273: 49-57.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos de transferência de tecnologia: intervenção estatal e título geral. *Revista de Direito*

Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro. 18 (33): 57-67, jan./mar., 1973.

FRÓES, Carlos Henrique de C. Transferência de tecnologia. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 74, p. 340-349, 1981.

_____. Contratos de tecnologia. *Revista Forense*, (253): 123-132, jan./fev./mar., 1976.

Fundação Casa Rui Barbosa. *Transferência de tecnologia: jurisprudência judicial e administrativa*. Coordenador Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro, 1981.

FURTADO, Celso. *A nova dependência. Dívida externa e monetarismo*. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1982.

_____. *Não: não é recessão e ao desemprego*. 4 ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1983.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto et alli. *A política científica e tecnológica*. Rio de Janeiro, Zahar Editores S. A, 1985.

GNOCCHI, Alexandre. *Contratos de know-how e royalties no Brasil*. São Paulo, Inventos, 1981.

_____. Patentes: multinacionais no Brasil. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975.

HATAB, Guilherme. O INPI e a importação de tecnologia. *Revista Usiminas*. 4(8): 51-56, out. 1973.

KUZNETZ, Simon. Teoria do crescimento econômico moderno: taxa, estrutura e difusão. Tradução de Denise Cabral Carlos de Oliveira. Rio de Janeiro, Zahar Editores S.A, 1974.

Legislação da Propriedade Industrial e do Comércio de Tecnologia. Seleção, compilação e notas por Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1982.

LIMA, Antonio Bruno Vazo Tecnologia e desenvolvimento econômico: algumas considerações. *Revista de Administração de Empresas*. Rio de Janeiro, 17 (5): 82-90, set./out., 1977.

LIMA, Fernando Garcia Santayana de. *Uma metodologia para preparar a negociação de uma transferência de tecnologia*. Dissertação de Mestrado, PUC/RJ. Departamento de Administração, abril 1983.

LOBATO, Elvira. Empresas estrangeiras: críticas e reivindicações. *Conjuntura Econômica*. 35 (5): 118-120, maio, 1981.

MAGALHÃES, Carlos Francisco de. Uma contribuição ao aperfeiçoamento da sistemática da repressão aos abusos do poder econômico no Direito brasileiro. *Revista de Direito Econômico*. 2 (4): 28-45, agosto, 1976.

MALAN, Pedro S. et alii Política econômica externa e industrialização no Brasil (1939/52). 2 ed. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1980.

MANTEGA, Guido. A economia política brasileira. 2 ed. Petropolis, Editora Vozes Ltda. 1984.

MARQUES, José Frederico. Abuso do poder econômico. *Revista Forense*. n. 215: 48-52, 1966.

MEDEIROS. Cêzar Manoel de. Participação do Estado na Economia - Alguns aspectos para reflexão. Fundação J. P., Belo Horizonte, 6 (6): 28-34, jun./1976.

MÊLEGA, Luiz. Contrato de prestação de Assistência Técnica. *Revista de Direito, Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. Ano 14, n. 19: 61-70, 1975.

MEYER, Arthur V. Transferência de tecnologia. *Conjuntura Econômica*. 36(10): 62-63, outubro, 1982.

_____. Transferência de tecnologia. Transferência de tecnologia. *Conjuntura Econômica*. 37(8): 61-63, agosto, 1983.

_____. Transferência de tecnologia. *Conjuntura Econômica*. 37 (3): 54-55, março, 1983.

_____. Transferência de tecnologia. *Conjuntura Econômica*. 35 (12): 126-127, dezembro, 1981.

_____. Transferência de tecnologia. *Conjuntura Econômica*. 36(12): 65-67, dezembro, 1982.

_____. Transferência de tecnologia. *Conjuntura Econômica*. 37(9): 65-67, setembro, 1983.

_____. Transferência de tecnologia. *Conjuntura Econômica*. 37(7): 58-60, julho, 1983.

MILIBAND, Ralph. *O estado na sociedade capitalista*. 2 ed. Tradução de Fanny Tabak. Rio de Janeiro, Zahar Editores S.A., 1982.

NELSON, Richard E. Et alii *Tecnologia e desenvolvimento eco-nômico*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1969.

PIGNATON, Álvaro A. G. *Capital Estrangeiro e Expansão industrial no Brasil*. Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1983.

PIRES, Eginardo et alii. *Dois estudos sobre tecnologia de alimentos*. Rio de Janeiro. IPEA/INPES, 1978.

PLASTINO, Carlos. *A internacionalização da produção no Brasil e seus efeitos*. Rio de Janeiro, PUC-IRE, 1984.

POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*. 1 ed. brasileira. Tradução de Francisco Silva. São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1977.

RAPPEL, Eduardo. *Política de Ciência e Tecnologia*. *Ciência e Cultura*, 37 (8): 1341-1342, agosto, 1985.

RATTI, Bruno. *Comércio internacional e câmbio*. 4 ed. São Paulo, Editora Referência Ltda. 1982.

RATTNER, Henrique. Aspectos da política tecnológica nos países da América Latina. *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, 21 (3): 15-27, jul./set., 1981.

_____. *Tecnologia e sociedade: uma proposta para os países subdesenvolvidos*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1980.

_____. Avaliação de tecnologia (Technology assessment) - Um instrumento auxiliar no processo decisório. *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, 19(4): 79-90, out./dez., 1979.

_____. Desenvolvimento e Emprego: a viabilidade de uma tecnologia intermediária. *Revista de Administração de Empresas*. Rio de Janeiro, 14 (3): 145-153, maio/ju., 1974.

REALE, Miguel. Abuso do poder econômico e garantias individuais. *Revista Forense*. n. 248: 13-16, 1974.

Relatório preparado pelo Departamento das Nações Unidas para assuntos econômicos e sociais. *O papel do sistema de patentes na transferência de tecnologia aos países em desenvolvimento*. Organizado por João Augusto Lustosa. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1979.

REZENDE, André Lara. et alii. *Dívida externa, recessão e ajuste estrutural: o Brasil diante da crise*. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1983.

RODRIGUEZ, Octávio. *Teoria do desenvolvimento da CEPAL*. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1981.

_____. A concepção do sistema centro periferia. Rio de Janeiro. Revista de Finanças Públicas. Ano 38, n. 325: 61-87, jul./ago./ set., 1978.

ROSSETI, José Paschoal; LOPES, João do Carmo. Moedas e Bancos: uma introdução. 3 ed. São Paulo, Editora Atlas S.A., 1983.

SAMPAIO, Plínio. *Capital estrangeiro e agricultura no Brasil*. Petropolis, Editora Vozes Ltda., c/ coedição da CEBRAP, 1980.

SANTOS, Theotônio dos. *Imperialismo e corporações multinacionais*. Tradução de Heloísa Archêro de Araújo. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1977.

SANVICENTE, Antonio L. Alguns aspectos dos pagamentos pela transferência à América Latina. Revista de Administração de Empresas, 15 (4): 52-68, jul./ago., 1975.

SILVA, Adroaldo Moma de. Tecnologia nacional: problemas e perspectivas. Revista de Administração de Empresas. 14 (3): 101-111, junho, 1974.

SILVA, Marco Eugênio da. *Inovação tecnológica no setor de máquinas ferramentas brasileiro: um estudo de caso*. Dissertação de mestrado, USP, Faculdade de Economia e Administração, Departamento de Economia, São Paulo, 1982.

SILVEIRA, Newton. Contratos de transferência de tecnologia. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. Ano 16, n. 26: 87-97, 1977.

_____. Limitações a direitos de propriedade Industrial, Produtos Farmacêuticos, licença compulsória e caducidade. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. Ano 17, n. 27: 73-87, 1978.

_____. Marcas e patentes no exterior. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. Ano 19, n. 37: 82-93, jan. mar., 1980.

_____. INPI, transferência de tecnologia - Leis n. 5.648/70 e 5. 772/71. Averbação do contrato no INPI - Jurisprudência. Comentário Newton Silveira. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. Ano 23. n. 54: 112-119, abr./ jun., 1984.

_____. Direito industrial e sua caracterização como ramo autônomo do Direito Privado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. Ano 23, n. 52: 59-64, jan./fev., 1984.

_____. Curso de propriedade industrial. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

SIRC, L. Introdução às Finanças Internacionais. Rio de Janeiro, zahar Editores S.A., 1978.

_____. Comércio Internacional: fluxos de bens e divisão da produção entre nações. Tradução de Maria José Chiar Monteiro. Rio de Janeiro, Zahar Editores S.A., 1975.

SOARES, Guido F. S. Antecedentes internacionais da regulamentação de transferências internacionais de tecnologia. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. Ano 24 (57): 19-20, jan./mar., 1985.

SÓDERSTEN, Bo. *Economia internacional*. Tradução de Aávio Wanderley Lara. Rio de Janeiro, Editora Interciência Ltda., 1979.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. "O regime jurídico da concentração de empresas". *Revista de Direito Civil*. 2 (6): 120-139, out. dez., 1978.

TAVARES, Maria da Conceição; DAVID, Maurício Dias (organizadores). *A economia política da crise: problemas e impasses da política econômica brasileira*. 4 ed. Rio de Janeiro, Co-edição Vozes e Achiamé, 1982.

TEIXEIRA, Álvaro Gomes. *Imposto suplementar e renda e a remessa de lucros para o exterior*. São Paulo. Informações Objetivas, 1983.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil. *Revista dos Tribunais*. Ano 63 (463): 25-40, maio, 1974.

_____. Tecnologia estrangeira no Brasil: regime jurídico-fiscal -a intervenção do Instituto Nacional da Propriedade Industrial. *RDM*. 13 (13): 55-62, 1974.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11 ed. Vol. 11. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1976

TORRES, Regina Gaspary. Regime jurídico de proteção ao software no Brasil. Dissertação de Mestrado, PUC/RJ. Departamento de Ciências Jurídicas, Rio de Janeiro, 1981.

VALLADÃO, Haroldo J. *Material de classe de Direito Internacional privado: direito intertemporal. Introdução e história*. 11. Ed. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1980.

_____. *Curso de Direito internacional*. 1 ed. Rio de Janeiro, Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1977.

VARGAS, Milton. Pesquisa tecnológica: seu papel na sociedade brasileira. *Ciência e cultura*. 37(6): 901-912, junho, 1985.

VICECONTI, Paulo Eduardo V. O processo de industrialização brasileira. *Revista de Administração de empresas*. 17 (6): 33-43, nov./dez., 1977.

XAVIER, Alberto et alii. Estudos jurídicos sobre investimento internacional. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Direito Tributário internacional do Brasil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

Legislação consultada

Ato Normativo n. 15 de 11/09/1975 que estabelece as normas e conceitos básicos para fins de averbação de contratos de transferência de tecnologia.

Comunicado FIRCE-BACEN n. 19 de 16/02/72 que estabelece a obrigatoriedade do Certificado de Averbação no INPI para efeito de remessas ao exterior referentes a atos e contratos que envolvam marcas, patentes e tecnologia não protegida.

Decreto n° 55.762 de 17/02/65 que regulamenta a lei n° 4.131/ 62, modificada pela Lei n° 4.390/64

Decreto n° 77.483 de 23/04/1976 que dispõe sobre a estrutura básica do INPI.

Decreto n° 30363 de 31/01/52 que revalidou os dispositivos do Decreto Lei n° 9.025/46.

Decreto n° 91.146 de 15/03/85 que criou o Ministério da Ciência e Tecnologia.

Decreto n° 91.582 de 29/09/85 que modificou o Decreto n° 91.146 de 15/03/85.

Decreto n° 92323 de 23/01/86 - aprova o regulamento da lei n° 4.137 de 10/09/62 que disciplina a repressão ao abuso do poder econômico.

Decreto-Lei n° 9.025 de 27/02/46 que institui a liberdade de compra e venda de cambiais pelos bancos autorizados e aboliu a prova de venda de câmbio.

Instrução n° 20 - aboliu temporariamente as restrições ao movimento de capitais e suas rendas instituído pelo Decreto-Lei n° 9.025 de 27/02/46.

Instrução n° 25 de 04/06/47 retomou o Decreto-Lei n° 9.025 de 27/02/46.

Instrução n° 70 estabeleceu junto com a lei n° 2.145 o sistema de taxas múltiplas de câmbio.

Instrução n° 113 de 17/02/55 que permitiu aos investidores externos a importação de bens de capital sem cobertura cambial.

Lei n° 1.807 de 07/01/53 que criou o mercado livre de câmbio.

Lei n° 2.145 de outubro de 1953 que estabeleceu o sistema de taxas múltiplas de câmbio, juntamente com a Instrução n° 70.

Lei n° 3.244 de agosto de 1957 - Lei das Tarifas Aduaneiras que disciplinou o sistema tarifário, modificando o do Decreto-lei n° 9.025/46.

Lei n° 3.470 de 28/11/58 que alterou a legislação do Imposto de Renda.

Lei n° 4.131 de 03/09/62 que disciplinou a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior (Estatuto do Capital Estrangeiro)

lei n° 4.390 de 29/08/64 introduziu alterações na lei n° 4.131/ 62.

lei nº 4.506/64 de 30/11/76 dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e proventos de qualquer natureza.

Lei nº 5. 648/70 de 11/12/70 que criou o INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

Lei nº 5.772 de 21/12/71 que criou o novo Código de Propriedade Industrial.

Lei nº 4.137 de 10/09/62 que disciplinou a repressão ao abuso do Poder Econômico.

Portaria nº 37 de 28/01/86 do Ministério da Justiça aprovando o novo regimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Portaria nº 436 do Ministério da Fazenda de 30/12/58 - estabelece coeficientes percentuais máximos para dedução de Royalties, pela exploração de marcas e patentes, de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, amortização, considerados os tipos de produção, segundo o grau de essencialidade.

Notas do capítulo I

- ¹ RATTNER, Henrique. *Tecnologia e sociedade; urna proposta para pafses subdesenvolvidos*. São Paulo, Brasiliense, 1980, p. 21.
- ² MANTEGA, Guido. *A Economia política Brasileira*. 2º Edição. Rio de Janeiro, Petrópolis, 1984, p. 47.
- ³ RATTNER, Henrique. *Op. cit.*, p. 23.
- ⁴ RATTNER, Henrique. *Op. cit.*, p. 24.
- ⁵ DEUTSCH, Karl. *Análise das relações internacionais*. 2º edição. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982, p.301
- ⁶ KUZNETS, Simon. *Teoria do crescimento econômico moderno: Taxa. Estrutura e Difusão*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1974, p. 205.
- ⁷ A Universidade tem seu papel marcante na mudança da ideologia dominante.
- ⁸ CARDOSO, Fernando Henrique. *Ciência, Tecnologia e Independência*, São Paulo, Livraria Duas Cidades, 1978, p. 78.
- ⁹ RATTNER, Henrique. *Op. cit.*, pp. 80-83.
- ¹⁰ CUTTINI. João Carros. *Investimentos diretos no Brasil*. Dissertação de Mestrado. UNB, Brasília, 1982. p. 20.
- ¹¹ BERTIN, Gilles Y. *As empresas multinacionais*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1978, p. 80.
- ¹² RATINER, Henrique. *Op. cit.*, p. 76.
- ¹³ CAPRILES, Roberto Salas. A transferência de tecnologia e os Industriais na América Latina. *Revista de Finanças Públicas*. Ano 38, março, 1979, p. 57.

- 14 AMARAL, Adriano Benyon do. Ciência e Tecnologia nas relações internacionais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n° 47, julho, 1978, p.223.
- 15 SILVA, Adroaldo Moura. Tecnologia Nacional: Problemas, e perspectivas. *Revista de Administração de Empresas*, 14(3), junho, 1974, p. 106.
- 16 EVANS, Peter A *Tríplice Aliança*: as multinacionais, as estatais e oca ital nacional no desenvolvimento dependente brasileiro. 2ª edição. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1982, p. 157.
- 17 RATTNER, Henrique. *Op. cit.*, p. 81
- 18 “O sobrefaturamento se caracteriza pela importação de máquinas e de insumos básicos pelas filiais das multinacionais diretamente da empresa do seu próprio grupo no exterior, por preços mais altos do que os existentes no mercado. Já o sub-faturamento ocorre quando a filial exporta para uma empresa de seu grupo a preços inferiores aos do mercado, o que provoca vazamento na receita com o comércio exterior”
MEDEIROS, César Manoel de. Participação do estado da economia: alguns aspectos para reflexão. Fundação J.P. Belo Horizonte, 6 (6), jun.,1976, p.33.
- 19 Decreto-Lei n° 262.740, artigo 60.
- 20 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Stlsbsidiárias, filiais e representantes de sociedades estrangeiras. *Estudos jurídicos sobre investimento internacional*. Colaboração Alberto Xavier São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 141.
- 21 BARBOSA, A. L. Figueira. *Propriedade e quase propriedade no comércio de tecnologia*. Brasília, CNPq, 1979, p. 9
- 22 LIMA, Antonio Bruno Vazo Tecnologia e desenvolvimento econômico: algumas considerações. *Revista de Administração de Empresas*, 17 (5), set./ out. 1977, pp. 87-88
- 23 RATTNER, Henrique. Avaliação de tecnologia (Techonology Assessment) um instrumento auxiliar no processo decisório. *Revista de Administração de Empresas*. 19 (4), out./dez. 1979, p. 89.
- 24 BAPTISTA, Luiz Olavo. A nova ordem econômica internacional: uma reflexão sobre suas origens e reflexos na ordem jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. 23 (55), julho/setembro 1984, p. 91.
- 25 NOEI seria uma resposta a um contínuo desequilíbrio entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento no tocante à questão de transferência de tecnologia e disciplinação das multinacionais, reduzir os fatores de troca.
- 26 BATISTA, Luiz alava. *Op. eit.*, p. 93
- 27 BATISTA, Luiz Olavo. *Op. cit.*, p. 11.3
- 28 BARBOSA. Denis Borges. *O comércio de tecnologia*: algumas características e problemas básicos no enfoque brasileiro. 1985. Texto mimeografada, pp, 2-5.
- 29 MEDEIROS. César Manoel de, *Op. cit.*, p. 29
- 30 EVANS, Peter. *Op. cit.*, p. 188

Nota do capítulo II

- 1 FURTADO, Celso. *Não: à recessão e ao desemprego*. 4º edição. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1983, p. 85.
- 2 ERBER, Fábio Stefano. Desenvolvimento tecnológico e intervenção do Estado: um confronto entre a experiência brasileira e a dos capitalistas centrais. *Revista de Administração Pública*, 14(4), Out./dez., 1980, p. 52
- 3 BIATO, Francisco Almeida. et alii. *A transferência de tecnologia*. IPEA/IPLAN, 1973, p. 190.
- 4 ARRUDA, Mauro Fernando Maria. “Palestra conferida na Federação das Indústrias de Minas Gerais”. Outubro de 1985, texto mimeografado, p. 6.
- 5 ERBER, Fábio Stefano. *Op. cit.*, p. 52.
- 6 RATTNER, Henrique. *Tecnologia e Sociedade*, p. 126.
- 7 EVANS, Peter. *Op. cit.*, p. 85
- 8 RATTNER, Henrique. *Tecnologia e Sociedade*, p 97.
- 9 ERBER, Fábio Stefano. *Op. Cit.*, p. 47.
- 10 “Força motriz do crescimento reside no progresso técnico, que o conhecimento científico torna-se urna fonte primordial do processo de modernização da estrutura produtiva; que os sinais de mercado não seriam suficientes para alocar às atividades de ciência e tecnologia os montantes de recursos socialmente desejados” GUIMARÃES, Eduardo Augusto et alii. *A Política Científica e Tecnológica*. Brasil os anos de autoritarismo, Jorge Zahar Editô 1985, p. 7.
- 11 GUIMARÃES, Eduardo Augusto et alii. *Op. Cit.*. pp. 48-50.
- 12 BIATO, Francisco Almeida et alii. *Op. cit.*, p. 192.
- 13 OROMI, José Roberto. Derecho y Tecnología. *Revista de Direito Público*, 14 (55-56), jul./dez., 1980, p. 158.
- 14 SO DERSTEN, Bo. *Economia internacional*. Rio de Janeiro, Editora Interciência, 1979, p. 393.
- 15 _____. *Op. cit.* p. 395.
- 16 DROMI, José Roberto. *Op. cit.* p. 158.
- 17 Um código de conduta não é um tratado, mas uma entidade nova em Direito Internacional Público, um Ato Internacional em que os países signatários participam como Estados, mas no qual não há força vinculante no sentido jurídico, apenas um compromisso moral. BARBOSA, Denis Borges. Atos Internacionais relativos à propriedade industrial. *Revista de Direito Nuclear*. Dezembro de 1982, p. 47.
- 18 ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares de. Transferência de tecnologia: para que serve um código internacional de conduta? *Pesquisa e planejamento econômico*. 7 (I), abril/1977, p. 226.
- 19 Informações sobre tecnologia, ano 11, nº 4. 3º trimestre 85, *Ministério da Indústria e Comércio*. Secretaria de Tecnologia Industrial e Instituto Nacional de Propriedade Industrial.
- 20 As etapas a serem descritas, são as explicitadas por Pierre Gonod, citado por ARAÚJO, Giselda Barroso Guedes de. Reflexões sobre a política tecnológica no Brasil. *Revista de Administração de Empresas*. 17 (6), nov./dez., 1977, p. 105.

- 21 RATTNER, Henrique. Desenvolvimento e emprego: a viabilidade de uma tecnologia intermediária. *Revista de Administração de Empresas*. 14(3), maio/junho, 1974, p. 150.
- 22 BIATO, Francisco Almeida. *et alli*. *Op. cit.*, p. 192
- 23 RATTNER, Henrique. *Op. cit.*, p. 151.
- 24 RAPPEL, Eduardo. Política de Ciência e Tecnologia. *ciência e Cultura*, 37 (8), 1985, p. 1341.
- 25 GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *et. ali* A política científica e tecnológica. *Brasil os anos de autoritarismo*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editores. 1985. p 89.
- 26 GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *et alli*. *Op. cit.*, p. 41
- 27 MANTEGA, Guido. *Op. cit.*, pp. 56-62.
- 28 Fica aqui registrado que o Brasil nunca fechou as suas portas ao capital estrangeiro, só que, nesta fase iniciou-se o período de maior penetração e ascensão dos investimentos diretos estrangeiros no Brasil.
- 29 CARVALHO, José Murilo de. A política científica e tecnológica no Brasil. *Revista de Finanças Públicas*. Ano 38, março, 1979, p. 32
- 30 “Esta característica de ajustamento de tecnologia aos fatores de produção, criando um mercado de massas para arantir um crescimento auto-sustentado era que fazia-o diferente dos outros planos cuja ênfase se dava ao fortalecimento da empresa nacional” segundo Fábio Erbe. *op, cit.*, p. 53.
- 31 *Op. cit.*, p. 53
- 32 GUIMARAES, Eduardo Augusto. *et alli*. *Op. cit.*, p. 46.
- 33 GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *et alli*. *Op. cit.*, p. 49.
- 34 II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975/1 979). Rio de Janeiro. FIBGE, p 135.
- 35 ERBER, Fábio. *Op. cit.*, p. 53
- 36 GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *et alii*. *Op. cit.*, p. 58
- 37 MARTINS, Yves Sandra da Silva. Transferência de tecnologia. *Estudos jurídicos sobre investimento internacional*. Coord. Alberto Xavier. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 106.
- 38 GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *et. alli*. *Op. cit.*, p. 83.
- 39 Brasil. III Plano Nacional de Desenvolvimento. 1980/85
- 40 Decreto Federal nº 91.146, de 15/03/1985.
- 41 Decreto Federal nº 91.582, de 29/09/1985.
- 42 RATTBER, Henrique. Tecnologia e Sociedade. p. 118
- 43 FIGUEIREDO, Nuno Fidelino. Condições e fatores determinantes para uma política nacional de desenvolvimento tecnológico. *Revista de Administração de Empresas*. 14 (3), jun/1984, p. 32
- 44 DAGNINO, Renato P. A universidade e a pesquisa científica e tecnológica. *Ciência e Cultura*. 37 (7), julho/I 1985, p. 140.
- 45 DAGNINO, Renato P. *Op. cit.*, p. 145.
- 46 DAGNINO, Renato P. *Op. cit.* p.145
- 47 Dir-se-ia que “o poder é legítimo quando seus detentores forem capazes de imobilizar em função de seus ideais e propostas, outros grupos e camadas sociais”. RATTNER, Henrique. Aspectos da política tecnológica nos países da América Latina. *Revista de Administração de Empresas*. 21 (3), jul 1981, p. 17.

- ⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 21 (47). julho/setembro, 1982, p. 52

Notas do Capítulo III

- 1 LAGO, Luís A Correia, et. alii. *A indústria brasileira de bens de capital: origens, situação recente, perspectivas*. Rio de Janeiro. Instituto Brasileiro de Economia. Editora da FVG, 1873, p. 7
- 2 *Op. cit.* p. 10
- ³ LAGO, Luís A. Correia. et. alii. *Op. cit.*, p. 10
- ⁴ CASTRO, Ana Célia. *As empresas estrangeiras no Brasil: 1860-1913*. Rio de Janeiro, Zahar Editores. pp. 11-12.
- ⁵ CASTRO, Ana Célia. *Op. cit.* , p.13.
- ⁶ BAER, Werner A *industrialização e o desenvolvimento econômico do Brasil*. Rio de Janeiro, Editora da Fundação Getúlio Vargas, 6. ed., 1985, p. 338.
- ⁷ CASTRO, Ana Célia. *Op. Cit.*, p 23.
- ⁸ CASTRO, Ana Célia. *Op. Cit.* , p. 69
- ⁹ LAGO, Luiz A. Corrêa et alii. *Op. cit.*, p. 20.
- ¹⁰ _____. *Op. cit.*, pp. 88-89.
- ¹¹ DOELLINGER. Carlos Von. *Política, política econômica e capital estrangeiro no Brasil*. As décadas do 30, 40 e 50. Rio de Janeiro. Revista Brasileira de Mercado de Capitais, 3 (8): 231-260, maio/agosto, 1977, p. 233.
- ¹² BRUM, Argemiro J. *O desenvolvimento econômico brasileiro*. 5d ed. Petropólis, Editora Vozes, 1985. p. 51.
- ¹³ *Op. cit.* p. 50
- ¹⁴ DOELLINGER, Carlos VonO *Op. cit.*, pp. 235-236
- ¹⁵ BEAR, Werner *Op. cit.*, p.25
- ¹⁶ _____. *Op. cit.*, p.27.
- ¹⁷ MALAN, Pedra S. et alii. *Política econômica externa e industrialização no Brasil (1939/52)*. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 2º. edição, 1980, p. 394.
- ¹⁸ MALAN, Pedro S. et alii - *Op. Cit.*, p. 395.
- ¹⁹ PIGNATON, Álvaro A. G. *Capital Estrangeiro e extensão Industrial no Brasil*. UNS, setembro, 1973, p.10.
- ²⁰ MALAN Pedro s. et alii. *Op. cit.* p. 395.
- ²¹ PIGNATON, Álvaro A. G. *Op. cit.*, p. 14
- ²² BAER, Werner. *Op. cit.*, p. 44.
- ²³ MALAN, Pedra S. et alii. *Op. cit.*, p. 465.
- ²⁴ DOELLINGER, Carlas Vano *Op. cit.*, p. 225
- ²⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Tributação da Propriedade Industrial e do comércio de tecnologia*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, p.3
- ²⁶ DOELLINGER, Carlos Von. *Op. cit.*, p. 257
- ²⁷ EVANS, Peter. *Op. cit.*, p.95.
- ²⁸ PIGNATON, Álvaro A. G. *Op. cit.*, p. 20

- ²⁹ PLASTINO, Carlos. *A internacionalização da produção no Brasil e seus efeitos*. PUC-IRE, Rio, 1984, p. 17
- ³⁰ BRUM, Argemiro. *Op. cit.*, p. 73.
- ³¹ § 1º do art. 74 da lei n.3.470/58..
- ³² BARBOSA, Denis Borges. *Tributação da propriedade industrial e do comércio de tecnologia*. p.4
- ³³ Idem, 6
- ³⁴ CHIARA, José Tadeu de. Capitais Estrangeiros. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico*. Ano 26, Nova Série, 1977, p. 77.
- ³⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Tributação da Propriedade Industrial e do Comércio de Tecnologia*. p. 7.
- ³⁶ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Regime Jurídico dos capitais estrangeiros no Brasil. *Revista dos Tribunais*. Ano 63 (463), maio, 1974, p. 26.
- ³⁷ PIGNATON, Álvaro. *Op. cit.*, p.73.
- ³⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Tributação da Propriedade Industrial e do Comércio de tecnologia*. p. 7.
- ³⁹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Op. cit.*, p. 26.
- ⁴⁰ BIATO, Francisco Almeida. *A transferência de tecnologia no Brasil*. IPEA, p. 219.
- ⁴¹ BIATO, Francisco Almeida. *Op. cit.*, pp. 218-219
- ⁴² CHIARA, José Tavares de. *Op. cit.*, p. 76.
- ⁴³ Art. 12, § 3º da lei nº 4.131/62 modificada pela lei nº 4.390/64
- ⁴⁴ TEIXEIRA, Egberto Lacerda Teixeira. *Tecnologia estrangeira no Brasil: Regime Jurídico Fiscal - A intervenção do Instituto Nacional da Propriedade Industrial*. p.54
- ⁴⁵ ARRUDA, Mauro Fernando Maria. *A função econômica da propriedade industrial*. Palestra proferida na ADESG, nos dias 23 e 24/05/1985 em Belém e Natal. Texto mimeografado, pp. 13-14.
- ⁴⁶ DOELLINGER, Carlos Von. *Empresas Multinacionais no Brasil*. p. 139.
- ⁴⁷ FRANCHERCHINI, José Inácio G. Os contratos de tecnologia como forma de abuso do poder econômico. *Revista Forense*, vol. 273, p. 50.
- ⁴⁸ REALE, Miguel. Abuso do poder econômico e garantias individuais, *Revista Forense*. nº 248, 1974, p. 13.
- ⁴⁹ BARBOSA, Denis Borges. *Tributação da Propriedade Industrial e do Comércio de Tecnologia*, p. 6.
- ⁵⁰ TEIXEIRA Egberto Lacerda. *Tecnologia estrangeira no Brasil: Regime jurídico-fiscal - a intenção do Instituto Nacional da Propriedade Industrial*, p. 58.
- ⁵¹ MÉLEGA, Luís. Contrato de Prestação de Assistência Técnica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*. 19(14), 1975, p. 63.
- ⁵² BARBOSA, Denis Borges. *Tributação da propriedade industrial e do Comércio de Tecnologia*. p. 27.
- ⁵³ MÉLEGA, Luís. *Op. cit.*, pp. 68-69.
- ⁵⁴ BRUM, Argemiro. *Op. cit.*, pp. 194-195.
- ⁵⁵ TENÓRIO, Oscar *Direito Internacional Privado*. 11. edição. Vol. 11. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976, pp. 315-316.
- ⁵⁶ CABRAL, Ubirajara Quaranta. *Entrevista concedida à Revista Planejamento e Desenvolvimento*, 5(50), julho, 1977, p. 12.

- ⁵⁷ CASTRO, Alberto Pereira de. A organização de infra-estrutura tecnológica par ao desenvolvimento industrial brasileiro. *Revista de Administração de empresas*, 14(3), junho, p. 16.
- ⁵⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos de transferência de Tecnologia: intervenção e tutela legal. *Revista de Direito Mercantil*, 18(33), jan./ mar., 1979, p. 59
- ⁵⁹ SILVEIRA, Newton. Pronunciamento sobre o Acórdão do STF quanto a competência do INPI na averbação dos contratos. *Revista de Direito Mercantil*, 33(54), abri/junho, 1984 p. 118
- ⁶⁰ MÉLEGA, Luiz. Contrato de Prestação de Assistência técnica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, financeiro*, 14(19), 1975, p. 67.
- ⁶¹ _____. *Op. cit.*, p. 68.
- ⁶² HATAB, Guilherme. O INPI e a importação de tecnologia. *Revista Usiminas*. 4(8) out, 1973, p. 55.
- ⁶³ Ato Normativo n° 15, item 1.1.
- ⁶⁴ LAGO, Luiz A. Corrêa. et alli. *Op. Cit.*, p. 421
- ⁶⁵ ARRUDA, Mauro F. M. A recente orientação do INPI sobre transferência de tecnologia. Anais do IV Simpósio Nacional de Propriedade Industrial, São Paulo, ABPI, 1984, p. 223.
- ⁶⁶ HATAB, Guilherme. *Op. cit.* , p. 53.
- ⁶⁷ FRÓES, Carlos Henrique de O. Contrato de tecnologia. *Revista Forense*, n° 253, pp. 130-131.
- ⁶⁸ Acórdão do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Mercantil*. 33(54), abri/junho, 1984, pp. 114-115.
- ⁶⁹ SILVEIRA, Newton. *Op. cit.*, p.119.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO**

Helenara Braga Avancini

O Direito Autoral Numa Perspectiva Dos Direitos Fundamentais: *A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor*

Porto Alegre

2009

HELENARA BRAGA AVANCINI

**O DIREITO AUTORAL NUMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
*A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do
Consumidor***

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, área de concentração: Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Aronne

Co-orientador: Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão

Porto Alegre

2009

HELENARA BRAGA AVANCINI

**O DIREITO AUTORAL NUMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
*A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor***

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, área de concentração: Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado.

Aprovada em ____ de _____ de 2009.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Aronne – PUCRS

Prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo - Unilasalle

Prof^a. Dr^a. Ângela Kretschmann - UNISINOS

Prof. Dr. Adalberto Pasquallotto - PUCRS

Prof^a. Dr^a. Regina Linden Ruaro - PUCRS

CATALOGAÇÃO NA FONTE

PUCRS / BIBLIOTECA PUCRS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A946d Avancini, Helenara Braga

O Direito Autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais : a limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do consumidor / Helenara Braga Avancini. – Porto Alegre, 2009.
319 f.

Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, PUCRS.
Orientador: Prof. Dr. Ricardo Aronne.
Co-orientador: Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão.

1. Direitos Fundamentais. 2. Direito Autoral . 3. Função Social. 4. Direito da Concorrência. 5. Direito do Consumidor. I. Aronne, Ricardo. II. Ascensão, José de

Bibliotecária Responsável: Dênira Remedi – CRB 10/1779

Autorizo, para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese.

Assinatura:

Data:

In Memoriam a minha querida e amada avó Inodolgy que, infelizmente, me deu o real sentido da finitude da vida. Foi um privilégio ter convivido com ela. Saudades!

Ao meu amado irmão Hélio e a minha amada mãe Heloisa, cujas diferenças e semelhanças são tão imensas quanto o profundo sentimento de afeto que nos une. A estes a certeza de que sempre estaremos unidos, amando-nos, respeitando-nos e protegendo-nos.

Ao “Meu Zé”, que soube com sua infinita sapiência e ternura despertar a sua “Carolina”. A ele todo o meu amor e profunda admiração. Obrigada por toda a paciência e por ter estado ao meu lado durante esta criação intelectual.

AGRADECIMENTOS

A postura pessoal e profissional do advogado e Prof. Luiz Goulart Filho e do Prof. Des. Ladislau Fernando Röhne foram decisivas na minha formação pessoal e profissional. Foram os meus amigos mais especiais, estiveram juntos comigo nos momentos mais difíceis de minha vida onde somente um pai poderia estar, e acima de tudo me ensinaram que o Direito é apaixonante e que o exercício da advocacia se faz com elevada altivez, mas sempre acompanhada e dosada pela respectiva humildade e simpatia. A eles que partiram e me deixaram órfã paterna no verão de 2003, tendo que trilhar sozinha o caminho de minha vida, o meu mais sincero agradecimento por moldarem o meu caráter e postura profissional. Parafraseando um trecho do saudoso “Lalau” em seu discurso de posse no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tenho em mim “a confortadora certeza” de que, os atos praticados na esfera pessoal e profissional, se eventualmente foram errados estes foram praticados sempre com a intenção de acertar.

Apasionados pelo Direito Autoral o Prof. Dr. Pe. Bruno Jorge Hammes e o Poeta e então Coordenador de Direito Autoral do Ministério da Cultura, Otávio Afonso, cada um ao seu modo, foram meus constantes incentivadores e responsáveis pelo meu interesse profissional nesta área que visa proteger as criações que são capazes de elevar o espírito dos homens. Fui bolsista de iniciação científica do Pe. Bruno de 1989 a 1992 durante o curso de graduação onde se formou um grupo de pesquisa de Propriedade Intelectual que o auxiliou na pesquisa para a criação e implementação da disciplina obrigatória de Direito da Propriedade Intelectual na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, a primeira de outras Instituições de Ensino Superior gaúcha que se seguiram. Ele se foi no natal de 2004, mas, como agradecimento sigo com a missão de despertar nos alunos o interesse pelo Direito Autoral e de continuar lutando pela disseminação do Direito da Propriedade Intelectual no Rio Grande do Sul e no Brasil.

Otávio Afonso, querido amigo que me propiciou momentos memoráveis no plano pessoal e profissional e, que, em especial depositou total confiança em mim quando me honrou com a concessão de uma bolsa de estudos de pós-graduação para formação de

professores latino-americanos em Direito de Autor e Direitos Conexos, em Mérida, Venezuela, concedida pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual em 2001. Foi incansável no auxílio de informações acerca do Direito Autoral durante a elaboração de minha Dissertação e, que durante parte do Doutorado, além da amizade e auxílio, me elevou a honrosa categoria de “autoralista” que somente um espírito magnânimo como o dele o poderia fazer ao me inserir no início dos debates do Direito Autoral no Brasil. Saiu do cenário da vida muito cedo, mas lutou brava e dignamente pela vida, assim como o fez pelo Direito Autoral no Brasil. Era um homem simples e não gostava de falsas homenagens e muito menos as póstumas, mas espero de coração que o meu querido amigo não se aborreça, e que espero não tê-lo desapontado, mas sim o honrado.

A profunda admiração que sinto pelo meu querido orientador Prof. Dr. Ricardo Aronne é crescente e proporcional ao grau de generosidade e genialidade que ele possui. Todo e qualquer agradecimento é pouco por ter tido o privilégio de tê-lo como meu mentor e hoje mais que orientador e colega posso dizer que tenho a satisfação de o ter como um verdadeiro amigo. Muito obrigada por me ajudar a encontrar alternativas de solução dos problemas enfrentados neste trabalho que constitui uma temática tão complexa e caótica!

Ao Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão que me auxiliou na escolha da problemática desta Tese, e que com inconfundível desprendimento de tempo e humildade me acolheu na Faculdade de Direito de Lisboa durante o meu estágio de doutoramento em 2008. As aulas, as nossas conversas e correspondências trocadas foram fundamentais para a elaboração deste trabalho, muito obrigada por tudo.

Ao Prof. Dr. Fernando Araújo, da Faculdade de Direito de Lisboa, que me permitiu assistir às aulas e participar dos debates que ministrou no curso de Mestrado em 2008, onde me foi possível compreender o problema do excesso da titularidade no Direito da Propriedade Intelectual e a sua relação com os fatores econômicos.

Os meus sinceros agradecimentos ao Procurador de Justiça e Prof. Dr. Lênio Luiz Streck que esteve presente na minha formação durante o curso de Mestrado e Doutorado, demonstrando que a capacidade intelectual obriga-nos a atos generosos no dia-a-dia e no exercício do Direito.

A secretária Vera Regina Loebens, secretária do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos os meus agradecimentos pelo carinho e apoio em momentos para o cumprimento dos requisitos formais para obtenção da bolsa de estágio doutoral da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

Ao Prof. Dr. Jorge Luis Nicolas Audy, Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, que tive o prazer de trabalhar juntamente quando era Diretor da Agência de Gestão Tecnológica 2002 e, apostou no meu conhecimento para, junto dele e do querido colega e amigo Renato Ritter Júnior, elaborar os projetos de fomento que propiciaram a criação do núcleo de Propriedade Intelectual e, posteriormente, o atual Escritório de Transferência de Tecnologia. Assim como não o desapontei à época, espero não desapontá-lo com a presente Tese. Mais que um agradecimento, uma renovação do compromisso de sempre estar disposta a auxiliar a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como professora e, quando necessário, dentro das áreas de meu conhecimento.

Ao Prof. Vilmar Fontes, Procurador Jurídico da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, que me resgatou na Faculdade de Engenharia e me trouxe para a Faculdade de Direito dando, como Coordenador do Departamento de Prática Jurídica à época, todo o apoio para a realização de eventos na área do Direito da Propriedade Intelectual. Sua lealdade é ímpar. Muito obrigada pela confiança, estímulo e amizade.

Aos colegas da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, que, cada um ao seu modo, me propiciaram as condições necessárias para a elaboração deste trabalho, motivo pelo qual cito-os sem a preocupação de estabelecer uma ordem hierárquica: Prof. Dr. Adalberto Pasqualotto, Prof. Me. Álvaro Vinícius Paranhos Severo, Prof^a. Me. Ana Maria Ortiz Machado, Prof. Dr. Araken de Assis, Prof. Me. Átila Sá D'Oliveira, Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro, Prof^a. Dr^a Clarice Söngghen, Prof^a. Dr^a Denise Pires Fincato, Prof. Dr. Elias Grossman, Prof. Me. Elton Somensi de Oliveira, Prof. Eugênio Facchini Neto, Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon, Prof. Dr. Flávio Cruz Prates, Prof. Ingo Wolfgang Sarlet, Prof. Me. Isolde Favaretto, Prof. Me. Jarbas de Melo e Lima, Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner, Prof^a. Me. Livia Haygert Pithan, Prof. Dr. Luciano Benetti Timm, Prof. Dr. Juarez Freitas, Prof. Me. Orci Paulino Bretanha Teixeira, Prof.

Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza, Prof. Me. Plínio Saraiva Megaré, Prof. Me. Ricardo Lupion Garcia, Prof. Me. Roque Bregalda, Prof. Dr. Thadeu Weber.

Um agradecimento especial aos eficientes e prestativos funcionários da Faculdade de Graduação e Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em especial a Caren Andrea Klinger, Cristiane da Rosa Rodrigues, Marcelo Marin, Monia Grasiela Nodari, Patrícia Souza de Oliveira, Raquel da Silva Pereira e Victor de Mello Rodrigues.

Ao Prof. Dr. Dario Francisco Guimarães de Azevedo Coordenador de Assessoria para Assuntos Internacionais e Interinstitucionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e a advogada Dione Vasconcellos da Secretaria de Ciência e Tecnologia do Estado do Rio Grande do Sul, que me brindaram com o privilégio de auxiliá-los na elaboração e redação do projeto de Lei inovação para o nosso estado, que foi aprovado por unanimidade pela Câmara dos Deputados no dia 17 de junho de 2009 e sancionada pela governadora Yeda Crusius em 13 de julho de 2009, entrando em vigor no dia 14 de julho de 2009, sob o nº 13.196/09.

Aos queridos colegas e amigos Renato José Ritter Júnior, procurador jurídico da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Milton Lucídio Leão Barcellos, advogado e parceiro no Direito da Propriedade Intelectual pelo constante estímulo e apoio.

Prof. Me. Allan Rocha, Prof. Dr. Bruno Lewicky, Profª Drª Carla Caldas, Prof. Dr. Denis Borges Barbosa, Prof. Guilherme Carboni, Prof. Dr. Manoel Joaquim Pereira dos Santos, Prof. Dr. Marcos Wachowicz e Prof. Dr. Newton Silveira o meu muito obrigada pelo privilégio do convívio e da troca de conhecimento nesta área apaixonante do direito.

Aos colegas da Comissão Especial de Propriedade Intelectual do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio Grande do Sul, da qual sou membro.

Aos autoralistas gaúchos e colegas de academia pela troca de experiências.

Aos meus alunos de graduação da disciplina de Propriedade Intelectual e sociedade

da informação, aos alunos da especialização em Direito da Propriedade Intelectual e aos integrantes do grupo de pesquisa sobre Propriedade Intelectual da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, que sempre me proporcionam momentos memoráveis acompanhados de muitos questionamentos e ricos debates sobre o Direito Autoral .

A toda a equipe da Coordenação-Geral de Direito Autoral do Ministério da Cultura em particular o seu Coordenador Marcos Souza Alves e Vice-Coordenador José Vaz, pelo exemplar trabalho realizado e pela capacidade de resistência a tantos desafios e dificuldades encontradas na defesa do Direito Autoral . O merecido reconhecimento deste trabalho foi constatado pela passagem da Coordenação para Diretoria de Direitos Intelectuais, através do Decreto nº 6.835, de 30 de abril de 2009. Muito obrigada pela confiança depositada. Gostaria de deixar aqui expresso que sempre poderão contar com todo o meu incondicional apoio.

A Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul pela bolsa concedida para realização deste doutorado e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior pela bolsa de estágio doutoral concedida, o meu sincero agradecimento.

“Aquilo que nos parece atualmente inerente à natureza do direito, e, que é em grande parte concepção inata da humanidade, não deve de modo algum sua realização prática só ao poder de convicção jurídica, à idéia da justiça. É, também, obra da atividade humana, posta em movimento, e nutrida às vezes por considerações da vida e da pressão das circunstâncias por motivos de oportunidade. Quando estes factos efetuaram o trabalho mais difícil, a idéia veio aproximar-se da obra e toma-la sob a sua proteção, como propriedade que lhe pertence”.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

As limitações do Direito Autoral constituem na atualidade uma das maiores preocupações dos estudiosos do Direito, tendo em vista que o advento da Sociedade da Informação propiciou uma situação paradoxal na relação entre os autores e/ou titulares de Direito Autoral e os usuários/consumidores. Os primeiros com a ânsia de exercerem ao máximo o Direito exclusivo de exploração patrimonial das obras e, os segundos, na busca do acesso ao conhecimento. A tendência é normatizar nas leis autorais uma redução dos limites em franco desfavor dos usuários das obras, mas ao lado desta tendência observa-se a limitação do Direito Autoral por outros direitos de mesma grandeza, como é o caso da cultura, da concorrência e do consumidor. A existência destas limitações extrínsecas parecem demonstrar que o Direito Autoral está atravessando um momento peculiar dentro de toda a sua existência jurídica, tendo como motor propulsor, desta época, o exercício do exclusivo pelos autores e, em especial, pelos titulares de Direito que buscam cada vez mais limitar os usuários o acesso livre às obras, chegando, por vezes, a tentar impedir o uso total e transformativo da obra. O Direito da Concorrência e do consumidor dentro deste contexto estão atuando como limitadores do Direito Autoral para coibir o excesso de titularidades.

Palavras-chave: Direito Autoral . Direitos Fundamentais. Função Social. Excesso de Titularidades. Direito da Concorrência. Direito do Consumidor.

ABSTRACT

Limitations of Copyright is currently a major concern for scholars of law, since the advent of the Information Society gave a paradoxical situation in the relationship between authors and / or copyright holders and users/consumers. The first with the desire to exercise the exclusive right to the maximum operating assets of the works and the latter in search of access to knowledge characterized this paradox of the information society in the Copyright, that brings to light the problem of excessive title. The trend is standardize copyright laws in reducing the limits on free detriment of users of works, but next to this trend there is a limitation of the copyright rights of others of the same magnitude as in the case of information, competition and consumer. These intrinsic and extrinsic limitations appear to demonstrate that the Copyright is experiencing a unique moment in all its legal existence, with the engine propelling this season only by the exercise of the authors and, in particular, by the holders of rights that seek increasingly limited users free access to works, even, sometimes, trying to prevent the full use of the work, preventing the use of processed. Competition law in this context is acting as a limiting factor of the Copyright bringing the discussion about the title and over-the changes that the Copyright is suffering in postmodernity.

Key-words: Copyright. Fundamental Rights. Social Funcion. Right holders Excess. Intellectual Property. Competition Law. Consumer Law.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPIC/TRIPS - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio/Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

CB – Convenção de Berna

CR – Convenção de Roma

Declaração Universal – Declaração Universal dos Direitos do Homem

Diretiva 2001/29/CE - Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

OMC/WCT – Organização Mundial do Comércio

OMPI/WIPO – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

PACTO – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

TODA/WCT - Tratado da OMPI sobre Direito de Autor/WIPO Copyright Treaty

TOIEF/WPPT - Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução e Fonogramas/WIPO Performances and Phonograms Treaty

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 PROPRIEDADE AUTORAL E ECONOMIA DE MERCADO	26
1.1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO DIREITO DA PROPRIEDADE	29
1.1.1 Teorias do Direito da propriedade e sua funcionalização	29
1.1.2 Direito ou Propriedade Autoral?	44
1.2 ECONOMIA DE MERCADO E PROPRIEDADE INTELECTUAL	64
1.2.1 Fundamentos Econômicos do Direito Autoral no Estado Social.....	65
1.2.2 A obra como produto: uma abordagem jurídico-econômica	78
2 DIREITO AUTORAL E OS COMPROMISSOS MODIFICADORES DO ESTADO SOCIAL.....	926
2.1 EMBASAMENTO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	94
2.1.1 Direito Autoral como Direito Fundamental.....	96
2.1.2 Princípios da ordem econômica e direitos fundamentais.....	113
2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	124
2.3 COEXISTÊNCIA E TENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	133
3 RIQUEZA AUTORAL E TUTELA PROPRIETÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO	150
3.1 CRIAÇÃO INTELECTUAL: OBJETO, AUTORIA E TITULARIDADE NO DIREITO AUTORAL	152
3.2 DIREITO AUTORAL : O EXCLUSIVO E O MONOPÓLIO.....	171
3.3 LIMITAÇÕES NO DIREITO AUTORAL	178
4 RELATIVIDADE AUTORAL E AS ATUAIS POSSIBILIDADES DE TUTELA PELA ORDEM ECONÔMICA.....	196
4.1 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA COMO LIMITADOR DO DIREITO AUTORAL	

.....	198
4.1.1 Semelhanças e diferenças entre o Direito Autoral e o da Concorrência.....	201
4.1.2 Direito da Concorrência numa visão autoralista: peculiaridades	216
4.2 O DIREITO DO CONSUMIDOR E AS SUAS INTERFACES COM O DIREITO AUTORAL E CONCORRENCIAL	243
4.2.1 A figura do consumidor para o Direito Autoral	246
4.2.2 Direito do Consumidor na visão autoralista.....	252
CONCLUSÕES.....	277
REFERÊNCIAS.....	289

INTRODUÇÃO

Não há Direito absoluto, pois até mesmo os consagrados direitos fundamentais estão sujeitos às antinomias jurídicas e, quando postas em análise, diante de um caso concreto, são relativizadas pelo princípio da proporcionalidade. Esta afirmação é compatível com os desafios do Direito contemporâneo no Brasil que está comprometido com a concepção social do Estado Democrático de Direito.

A esta relativização dá-se o nome de limitação do direito, sem que isto o torne inferior em relação ao outro Direito contraposto. Pode-se afirmar que o direito, para dirimir as situações jurídicas complexas, se vale da imposição de limites, a fim de concretizar os compromissos sociais, assumidos pela Constituição Federal brasileira, perante um bem jurídico em disputa.

A temática das limitações sempre é desafiadora para o intérprete/aplicador do Direito, assim como o é para o pesquisador, motivo pelo qual a escolha do tema da tese surgiu no decorrer da elaboração da dissertação que abordou “O paradoxo da Sociedade da Informação e os limites dos Direitos Autorais”¹.

A indagação se centrou no conflito entre os interesses privados dos autores e/ou titulares² de Direito Autoral e os interesses públicos dos usuários em acederem às obras no

¹ AVANCINI, Helenara Braga. **O paradoxo da Sociedade da Informação e os limites dos direitos autorais**. Dissertação de Direito defendida na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

² Utiliza-se a expressão “autores e/ou titulares de direito”, porque no Direito Autoral, via de regra, a titularidade originária de exploração econômica de uma obra pressupõe a autoria, porém a prerrogativa patrimonial pode ser objeto de licença e de cessão parcial ou total. A cessão da obra

ambiente digital, face aos últimos instrumentos normativos sobre a matéria, em que se pôde concluir que o referido conflito é ínsito desta relação. Os usuários querem ter livre acesso à informação e ao conhecimento e, para tanto, evocam o Direito à informação, à cultura e à educação, já o autor e/ou titular de Direito Autoral suscitam o Direito exclusivo de exploração econômica para não autorizar ou impedir o acesso às obras.

Este quadro retrata o paradoxo no Direito Autoral que é solucionado através da ponderação dos interesses envolvidos, mas esta situação vem sofrendo agravamentos dentro da ordem jurídica. Basta observar que os recentes instrumentos internacionais³, que buscaram conciliar esta situação paradoxal, na prática, ao invés de alcançarem o equilíbrio entre os interesses dos usuários e dos autores e/ou titulares de direitos autorais, acabaram por provocar o aniquilamento das limitações livres ou gratuitas.

Isto porque as exceções que não estão submetidas ao pagamento de uma remuneração eqüitativa, estão sujeitas ao acesso condicionado, mediante o emprego de dispositivos tecnológicos de proteção, o que restringe sobremaneira o interesse da coletividade em prol das indústrias dos direitos autorais. Sem olvidar que a interpretação restritiva e o aumento das hipóteses de exceções, nos citados instrumentos internacionais, contrariam todo o dinamismo exigido pela Sociedade da Informação.

A motivação para elaboração da presente tese nasceu desta desconfortável constatação: a existência, na atualidade, de uma notável campanha de redução dos limites intrínsecos⁴ do Direito Autoral por parte de seus titulares, o que prejudica e impede aos

pelo autor implica o surgimento da titularidade derivada, que poderá ser exercida por uma pessoa física ou jurídica totalmente desvinculada da figura do autor da obra. Assim, quando não ocorrer a cessão das prerrogativas patrimoniais da obra, é o próprio autor, na condição de titular originário, que vai exercer o Direito exclusivo de explorar a sua obra, mantendo suas prerrogativas morais. Situação diversa daquela em que o autor deixa de ser titular de Direito originário, embora mantenha as prerrogativas morais previstas na Lei Autoral, ao ceder as prerrogativas patrimoniais a terceiro que passa a ter exclusividade da exploração econômica da obra na qualidade de titular derivado.

³ Notadamente os seguintes: TODAWCT (Tratado da OMPI sobre Direito de Autor/WIPO Copyright Treaty), TOIEF/WPPT (Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução e Fonogramas/WIPO Performances and Phonograms Treaty) e a Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

⁴ É importante destacar que José de Oliveira Ascensão usa a terminologia limitações intrínsecas e extrínsecas ao Direito Autoral. As intrínsecas constituem limitações próprias da legislação autoral e as extrínsecas estão fundadas em razões de ordem pública, de segurança e defesa dos bons costumes, capazes de atingir o exercício dos direitos, de forma a excluí-los ou limitá-los. Estes são os motivos pelos quais as limitações extrínsecas não se encontram dentro do ordenamento

usuários e consumidores o exercício de princípios, universalmente aceitos, como o de livre acesso à informação e a cópia privada.

O que torna mais lamentável, no quadro apresentado, é a constatação de que o ato, praticado pelos titulares de direito, tem seu fundamento do exclusivo⁵, conferido pelo Direito Autoral. A esta conduta é que se pode chamar de “excesso de titularidade” no Direito Autoral, e corresponde a todo e qualquer ato praticado por uma pessoa física ou jurídica detentora de um Direito exclusivo de exploração de uma obra, com o fim de impedir ou não autorizar o uso desta por terceiros, obtendo, para si, uma vantagem econômica, direta ou indireta, em frontal prejuízo da ordem econômica e social.

A ameaça do desaparecimento destes limites em desfavor dos usuários fez nascer e fortalecer a presença dos limites extrínsecos de naturezas diversas, mas que vão assumir o papel fundamental de coibir os excessos, praticados pelos titulares de Direito Autoral. O exercício destes direitos é capaz de resgatar a funcionalização do próprio Direito Autoral que, dentro de um Estado Social, é sua razão de ser e existir.

Com base na motivação desta pesquisa, apresentada na seção anterior, não é difícil perceber a importância e a contribuição que a tese oferece à academia e à sociedade ao discorrer sobre “O Direito Autoral em uma perspectiva de Direitos Fundamentais: a limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor”.

O problema central da tese busca demonstrar que o excesso de titularidade no Direito Autoral pode ser restringido pelo exercício do Direito da Concorrência e do consumidor no Brasil em determinados casos e que, ao serem utilizados, atendem ao princípio da

autoral, mas, sim, em outros ramos do direito; notadamente, no Direito da informação, no Direito do Consumidor, no Direito da Concorrência e, ainda, no fundamento constitucional da função social do Direito Autoral (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 269-270).

⁵ Cabe reiterar, por oportuno, que o Direito Autoral, a exemplo dos demais direitos, também não é absoluto, mas apresenta a peculiaridade de apresentar duas facetas no seu exercício: uma, de ordem moral ou pessoal e outra, de ordem econômica ou patrimonial, as primeiras são irrenunciáveis e inalienáveis e as segundas podem ser objeto de licença e cessão. O exclusivo decorre das prerrogativas patrimoniais do Direito Autoral, e é sobre estas que recaem as limitações em favor da coletividade, restringindo o caráter do exercício “absoluto” da faculdade econômica, prevista no artigo 28 da Lei nº 9.610/98, que assim estabelece: “cabe ao autor o Direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. Assim, todos os direitos de uso econômico da obra são, via de regra, originariamente e exclusivamente do autor, entendendo a Lei Autoral que a obra constitui um bem móvel nos termos previstos no artigo 3º: “Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis”.

funcionalização da propriedade a que está submetido o Direito Autoral , trazendo como consequência direta e imediata a concretização máxima dos Direitos Fundamentais dos personagens envolvidos nesta relação autoral⁶.

A escassez desta abordagem no Direito brasileiro, por si só, representa uma contribuição importante para a seara jurídica, em especial, porque o próprio Direito Autoral está no meio de um processo de transformação, decorrente da inevitável mercantilização da criação intelectual. Daí a advertência feita por José de Oliveira Ascensão: “há que ter a consciência que nos encontramos no coração do próprio processo da metamorfose”⁷.

Ciente disto, para resolver o problema levantado nesta tese, é indispensável lembrar as palavras de Luiz Edson Fachin, no sentido de que “como se faz é tão relevante quanto o que se faz, daí porque, antes de resolver o problema, é preciso compreendê-lo”⁸. É dentro deste espírito que são necessárias a análise da propriedade e a sua funcionalização, nos termos examinados por Ricardo Aronne⁹, a fim de demonstrar que a natureza jurídica do Direito Autoral é proprietária.

Como propriedade que é, possui uma importância econômica crescente nas relações que estabelece na sociedade, desde que atenda ao princípio da funcionalização. É falacioso dizer que, para o Direito Autoral , o aspecto econômico nunca foi essencial, mas, sim, a figura daquele que faz a criação do espírito: o autor. Esta afirmação não procurou anular as prerrogativas morais do autor, ao contrário, o fenômeno da mercantilização das obras, com o (re)descobrimento do potencial econômico destas no ambiente digital, suscitou a urgência da discussão acerca da re-humanização do autor e dos interesses dos usuários.

O equacionamento dos interesses econômicos e sociais no Direito Autoral

⁶ Na relação autoral, tem-se como figura central o autor, os titulares de Direito e os próprios usuários das obras.

⁷ Neste sentido ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito intelectual em metamorfose. **Revista de Direito Autoral** , ano II, n. IV, p. 24, fev. 2006.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9.

⁹ Neste sentido, Aronne, leciona que “[...] que o princípio da função social da propriedade vem a densificar o princípio da igualdade, da cidadania e o da dignidade da pessoa humana. Pelo esclarecimento recíproco de tais normas, conformadoras do sistema jurídico, que se positivarão no caso concreto, tipicamente abarcado pelo sistema, os deveres que o proprietário terá em face de sua titularidade” (ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio – Reexame sistemático das noções nucleares de Direito reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199).

perpassam obrigatoriamente pelos direitos fundamentais, sendo analisados, no estudo, os aspectos constitucionais relativos ao Direito Autoral e à ordem econômica¹⁰, para extrair os alicerces que sustentam a resposta do problema, apresentado na tese.

Em consonância com a base constitucional, foi possível adentrar na relativização do Direito Autoral e estabelecer um diálogo entre os aspectos econômicos e sociais que envolvem a limitação a este direito. Verificaram-se questões pontuais, como, por exemplo, a tendência de estender a toda criação a proteção autoral e o risco gerado por esta concepção para os usuários e os próprios autores, que cedem, via de regra, os seus direitos exclusivos a titulares que, não obstante, acabam por exercê-los, impedindo o seu uso por terceiros interessados.

Arelado a isto, a informatização propiciou o surgimento de “obras” com caráter utilitário que praticamente se aproximam das criações intelectuais, protegidas pelo Direito do inventor, trazendo problemas no Direito Autoral. É justamente as criações utilitárias, como as bases de dados e os programas de computadores, que vêm provocando os maiores problemas na economia de mercado na atualidade, pois envolvem a recusa de licenciamento de uma obra por ato do titular de Direito Autoral. Também, a recusa de contratar constitui um grave problema em termos concorrenciais, pois afeta o mercado e os seus partícipes principais (agentes econômicos e consumidores).

Ao contrário dos Estados Unidos e dos países que fazem parte da Comunidade Européia, o Brasil não está acostumado e não se utiliza da Lei Antitruste, como meio de limitar os excessos, praticados pelos titulares de Direito Autoral, muito embora os reconheça e os utilize no Direito da Propriedade Industrial¹¹.

É evidente que o exclusivo dado ao titular de Direito Autoral restringe naturalmente o Direito da Concorrência, mas, quando em nome do exercício do exclusivo, se busca impedir o uso transformativo de uma obra ou o surgimento de um novo produto no mercado, a infração aos princípios da ordem econômica é evidente.

A concorrência no Direito Autoral, por envolver um problema de mercado, acaba

¹⁰ Especificamente a livre concorrência, o Direito do Consumidor e a sua função social.

¹¹ Tanto é verdade que a própria Lei nº 9.279/96, na seção III, artigos 68 a 74 prevêem os casos de licenciamento obrigatório em matéria de patentes.

por atingir a figura do consumidor que adquire produtos e serviços culturais no ambiente digital. Os excessos, praticados pelos titulares de Direito Autoral na relação de consumo, são notórios, citando-se, como exemplos, a imposição de contratos, contendo cláusulas abusivas, a inserção de medidas tecnológicas de proteção em obras e produtos capazes de fazerem reprografias, o que impede a cópia para uso privado e, o mais grave, tudo isto sem a devida e prévia informação ao consumidor.

A relevância do aspecto econômico do Direito Autoral e a atitude dos autores e/ou titulares de direito, em restringir os interesses de usuários de acederem à obra para a usufruírem, propiciou a consciência de que os problemas do Direito Autoral não são resolvidos apenas pela Lei Autoral.

A utilização do Direito da Concorrência e do próprio Direito do Consumidor, para coibir os excessos de titularidades no Direito Autoral, são instrumentos eficazes para impedir que abusos continuem a ser praticados. Os diversos casos, citados neste estudo, demonstram esta possibilidade e eficiência, pois, sendo a obra, tratada como um produto de alto valor no mercado, não há como fugir dos princípios da ordem econômica, previstos na Constituição Federal, para alcançar a funcionalização do Direito Autoral.

Esta visão conduz o leitor à funcionalização do Direito Autoral, através de meios que limitem o excesso de titularidades, praticados em “seu nome”¹², com o objetivo de concretizar os compromissos sociais, assumidos pelo Estado brasileiro. Para tanto, não se pode negar o papel da economia no Direito Autoral, bem como não se pode rechaçar o uso da concorrência e até do consumidor como limitadores destes excessos. Este enfrentamento concilia os interesses, presentes na relação autoral, promovendo a re-humanização do autor, a preservação dos interesses dos titulares de Direito e dos próprios usuários, o que constitui, em última análise, o objetivo perseguido pela ordem econômica e social brasileira.

Para elaborar o presente estudo, foi empregado, como método de abordagem, o

¹² A este respeito, José de Oliveira Ascensão indaga: “[...] o que já causa estranheza é que o investimento seja protegido através do Direito de Autor. Quer dizer que se tenha criado um ramo de Direito altamente protecionista, por invocação da dignidade da criação intelectual, para, afinal, esse ramo ser colocado ao serviço da protecção do investimento. É uma distorção, porque o Direito de Autor está apetrechado para finalidades muito diferentes” (ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito intelectual em metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, ano II, n. IV, p. 12, fev. 2006).

sistêmico, pois a análise do Direito Autoral , em uma perspectiva de direitos fundamentais, para limitar o excesso de titularidades, implica o estudo de outras áreas do Direito e da ciência, como é o caso da concorrência, do consumidor e da economia. Contudo, houve aporte de dedução, pois a organização do trabalho visa a provar um descompasso entre os aspectos econômico e moral no Direito Autoral . O fortalecimento dos titulares de direito, na relação autoral, vai ao encontro dos interesses do autor e dos usuários das obras, o que não se coaduna com os compromissos sociais, assumidos constitucionalmente pelo Estado brasileiro, nem com a legislação autoral.

Diante do fenômeno descrito, utilizou-se, como método de procedimento, a comparação, para estabelecer as diferenças e as aproximações das ciências e dos institutos envolvidos, a fim de ter subsídios para estabelecer as contribuições que o presente trabalho pôde dar à academia e sociedade civil. A utilização do método de interpretação sistemática foi essencial, para compreender o alcance da lei em tema tão árduo e de escassa bibliografia, motivo pelo qual a técnica de investigação teórica procurou amearhar o material bibliográfico pertinente à matéria.

Sob o ponto de vista acadêmico, o tema proposto é de extrema importância, porque a doutrina pátria não enfrenta a questão adequadamente, o que ensejou o desafio de pesquisar sobre o excesso de titularidade no Direito Autoral e a possibilidade de sua limitação pelo Direito da Concorrência e do consumidor. Além disso, o emprego destes atende ao princípio da funcionalização do Direito Autoral , consagrado como Direito fundamental na Constituição Federal. É esta a problemática central que se propõe a tese, para aclarar alguns aspectos desta relação, apontando as contribuições, a seguir, mencionadas.

As contribuições mais relevantes, desenvolvidas no âmbito desta tese são:

- ineditismo do tratamento da matéria no Direito brasileiro, tanto na doutrina como na jurisprudência.
- O excesso de titularidade deve ser fortemente combatido por meio das limitações intrínsecas e extrínsecas do Direito Autoral .
- O uso do Direito da Concorrência e do consumidor são alguns dos meios para

resolver e limitar o excesso de titularidade, cumprindo a funcionalidade do Direito Autoral brasileiro.

- A intervenção estatal e do judiciário é necessária, para a garantia dos compromissos que Estado Social Democrático de Direito brasileiro assumiu constitucionalmente e que, assim agindo, garante os interesses dos autores, dos usuários e dos titulares de Direito Autoral .

Esta tese foi estruturada em quatro capítulos, respectivamente intitulados: propriedade autoral e economia de mercado, Direito Autoral e os compromissos modificadores do Estado Social, riqueza autoral e tutela proprietária no Direito brasileiro e relatividade autoral e as atuais possibilidades de tutela pela ordem econômica.

No primeiro capítulo, busca-se definir a propriedade autoral e a economia de mercado em duas seções. A funcionalização do Direito da propriedade e as suas implicações no Direito Autoral são verificadas na primeira seção que analisa a fundamentação teórica do Direito da propriedade. A economia de mercado e a Propriedade Intelectual são analisadas na segunda seção, para apontar os fundamentos econômicos do Direito Autoral no Estado Social Democrático de Direito e o entendimento da criação autoral como um produto sob o ponto de vista jurídico-econômico.

Definidos os contornos patrimoniais e pessoais, tão característicos do Direito Autoral, o segundo capítulo se divide em três seções que analisam as questões constitucionais que envolvem o tema do Direito Autoral e os compromissos modificadores do Estado Social Democrático de Direito. Nesta, procura-se situar o leitor quanto ao embasamento constitucional do Direito Autoral e dos princípios da ordem econômica, em específico, os relativos ao Direito da Concorrência e do consumidor. Em separado, analisa-se a função social da propriedade, sob a ótica civil-constitucional, para, finalmente, examinar a coexistência e a tensão dos direitos fundamentais.

O terceiro capítulo se utiliza dos subsídios, trazidos nos anteriores, a fim de verificar, na atualidade, os problemas da riqueza autoral e a tutela proprietária no Direito brasileiro em três seções. A criação intelectual, analisando o objeto, a autoria e a titularidade no Direito Autoral é visto na primeira seção do capítulo, o monopólio e o exclusivo no Direito Autoral são estudados na seção seguinte. Já a terceira seção foca o problema das limitações no Direito Autoral.

O excesso de titularidade no Direito Autoral e a sua relação com o Direito da Concorrência são analisados no quarto capítulo, que aborda a relatividade autoral e as atuais possibilidades de tutela pela ordem econômica dentro de uma perspectiva de direitos fundamentais. Esta possibilidade é desenvolvida em duas seções: o Direito da Concorrência como limitador do Direito Autoral e o Direito do Consumidor e as suas interfaces, como o Direito Autoral e concorrencial.

Nas conclusões finais, são discutidas as contribuições da tese e se apresentam outros problemas relevantes a serem objeto de análise em trabalhos futuros de pesquisa.

1 PROPRIEDADE AUTORAL E ECONOMIA DE MERCADO

O espetáculo se apresenta como uma enorme positividade, indiscutível e inacessível. Não diz nada além de “o que aparece é bom, o que é bom aparece”. A atitude que por princípio ele exige é a da aceitação passiva que, de fato, ele já obteve por seu modo de aparecer sem réplica, por seu monopólio da aparência¹³.

Guy Debord

Tradicionalmente, os doutrinadores e os professores do “chamado” Direito da Propriedade Intelectual¹⁴ iniciam as suas lições com a divisão clássica da propriedade em material e imaterial, para explicar não só a característica principal das criações intelectuais (a imaterialidade), como também para as dissociar dos suportes em que possam vir a ser fixados. Lembram, ainda, que a criação intelectual deve ser considerada um Direito de Propriedade, com importância econômica e social e estando sujeita a limitações e restrições como acontece com a propriedade material ou ordinária.

Em que pese a importância econômica do Direito da Propriedade Intelectual e,

¹³ Oportuno esclarecer que, na abertura de cada capítulo da tese, utilizar-se-ão alguns dos pensamentos de Guy Debord, tendo em vista que o autor francês propõe reflexões acerca da mercantilização dos bens culturais, típica das economias de mercado liberais em detrimento do social. O exercício excessivo do Direito exclusivo dos titulares de Direito Autoral, em desfavor dos usuários das obras e dos próprios autores, pode ser identificado em diversas passagens da “sociedade do espetáculo”, justificando-se, assim, a sua utilização como um convite ao leitor para visualizar os problemas desenvolvidos no transcorrer do trabalho (DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo – comentários sobre a sociedade do espetáculo**. Tradução Estela dos Santos. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 16).

¹⁴ A utilização da expressão “propriedade”, como qualificadora do ramo de Direito que cuida das criações intelectuais, não é aceita de forma unânime, preferindo alguns autores o emprego de “direitos intelectuais” ao invés de “direitos de Propriedade Intelectual”. Como não se pretende adiantar as conclusões acerca do porquê do emprego desta terminologia, deve-se ressaltar que esta questão será abordada ao logo deste capítulo. Utilizam a expressão “Propriedade Intelectual” outros autores como: HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 17-18; SILVEIRA, Newton. **A Propriedade Intelectual e a nova lei de propriedade industrial – Lei n. 9.279/96, de 14-5-1996**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14; SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual – propriedade industrial, Direito de Autor, software, cultivares**. 3. ed. Barueri: Manole, 2005. ps. 13 e 80; DI BLASI, Gabriel et al. **A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 14-15; LUPPI, André Lipp Pinto Basto. **Proteção jurídica do software – eficácia e adequação**. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 29-33.

portanto, do próprio Direito Autoral, que é o seu sub-ramo¹⁵, a verdade é que um dos temas a que os doutrinadores não chegaram a um entendimento pacífico foi justamente quanto à natureza jurídica do Direito Autoral e, por consequência, da natureza jurídica do Direito da Propriedade Intelectual. Para tanto, é necessário fazer um rápido passeio pelas teorias do Direito da propriedade, que centram seu estudo nas peculiaridades do Direito real (ou das coisas) em contraposição ao Direito obrigacional (ou das pessoas), face ao frágil liame existente entre estes dois institutos jurídicos.

A necessidade de compreender a complexidade que envolve a natureza jurídica do Direito Autoral é fundamental, pois, com o advento da Sociedade da Informação¹⁶, a importância econômica do Direito Autoral (re)nasceu e, com ela, o poder de exploração exclusiva das obras pelos autores e/ou titulares de direito. Observa-se, na atualidade, uma tendência crescente do excesso do exercício da prerrogativa patrimonial pelos titulares de Direito que excluem os usuários e/ou consumidores de acederem às obras ou de reutilizá-las como um novo produto no mercado. Para tanto, evocam os direitos de “propriedade” que exercem sobre a obra, olvidando que a propriedade deve atender não só à função econômica, mas também à social, que é uma prerrogativa importante do Estado Social Democrático de Direito brasileiro.

É importante perceber o paradoxo do momento que incorpora dois platôs, ambos

¹⁵ A Propriedade Intelectual, classicamente, se subdivide em propriedade industrial e Direito Autoral. Por sua vez, no Direito industrial, são estudadas as marcas e as invenções e, no Direito Autoral, o Direito do autor, propriamente dito, os direitos que lhes são conexos e os programas de computadores. Dentro dos direitos conexos, estão disciplinados os artistas intérpretes e executantes, as empresas de radiodifusão e os produtores de fonograma. Além dos dois ramos citados, são incluídos, no estudo do Direito da Propriedade Intelectual, a concorrência, a transferência de tecnologia, as topografias de circuitos integrados, os conhecimentos tradicionais, cultivares e outros. No presente trabalho, utilizar-se-á a expressão Direito Autoral para abarcar a subdivisão acima referida.

¹⁶ Sobre os problemas do Direito Autoral na Sociedade da Informação, neste sentido, veja AVANCINI, Helenara Braga. **O paradoxo da Sociedade da Informação e os limites dos direitos autorais**. Dissertação de Direito defendida na Universidade do Vale do Rio dos Sinos em 2002; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. La "sociedad de la información" y su impacto en el sistema tradicional del derecho de autor y derechos conexos: los conceptos y definiciones del sistema del derecho de autor que se mantiene. In: **El derecho de autor y los derechos conexos y su gestión colectiva en la sociedad de la información** (Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina). Santa Cruz de la Sierra: OMPI/SGAE, octubre de 2001. (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001; ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito intelectual em metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, ano II, n. IV, p. 03-24, fev. 2006).

ricos de incerteza: esgotamento e possibilidade. É certo que, desde a modernidade líquida¹⁷, as soluções, ilimitadas de uma propriedade liberal, demonstravam o seu pleno desgaste que desaguou em duas guerras mundiais de fundamento claramente econômico.

A Sociedade da Informação, não obstante incorporar os dilemas não resolvidos do período passado, defronta-se com novos desafios a perseguir seus alicerces. No entanto, eventuais compromissos com soluções passadas estão mais presentes em discursos vinculados ao ontem do que nas respostas preocupadas com o amanhã.

Assim, verifica-se que a propriedade e a economia de mercado são indissociáveis¹⁸ e afetam diretamente os negócios de Direito Autoral, que comercializam bens de consumo imediato, e que são causadoras de uma falha no mercado, compensada através da concessão de um Direito exclusivo de exploração da obra. Mas este sistema, com o avanço exponencial do aspecto econômico da propriedade e, por assim dizer, do objeto do Direito Autoral na Sociedade da Informação, propiciou a implementação de limitações ao Direito Autoral que acabaram restringindo, ainda mais, os direitos dos usuários e/ou consumidores.

Não bastasse isto, as possibilidades de exploração econômica das obras, em caráter exclusivo pelos autores e/ou titulares de direito, está afetando a economia do mercado, que tem por princípio a livre concorrência. Daí falar-se na existência de limitações intrínsecas e extrínsecas ao Direito Autoral¹⁹, tal como ocorre com o Direito de Propriedade. Porém, no

¹⁷ Expressão utilizada pelo sociólogo polonês, Zygmunt Bauman, para definir o traço característico da pós-modernidade, em que os bens, os serviços e as relações são voláteis e intangíveis, sendo estas típicas da fluidez do ambiente líquido que, atingidas por forças tangenciais e deformantes, a transformam, o que não ocorre com o sólido. As principais fontes de riqueza no amanhã são as idéias e não mais os bens materiais, o que importa é conseguir atingir o usuário/consumidor, ele é a figura principal para que estas idéias sejam lucrativas, o que oportunizará uma relação de dependência entre este usuário/consumidor e o capital (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 132 a 137).

¹⁸ Basta lembrar, a título de exemplo, que é, em nome do equilíbrio da economia de mercado, que o Estado pode intervir na propriedade, impondo limitações legais ao seu exercício. A respeito do estudo dos aspectos da propriedade e da economia, veja a obra de RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito – uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, e, ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos Baldios e dos Anti-baldios – o problema económico do nível óptimo de apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁹ Sobre as limitações intrínsecas e extrínsecas do Direito Autoral veja ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito intelectual, exclusivo e liberdade**. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa: Ordem dos Advogados, dez. 2001; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito intelectual, exclusivo e liberdade**. **Revista da ABPI**, n. 63, p. 16-20, mar./abr. 2003; CARBONI, Guilherme. **Função social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 155.

curso do presente trabalho, verificar-se-ão se as restrições, impostas pela Lei Autoral, estão relacionadas ao próprio instituto ou por razões negociais.

Neste primeiro capítulo, analisar-se-ão as teorias do Direito da propriedade, passando pelas teorias da Propriedade Intelectual, para, após, ingressar nos aspectos econômicos da Propriedade Intelectual em relação às economias de mercado e os fundamentos destes, se chegar ao Direito Autoral .

1.1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO DIREITO DA PROPRIEDADE

Como o Direito de Propriedade é uma das principais teorias que buscam explicar a natureza jurídica do Direito da Propriedade Intelectual e, portanto, do Direito Autoral , esta secção analisa de uma forma breve as teorias do Direito de Propriedade, contextualizando-as com os ditames constitucionais. No final da secção vai-se concluir que a natureza jurídica do Direito Autoral é proprietária.

1.1.1 Teorias do Direito da propriedade e sua funcionalização

Nesta seção, analisar-se-ão as teorias realista, personalista, eclética e da autonomia²⁰, seguindo ensinamentos dos principais doutrinadores de língua portuguesa que trabalham com os direitos reais ou Direito das Coisas²¹. Feito o acordo semântico, passa-se, de imediato, a analisar as principais teorias do Direito real, a fim de verificar o alcance da tutela proprietária

²⁰ Em que pese a escolha da utilização terminológica destas teorias, José de Oliveiras Ascensão prefere dividi-las em relação ao objeto em que se enquadra, assim as classifica em poder directo, poder absoluto e mista. “na primeira, o Direito real consistiria num poder que recai directamente sobre uma coisa. Para a segunda, traduzir-se-ia, pelo contrário, num poder dirigido *erga omnes*. Enfim, toda a teoria que recorre a um outro destes elementos será uma teoria mista”. Neste sentido, veja ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil reais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 601.

²¹ Embora se encontre na doutrina o uso de ambas as expressões, Clóvis Bevilacqua aponta diferenças entre eles. Segundo o autor, “direitos reais é o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem. E o Direito das coisas, ramo de Direito civil que se ocupa dos direitos reais, consiste no conjunto de normas que regem as relações jurídicas referentes à apropriação dos bens corpóreos pelo homem”. Assim, utilizar-se-á a denominação direitos reais por ser mais abrangente.

na Sociedade da Informação e o papel das titularidades.

Ao falar em titularidade no Direito Autoral há que se ponderar que, neste trabalho, falar-se-á especificamente na titularidade do conteúdo patrimonial destes Direito e não em seu aspecto moral. O exercício das prerrogativas morais pressupõe existência de titularidade, mas esta faculdade somente poderá ser exercida ou não pelo autor da obra. Como se pretende provar que através dos aspectos econômicos é possível coibir o excesso do exclusivo e com isto humanizar o autor é preciso fazer este alerta inicial, para que não haja confusões posteriores.

A teoria realista ou clássica vê o Direito real como sendo aquele poder direto e imediato que se cria entre uma pessoa e a coisa, havendo, assim, dois elementos nesta teoria, a saber: a pessoa, que é sujeito ativo, e a coisa²². É o que José de Oliveira Ascensão intitula como sendo o poder direto sobre uma coisa atribuída por seu titular²³.

Esta teoria sofreu uma série de críticas, pois, como recorda Ricardo Aronne, idealizaram uma propriedade absoluta, com assento romano, onde o que importava era a relação absoluta entre a pessoa e a coisa.²⁴ A própria relação jurídica, pela teoria realista, se estabeleceria entre pessoa e coisa, o que seria impossível, tendo em vista que a relação jurídica se dá entre pessoas, capazes de expressar a sua vontade na sua formação. Igualmente, não é possível afirmar a existência de um poder direto e imediato sobre a coisa, pois nem sempre o exercício se dá nesta forma, basta a lembrança acerca dos direitos reais de gozo, tais como o penhor e a hipoteca²⁵.

A teoria personalista parte da idéia de que não se pode estabelecer uma relação entre pessoa e coisa, pois o Direito é uma relação que se estabelece entre pessoas. Daí o Direito real ser aquele que tem o exercício do poder *erga omnes*, podendo o titular do Direito excluir todas as demais pessoas que desejem ter qualquer tipo de interferência sobre a coisa, o que se convencionou chamar de obrigação passiva universal²⁶. Afirma António Menezes Cordeiro

²² CORDEIRO, António Menezes. **Direitos reais**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1979. p. 224.

²³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil reais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 602.

²⁴ ARONNE, Ricardo. **Uma genealogia civil-constitucional da pertença e do pertencimento. O domínio e as titularidades entre a razão e a fé**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2455>. Acesso em: 18 Jun 2008.

²⁵ CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 226-31.

²⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 11.

que o Direito real é um poder absoluto que obriga a todos, sendo uma das teorias que possuem o maior número de adeptos²⁷. Ricardo Aronne critica a teoria personalista, por ela apresentar um caráter absoluto, onde a propriedade, com sua oponibilidade *erga omnes*, acaba por sujeitar “a tudo e a todos”²⁸.

A teoria eclética ou mista procurou conciliar as duas teorias, acima mencionadas, observando que a propriedade deve ser vista sob o aspecto interno e externo das relações jurídicas reais, porém, como assinala José de Oliveira Ascensão, ela não traz nada de novo, advertindo o autor que ela sequer merece um estudo mais profundo²⁹, isto porque, visto do lado interno, seria o poder direto e imediato que se exerce sobre a coisa (a relação da pessoa e coisa) e, do lado externo, seria o dever, imposto às pessoas, de se absterem de interferir na coisa (dever de abstenção geral), tal como referiu a teoria personalista³⁰.

A teoria da autonomia é uma reação às teorias clássicas do Direito de Propriedade e tem como fundamento a releitura da propriedade sob a égide constitucional, a fim de torná-la uma “titularidade instrumentalizadora dos respectivos vínculos reais subjacentes, da qual derivam deveres bilaterais aos titulares e não titulares”³¹. Com a visão do Direito Civil, voltada para o Direito Constitucional, não há como aceitar as teorias civilistas clássicas da propriedade e que acima foram brevemente revisitadas (teorias realista, personalista e eclética).

Não há como deixar de observar, atualmente, que o Direito de Propriedade não pode ser considerado absoluto, pois o exercício da propriedade está atrelado a uma função social

²⁷ CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 232.

²⁸ ARONNE, Ricardo. **Uma genealogia civil-constitucional da pertença e do pertencimento. O domínio e as titularidades entre a razão e a fé**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2455>. Acesso em: 18 Jun 2008; e no mesmo sentido CORDEIRO, op. cit., p. 237; e, ASCENSÃO, José de Oliveira. **As relações jurídicas reais**. Lisboa: dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1962. p. 31.

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil reais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 605.

³⁰ ARONNE, Ricardo. **Uma genealogia civil-constitucional da pertença e do pertencimento. O domínio e as titularidades entre a razão e a fé**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2455>. Acesso em: 18 Jun 2008.

³¹ Neste sentido, ver a obra de ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio – Reexame sistemático das noções nucleares de Direito reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. ARONNE, Ricardo. **Uma genealogia civil-constitucional da pertença e do pertencimento. O domínio e as titularidades entre a razão e a fé**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2455>. Acesso em: 18 Jun 2008.

que se insere dentro do contexto dos direitos fundamentais. Esta funcionalidade, que lhe é outorgada, acaba por impor limites ao seu próprio exercício frente à coletividade, portanto, as idéias clássicas de teoria geral de direitos reais caem por terra, pois elas não tinham como fundamento uma relação intersubjetiva como hodiernamente se deve ter presente³².

Ricardo Aronne afirma que:

funcionalizar a propriedade não se confunde com referir que a mesma seja uma função. A propriedade se constitui de um direito, não absoluto, funcionalizado, de natureza obrigacional, sendo efetivamente instrumental ao domínio, instituto outro, de natureza real.³³

Neste sentido, a funcionalização da propriedade apresenta um “novo contorno conceitual”, no qual

temos a propriedade como um Direito proveniente do domínio, fundada em caráter obrigacional, por se tratar de uma relação entre pessoas – proprietário e terceiros –, que concede legitimidade ao proprietário, no âmbito do Direito Real, enquanto obedecer o princípio da função social da propriedade³⁴.

³² José de Oliveira Ascensão critica o conceito de relação absoluta em sua essência, pois, como bem observa, “a expressão relação absoluta é contraditória, assim como a expressão relativa seria tautológica. Simples considerações filológicas deveriam ter levado a doutrina a reconsiderar. Porque a relação não pode, por natureza, dirigir-se *erga omnes* (ASCENSÃO, José de Oliveira. **As relações jurídicas reais**. Lisboa: dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1962. p. 27). Em sentido semelhante, mas voltado à inadequação das teorias clássicas do Direito de Propriedade, reflete Aronne que “As oposições formais a essas percepções (realista, personalista e eclética) são diversas, porém superadas pela oposição material que o Direito vigente, mormente de índole constitucional, perfectibilizam. A funcionalização, imposta à propriedade na esfera dos direitos fundamentais enquanto medida ao exercício proprietário, edifica limites internos ao próprio Direito subjetivo de propriedade. Jamais se poderá compreendê-la absoluta. É relativa por fundamento. Esse é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, já na primeira metade dos anos noventa do Século XX” (ARONNE, Ricardo. **Uma genealogia civil-constitucional da pertença e do pertencimento. O domínio e as titularidades entre a razão e a fé**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2455>. Acesso em: 18 Jun 2008).

³³ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio – Reexame sistemático das noções nucleares de Direito reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 185-186, nota 25.

³⁴ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio – Reexame sistemático das noções nucleares de Direito reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 185-186, nota 25.

É evidente que esta evolução não se aplica somente aos Direitos Reais, mas também a outras áreas do Direito Civil, como o Direito Obrigacional, basta analisar que tanto a propriedade como os contratos devem atender à função social, sob pena de apresentarem vícios na origem da formação da vontade. É neste sentir que Ricardo Aronne sustenta que “a alteração das bases axiológicas do Direito Civil, do individualismo patrimonialista para o solidarismo 'repersonaliza', perfaz o divisor de águas entre o clássico e o contemporâneo”³⁵.

As chamadas “repersonalização”³⁶ ou “despatrimonialização”³⁷ do Direito Civil afetou sobremaneira o Direito de Propriedade e o das obrigações, o que se leva a pensar na superação das teorias clássicas que nunca conseguiram estabelecer satisfatoriamente a diferença entre ambos. Esta observação afeta diretamente o Direito da Propriedade Intelectual e, no caso específico, o Direito Autoral que gerou enormes celeumas em torno de sua natureza jurídica.

A repersonalização perseguida advém de uma nova noção substancializada de sistema e de interpretação dos valores e das normas. Ricardo Aronne afirma que, com a consagração da dignidade da pessoa humana como Direito fundamental, as normas do Direito de Propriedade passam a uma nova dimensão, onde a coisa passa a ceder o seu lugar central à pessoa que, por sua vez, é considerada dentro de um contexto social³⁸.

Fica perceptível, atualmente, o fato de não ser possível, nem mesmo necessário, estabelecer uma diferenciação entre Direitos Reais e Obrigacionais, tendo por base os elementos clássicos, utilizados pelas teorias (os sujeitos, a coisa certa e determinada e a prestação)³⁹, porque ambos possuem um núcleo patrimonial e devem estar voltados para a

³⁵ ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados – das raízes aos fundamentos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 105.

³⁶ Expressão utilizada por Ricardo Aronne, assim como por outros autores (ARONNE, Ricardo. **Uma genealogia civil-constitucional da pertença e do pertencimento. O domínio e as titularidades entre a razão e a fé**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2455>. Acesso em: 18 Jun 2008).

³⁷ Expressão utilizada por Pietro Perlingieri, para identificar a migração do individualismo para o personalismo e da patrimonialidade para o patrimonialismo, sem que isto acarrete a redução do conteúdo “quantitativo” do conteúdo patrimonial no Direito Civil, tendo em vista que não é possível eliminar o aspecto econômico (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito civil – Introdução ao Direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33).

³⁸ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do caos – Estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 44.

³⁹ Esta diferenciação somente se justifica para fins meramente didáticos, porque é a faceta patrimonial

funcionalização da propriedade e do contrato⁴⁰.

Ricardo Aronne conclui sua obra, afirmando que:

a partir de um reexame os institutos fundamentais dos direitos reais, pela qual a propriedade aproxima-se da obrigacional, pode-se ver claramente a comunicação entre propriedade e obrigação, de modo que, pela via interpretativa, efetivamente em âmbito doutrinário, se pode revisar a disciplina patrimonial, onde se fundem em pares os direitos pessoais e reais quando da concretização das normas⁴¹.

Daí falar-se em direitos subjetivos patrimoniais dos quais os Direitos Reais e Obrigacionais fazem parte. Há a inevitável preponderância do aspecto econômico, mas que é relativizada pela funcionalização destes institutos que devem obedecer as suas funções oriundas e consagradas pelos direitos fundamentais. É, em razão disto, que a idéia clássica de propriedade perdeu o seu sentido, uma vez que, para atender à sua funcionalidade, (re)surge com força uma idéia maior, qual seja, a de titularidades.

Assim é que Ricardo Aronne, categoricamente, sugere: as titularidades constituem, contemporaneamente, um gênero maior do qual faz parte, como espécie, a propriedade, tendo em vista que as titularidades apresentam como características a intersubjetividade e o relativismo, alcançando todo tipo de patrimônio sujeito à apropriação, seja ele material ou

que ambos possuem que acaba por determinar o núcleo da propriedade e da obrigação. Não se esquecendo que estes devem atender a uma função que emana dos direitos fundamentais a que estão atrelados. Neste sentido, Pietro Perlingieri destaca que “das situações subjetivas patrimoniais, é possível apresentar uma elaboração unitária, mesmo que não-sistemática, considerando que ainda deve ser reconstruída uma disciplina comum da relação patrimonial. Esta não pode ser identificada com aquela das obrigações nem com aquela dos Direitos Reais. Nenhuma das duas disciplinas constitui, de forma exclusiva, o Direito comum das situações patrimoniais que possa ser concebido como a síntese da disciplina de todas as relações patrimoniais” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito civil – Introdução ao Direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 201-02).

⁴⁰ Portanto, não há como dissociar a função econômica da função social da propriedade, elas são inerentes ao próprio exercício da titularidade. Judith Martins Costa, ao falar sobre a função social dos contratos, adverte que: “sem desconectar da idéia de ‘função social’, a idéia de ‘função econômica’ no campo dos contratos, distingo o princípio da função social dos contratos da noção de ‘causa-função’ (BETTI). [...] Como se sabe, a idéia de função econômico-social do contrato, na acepção que começou com a doutrina de Emilio Betti (divulgada no Brasil por Orlando Gomes), considera a causa-função (causa econômico-social) de um modo abstrato (isto é, a causa é sempre igual em todos os contratos do mesmo ‘tipo’) (MARTINS-COSTA, Judith. Novas Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). **Estudos de Direito do Consumidor**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2005. p. 49-110 e p. 50, nota 2).

⁴¹ Neste sentido, ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio – Reexame sistemático das noções nucleares de Direito reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 206.

imaterial⁴².

Hoje há que se pensar em direitos subjetivos patrimoniais a que fala Pietro Perlingieri⁴³, restando a pergunta: se o chamado Direito da Propriedade Intelectual pode ou deve ser inserido neste contexto e, em assim sendo, o próprio Direito Autoral. Esta é a temática a ser vista a seguir.

Teorias do Direito da Propriedade Intelectual

Desde a existência legislativa do Direito da Propriedade Intelectual, diversas teorias procuraram justificar a sua natureza jurídica, destacando-se, por excelência, a doutrina da propriedade que ainda hoje gera muita polêmica⁴⁴.

⁴² Neste sentido, assevera o autor citado: Em sentido específico, mais próximo do Direito das coisas e do Direito notarial, a propriedade migra para a condição de espécie de um gênero maior: titularidades. Estas possuem um caráter intersubjetivo e necessariamente relativo. Como relação, podem até ter origem registral, mas que resultam em vínculo entre titulares e não titulares, assim como alcançam toda espécie de patrimônio passível de apropriação, material ou intelectual, real ou virtual. Vertem, assim, para dentro das titularidades, interesses que transcendem ao interesse privado, para alcançar o interesse público e o social em concurso mediado pelos direitos fundamentais, irreduzíveis pela legislação infraconstitucional (ARONNE, Ricardo. **Uma genealogia civil-constitucional da pertença e do pertencimento. O domínio e as titularidades entre a razão e a fé.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2455>. Acesso em: 18 Jun 2008).

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito civil – Introdução ao Direito civil constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 201-242. O próprio autor afirma na página 201-202 que “das situações subjetivas patrimoniais é possível apresentar uma elaboração unitária mesmo que não-sistêmica, considerado que ainda deve ser reconstruída uma disciplina comum da relação patrimonial. Esta não pode ser identificada com aquela das obrigações nem com a dos direitos reais. Nenhuma das duas disciplinas constitui, de forma exclusiva, o Direito comum das relações e das situações patrimoniais que possa ser concebido como síntese da disciplina de todas as relações patrimoniais. [...] é preciso, a cada vez, referir-se a esta ou àquela norma, segundo a sua compatibilidade com o interesse precípua no qual se substancia cada situação patrimonial. A este fim é útil o aprofundamento da natureza dos interesses que, até hoje, justificam as diversidades e as classificações, as quais devem ser consideradas orientadoras e problemáticas, e que dificilmente podem se distinguir por precisas linhas de demarcação e de confinamento”. Deve se observar que esta citação é feita por diversos autores, como é o caso de Ricardo Aronne em **Propriedade e Domínio – Reexame sistemático das noções nucleares de Direito reais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 205-206, mas que apresenta a citação completa do texto de Pietro Pierlingieri.

⁴⁴ Newton Silveira, após analisar as três categorias de direitos subjetivos (direitos reais, da personalidade e de crédito), conclui que “os bens sobre certos bens incorpóreos ou imateriais constituem direitos reais, objeto de um ramo do Direito chamado de Propriedade Intelectual. Há muita confusão a respeito da natureza da Propriedade Intelectual” (SILVEIRA, Newton. **A Propriedade Intelectual e a nova lei de propriedade industrial – Lei n. 9.279/96, de 14-5-1996.** São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14; SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual – propriedade industrial, Direito de Autor, software, cultivares.** 3. ed. Barueri: Manole, 2005. p. 80).

A quantidade de teorias produzidas é tamanha que não se tem por objetivo fazer uma compilação de todas, pois, como observou Maristela Basso, é preferível “observar os fragmentos que se movem dentro do calidoscópio”, tendo em vista que os juristas adotaram uma dualidade de sistemas autoral e industrial, apoiada “tanto no Direito público, como no Direito privado, conservando a divisão clássica do Direito, inaugurada por Ulpiano no Digesto (D1,1,1,2.) dentro destes dois grandes ramos, essas teorias ainda se subdividem num calidoscópio de concepções”⁴⁵.

Esta complexidade no estudo das teorias pode ser observada também na obra de Hermenegildo Baylos Corroza, ao realizar um excelente trabalho de compilação das principais doutrinas que procuram explicar a natureza jurídica da Propriedade Intelectual, sem ter se esquecido de expressar suas críticas em relação a elas. O autor prefere analisá-las em dois grandes grupos: as doutrinas monistas e dualistas do Direito sobre as criações intelectuais⁴⁶.

As dualistas se diversificam no conjunto de faculdades que correspondem ao criador em dois tipos de direito: um, de conteúdo moral e outro, de caráter patrimonial. O primeiro faz parte dos direitos da personalidade – afirmação que é comum em todas as doutrinas –, enquanto a segunda pertence à categoria dos direitos patrimoniais, dentro do qual cada doutrinador tem a sua concepção pessoal⁴⁷.

Ao contrário, as doutrinas monistas consideram artificiosa e inconsistente essa separação dos dois elementos diferentes, um espiritual e outro patrimonial, no que constitui somente um conjunto harmonioso de faculdades de índole moral e econômica, que não podem ser isoladas analiticamente na forma que os dualistas propõem⁴⁸.

Dentro das teorias monistas, merecem especial atenção a teoria do Direito da personalidade e as diversas manifestações do monismo jurídico na atual bibliografia alemã⁴⁹.

⁴⁵ BASSO, Maristela. **O Direito internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 28.

⁴⁶ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. **Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia economica, disciplina de la competencia desleal**. 2. ed. act. Madrid: Civitas, 1993. p. 379.

⁴⁷ Id. ibidem.

⁴⁸ Id. ibidem.

⁴⁹ As teorias monistas não negam a existência de um aspecto pessoal e outro patrimonial dentro da

Dentro das teorias dualistas, por sua vez, cabe distinguir duas posições fundamentais e contrárias: a configuração do Direito como um poder jurídico sobre um bem exterior e a redução deste Direito a uma faculdade de fazer, ou seja, a possibilidade jurídica de desenvolver, em exclusivo, uma atividade determinada⁵⁰. Por não ser objeto central da tese, as teorias clássicas da propriedade e do Direito absoluto não merecerão atenção especial nesta secção. No entanto, tendo em vista a sua importância na discussão quanto à natureza jurídica da proteção autoral, serão brevemente descritas quando da análise das teorias do Direito Autoral.

Contemporaneamente, William Fisher⁵¹ fez uma leitura pragmática destas teorias, agrupando-as em quatro, de acordo com o objetivo final da proteção que as legislações e as decisões judiciais deram às criações intelectuais, protegidas pelo Direito da Propriedade Intelectual. Assim, elaborou as teorias do utilitarismo, do trabalho, da personalidade e do planeamento social ou da proprietária.

Segundo a teoria utilitarista, o que se busca é a tutela das criações como fator de

Propriedade Intelectual, ao contrário, as reconhecem, porém o tratamento destas prerrogativas não é resolvido de forma isolada, como ocorre, em regra, nas teorias dualistas. Para os monistas, estas prerrogativas nada mais são do que manifestações de um Direito subjetivo único. Daí dizer o seguinte: o que caracteriza as posições monistas não é o absoluto desconhecimento desta diferenciação, nem a ignorância da divisão do núcleo essencial do Direito em duas manifestações diferentes, de caráter pessoal e patrimonial. Hermenegildo Baylos agrupa as teorias monistas em duas, o Direito da personalidade e a do trabalho, e introduz uma análise de outras teorias monistas alemãs, representadas por Ulmer, Fikentscher e Rinren. De fato, constitui a característica comum de todas as doutrinas monistas a interpretação unitária em relação às faculdades e direitos que possui o criador, que não são mais que derivações, manifestações e modalidades de uma única figura. A existência de um aspecto pessoal e outro, de cunho econômico, não é um problema, pois estes fazem parte de um Direito subjetivo que se constitui, de forma unitária, todas elas não são mais do que a manifestação do poder jurídico que corresponde ao autor sobre a sua obra, os meios para fazer e efetivar este poder de disposição em todas as manifestações e referido a todos os valores que a obra representa (Id. ibidem, p. 380).

⁵⁰ No primeiro subgrupo das teorias dualistas, pertencem a teoria da propriedade, nas suas diferentes formulações: a do Direito sobre bens imateriais e a teoria dos direitos intelectuais, como posições mais fortes, embora existam outras, como as apontadas por Rodríguez Aria, Almeida Santos, e Casano, segundo informa Hermenegildo. No segundo subgrupo das teorias dualistas, encontram-se a teoria do Direito à imitação, a dos direitos da clientela, as diferentes posições que qualificam o Direito como um monopólio legal e a doutrina do Direito do trabalho (Id. ibidem).

⁵¹ FISHER, William. Teorias da Propriedade Intelectual. In: **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media: entre a inovação e a proteção**. Lisboa: Guerra e Paz, 2006, p. 63; FISHER, William. **Theories of intellectual property**. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/fisher/iptheory.html>>. Acesso em: 20 Maio 2008.

Citam a teoria, LEÃO BARCELLOS, Milton Lucídio. **Propriedade industrial & Constituição – as teorias preponderantes e a sua interpretação na realidade Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na sociedade da informação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

melhoramento do bem estar-social, através do incentivo que o Estado dá aos criadores, e a otimização dos padrões de produtividade das criações intelectuais que beneficiam os consumidores⁵². Dentro desta concepção, é válida a utilização das licenças compulsórias como forma de equilibrar os interesses do Estado.

No que tange à teoria do trabalho, esta não apóia propriamente a Lei de Propriedade Intelectual, mas, sim, uma maneira de recompensar o tempo e o esforço despendido para a realização da criação intelectual, cuja atividade criativa não consistiria em um lazer, mas efetivamente em um trabalho a ser remunerado, porque é realizado em prol da sociedade. Os doutrinadores clássicos entendem que na teoria do Direito do trabalho tanto o Direito Autoral como a propriedade industrial são uma manifestação da proteção geral ao trabalho humano, enquanto atribuem compensações determinadas, precisamente em consideração a seu trabalho e esforço. A teoria foi igualmente rechaçada e não pode ser aceita, pois o Direito dos criadores não recai nem sobre a sua pessoa nem sobre a sua atividade, porém sobre a criação intelectual⁵³.

A teoria da personalidade traz aspectos conhecidos atualmente, porque, segundo William Fisher, as criações intelectuais, protegidas pelo Direito da Propriedade Intelectual, somente seriam reconhecidas “quando, e só quando, os mesmos promovessem o crescimento humano através da protecção ou do encorajamento das necessidades fundamentais ou dos interesses humanos”⁵⁴, tendo como argumentos uma série de interesses “que poderá ser considerada fundamental, podendo cada um deles ser discutivelmente adiantado por um sistema de direitos de propriedade”⁵⁵.

⁵² A este respeito Paul Goldstein afirma que toda a lógica dos direitos de propriedade reflete diretamente na economia e no dia-a-dia das pessoas que desfrutam e usufruem o prazer e o valor de obras literárias e artísticas postas no mercado. Se assim não fosse, os empresários, como fornecedores de bens culturais, não atenderiam aos interesses preferências dos consumidores, que constituem o foco e a razão de ser de seus investimentos (GOLDSTEIN, Paul. **Copyright's Highway – From Gutenberg to the celestial jukebox**. New York: Hill& Wang, 1994. p. 178-179. Também citado por FISHER, William em: Teorias da Propriedade Intelectual. In: **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media**: entre a inovação e a protecção. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 68. nota 36).

⁵³ FISHER, William em: Teorias da Propriedade Intelectual. In: **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media**: entre a inovação e a protecção. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 473-4.

⁵⁴ FISHER, William. Teorias da Propriedade Intelectual. In: **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media**: entre a inovação e a protecção. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 77.

⁵⁵ Os sistemas de direitos de propriedade que recedem estes interesses fundamentais envolvem: a paz de espírito, a privacidade, a auto-suficiência, a autopercepção como um ser social, a autopercepção como um indivíduo, a segurança e o lazer, a responsabilidade, a identidade, a cidadania e a benevolência (Ibidem, p. 77-78).

A concepção tradicional da teoria do Direito da personalidade considera que as prerrogativas do criador são derivações da proteção de sua personalidade, exteriorizada e estendida à sua criação, o que por si só já a expõe a uma série de críticas⁵⁶. Uma dessas críticas é a relacionada com a clássica distinção dos direitos em dois grupos fundamentais, os de caráter extra patrimonial e os de natureza patrimonial do Direito subjetivo. O Direito de Autor, de acordo com a teoria, não seria nem de índole patrimonial nem de caráter extra patrimonial, porque constituiria uma combinação destes dois tipos de direitos, o que se afasta da categoria tradicional⁵⁷. Critica-se, também, o fato de haver um tipo de direito, com uma faculdade transmissível, limitada temporalmente, de índole econômica, frente à natureza inalienável e imprescritível dos direitos da personalidade. Se não bastasse isto, a teoria ignora o caráter autônomo da obra, uma vez separada por completo da personalidade de seu autor, o que pode acontecer quando este, por exemplo, tenha tomado a decisão de publicá-la e difundi-la entre seus semelhantes.

O autor centra todo o seu esforço na concepção da teoria proprietária, a que prefere chamar como planejamento social, que procura dar soluções apropriadas para o Direito da Propriedade Intelectual no ambiente digital. Por óbvio, suas propostas se dirigem mais ao Direito Autoral, tendo em vista que a discussão entorno do exercício das titularidades e do Direito de acesso à informação se centram nas possibilidades de atender aos clamores dos sujeitos da relação autoral.

Para William Fisher, a solução perpassa por uma noção de “cultura intelectual atractiva”, baseada no bem-estar dos consumidores de bens culturais, garantia de acesso às obras, como maneira de estimular as idéias e propagar as informações, a fim de que os usuários pudessem construir o conhecimento individual, o que propiciaria o desenvolvimento

⁵⁶ A teoria da personalidade foi crucial para o desenvolvimento das prerrogativas morais e patrimoniais do autor, como lembra Daniel Rocha: “o criador de obra artística ou literária há muito usufrui o Direito exclusivo de autorizar, ou não, a reprodução ou a exploração de sua obra. Esse é o fundamento da proteção ao Direito do autor. E, com o surgimento das teorias do Direito da personalidade, o “Direito Autoral” adquiriu uma notória e flagrante presença: o aspecto moral e o aspecto patrimonial, onde o primeiro foi tido como irrenunciável e inalienável, e o segundo, com a plena capacidade de ser transferido no todo ou em parte” (ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001. p. 105). No mesmo sentido FISHER, William. Teorias da Propriedade Intelectual. In: **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media**: entre a inovação e a proteção. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 463.

⁵⁷ FISHER, William. Teorias da Propriedade Intelectual. In: **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media**: entre a inovação e a proteção. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 470.

de uma riqueza artística. Para tanto, a idéia de democracia, justiça distributiva e respeito são basilares para que se obtenha uma visão social⁵⁸.

As teorias, apresentadas por William Fisher, têm o mérito de extraírem a essência, a partir da análise de casos práticos e da observação do teor das leis e dos julgados que enfrentaram as teorias clássicas na atualidade. Contudo, para o Direito Autoral, a última teoria proposta parece ser a mais coerente com os compromissos constitucionalmente assumidos pelo Estado brasileiro.

Teorias do Direito Autoral

Assim como ocorre com a Propriedade Intelectual, o Direito Autoral apresenta inúmeras controvérsias acerca de sua natureza jurídica, em especial, porque ela apresenta, de forma mais evidente, a coexistência de duas prerrogativas, uma de ordem moral e outra, de ordem patrimonial⁵⁹, que tradicionalmente são analisadas sob o ponto de vista de teorias monistas e dualistas.

Sem a advertência desta peculiaridade do Direito Autoral, é impossível compreender a complexidade que envolve a natureza jurídica e os problemas suscitados pela presente tese. De forma resumida, pode-se afirmar que a teoria monista “entende que o Direito de Autor é, na realidade, o Direito moral, e que seu caráter exclusivo decorre de um Direito pecuniário ou patrimonial”, enquanto a teoria dualista “afirma que o Direito de Autor apresenta duas características simultâneas: o moral e patrimonial”. Na verdade, as duas teorias não chegam a ser contraditórias, como diz Daniel Rocha⁶⁰. Elas se desenvolveram essencialmente na Alemanha e na França e se caracterizam por não negar a duplicidade do conteúdo moral e patrimonial existente no Direito Autoral, pois ambas estudam os problemas relativos à transmissão destes aspectos⁶¹.

⁵⁸ FISHER, William. Teorias da Propriedade Intelectual. In: **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media: entre a inovação e a proteção**. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 79-81.

⁵⁹ Estas prerrogativas serão analisadas no próximo item.

⁶⁰ ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001. p. 22.

⁶¹ A teoria monista é adotada na Alemanha e na Áustria. Em resumo, a teoria sustenta que os direitos morais e patrimoniais são manifestações de um Direito único, existindo interdependência entre estes direitos, motivo pelo qual não podem ser objeto de transferência por ato inter vivos. Existe uma relação tão estreita que não se pode falar nem em Direito da personalidade nem em Direito da propriedade, pois se trata de um Direito único e específico. Já para a teoria dualista, que se desenvolveu na França e

Embora o Brasil e uma grande maioria dos países adote a concepção dualista, não é possível autonomizar um “Direito moral”, porque existe um único Direito de Autor, que contém simultaneamente prerrogativas pessoais e patrimoniais. Este entendimento é compartilhado por José de Oliveira Ascensão, ao considerar a concepção monista (germânica) a melhor solução. Lembra o autor que “muitos direitos subjetivos integram faculdades pessoais e patrimoniais, sem que isso torne necessário autonomizar um Direito pessoal. O mesmo deverá acontecer aqui, não quebrando a unidade do Direito de Autor”⁶². A concepção dualista, além de trazer o absurdo da perpetuidade do Direito moral, pode deturpar os seus fins, a ponto de poder “tornar-se uma espécie de segundo Direito patrimonial de autor”, representando “um perigo para o aproveitamento normal dos direitos por terceiros”⁶³. Porém esta é a teoria adotada no Brasil, o que traz imensos problemas para a atualidade.

A par desta ressalva, discute-se muito sobre a natureza proprietária ou monopolística do Direito Autoral e que deve ser definida de plano neste estudo, pois é o exercício da prerrogativa patrimonial que vem trazendo os maiores problemas para o direito. Então, é oportuno apontar as características básicas destas duas teorias, tendo em vista a divergência entre os doutrinadores para que, no próximo item, se possa definir a concepção adotada.

A teoria dos direitos dos monopólios parte do pressuposto de que as criações intelectuais limitam a concorrência ou lhe trazem um efeito suspensivo em decorrência da atribuição jurídica de um monopólio de exploração a um titular que é sujeito de direito. A peculiaridade desta teoria decorre da pretensão de solucionar o problema da natureza jurídica, valendo-se de uma figura econômica (monopólio), como sendo uma categoria jurídica⁶⁴. Elas

é adotada por quase todos os países, inclusive o Brasil, surgem dois direitos distintos: um de caráter patrimonial e outro, moral. Os interesses patrimoniais e morais separam-se, não tendo o mesmo destino. Neste sentido, BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. **Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia economica, disciplina de la competencia desleal**. 2. ed. act. Madrid: Civitas, 1993. p. 378-478; ÁGUILA, Maria del Pilar Cámara. **El derecho moral del autor – com especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor**. Granada: Comares, 1998. p. 5; AVANCINI, Helenara Braga. O Direito moral depois da morte do autor: uma abordagem comparativa com a legislação latino-americana. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva, WACHOWICZ, Marcos (Coords.). **Direito da Propriedade Intelectual – estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 380.

⁶² Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito intelectual em metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, ano II, n. IV, p. 7, fev. 2006.

⁶³ Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito intelectual em metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, ano II, n. IV, p. 8, fev. 2006.

⁶⁴ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. **Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad**

seriam a versão atual dos privilégios de edição e das antigas patentes que não teriam por conteúdo a coisa e, sim, um fazer, embora relacionado com esta coisa. Isto porque monopólio quer dizer uma posição consistente em que o titular é o único que está facultado a vender a coisa, o único que tem o poder para oferecer o bem, que constitui o objeto do monopólio e, quando se trata de um monopólio legal, que está facultado para impedir que se faça por qualquer outro uma oferta de produtos idênticos⁶⁵. Ademais, um de seus aspectos leva em conta a função econômica (patrimonial).

Observa-se que, se a doutrina do Direito da propriedade podia se defender de qualquer objeção, amparada na plasticidade do conceito de domínio, a teoria do Direito do monopólio apresenta um caráter simplista e com grande força explicativa, mas reside aí a sua grande fragilidade.

Questiona-se se o Direito de monopólio poderia ser incluído dentro da categoria de direitos subjetivos, tendo em vista que estes representam um poder sobre um bem determinado que se encontra em relação de domínio com respeito a um titular⁶⁶. Nesta esteira, Hermenegildo Baylos Corroza entende que não se pode aceitar a afirmação de que um direito subjetivo não se defina pelo que se permite ao titular, mas por o que o proíbe ou exige de terceiros, tendo em vista que

o núcleo essencial do Direito é sempre positivo e negativo, de desfrute, disposição, apropriação e exigência a terceiros, aspectos todos que têm somente o valor de elementos estruturais de caráter instrumental, para fazer o poder que o Direito subjetivo traduz⁶⁷.

A construção da teoria do Direito de monopólio é perfeita no que diz respeito aos aspectos econômicos, mas absolutamente insuficiente quando se dirige para a construção estrutural da natureza jurídica das criações, dentro de um entendimento clássico dos direitos

intelectual, derecho de la competencia economica, disciplina de la competencia desleal. 2. ed. act. Madrid: Civitas, 1993. p. 435.

⁶⁵ Id. ibidem, p. 438.

⁶⁶ Id. ibidem, p. 451.

⁶⁷ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. **Tratado de derecho industrial**: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia economica, disciplina de la competencia desleal. 2. ed. act. Madrid: Civitas, 1993. p. 452.

subjetivos. Na realidade, a teoria não está definindo uma instituição jurídica, mas descrevendo, em linguagem jurídica, uma situação econômica⁶⁸. Esta observação é pertinente para compreender os problemas que envolvem a análise econômica do Direito Autoral, pois uma coisa é o fenômeno da mercantilização da propriedade autoral e outra, a caracterização de monopólio, decorrente do exercício do Direito exclusivo que o Estado dá ao titular da propriedade autoral.

Somente há que se falar em monopólio quando há propriedade e, portanto, quando existe a possibilidade de apropriação privada de um bem. Assim, a análise clássica da teoria do Direito da propriedade se justifica tanto mais porque se trata de uma das teorias mais aceitas entre os doutrinadores.

É oportuno destacar que a noção de Propriedade Intelectual surgiu na época da Revolução Francesa, como uma reação aos os privilégios concedidos aos titulares de Direito que detinham verdadeiro monopólio de fruição das criações intelectuais. É também nesta época que nasce a concepção do Direito de Propriedade, como um Direito fundamental do homem e, assim sendo, o reconhecimento da criação intelectual como uma propriedade⁶⁹.

É evidente que a concepção da propriedade evoluiu com o passar do tempo como uma propriedade *sui generis* ou especial e intelectual⁷⁰, pois os direitos de propriedade do autor são diferentes da propriedade ordinária⁷¹ e, como tais, devem apresentar normas diferentes, tanto que a propriedade, sobre um bem material, é exercida e tem características distintas da propriedade exercida sob o bem imaterial: na primeira, pode haver posse; na segunda, não.

Adverte Hermenegildo Baylos que a interpretação da propriedade, como modalidade

⁶⁸ Id. ibidem, p. 455.

⁶⁹ Id. ibidem, p. 390-1.

⁷⁰ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. **Tratado de derecho industrial**: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia economica, disciplina de la competencia desleal. 2. ed. act. Madrid: Civitas, 1993. p. 395-399.

⁷¹ No mesmo sentido, Josserand, citado por Hermenegildo Baylos, p. 397, afirma que “*no hay propiedad, hay propiedades, porque el interés de la sociedad es que la apropiación de los bienes comporte estatutos distintos e armonía con los fines perseguidos, que varían mucho; el derecho de la propiedad es le los más flexibles y más matizados que figuran en las diferentes categorías jurídicas; su plasticidad es infinita*” (JOSSEAND apud BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. **Tratado de derecho industrial**: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia economica, disciplina de la competencia desleal. 2. ed. act. Madrid: Civitas, 1993. p. 397).

do domínio, é a única capaz de caracterizar satisfatoriamente um direito, cujo conteúdo é a exclusão de todo terceiro, com respeito ao desfrute do valor econômico, representado pelo produto intelectual. Somente assim se sobrepõe devidamente o elemento de permanência exclusiva de monopólio, que oferece estes direitos e que é, também, um traço característico do Direito de Propriedade⁷².

Mas a teoria do Direito da propriedade sofreu críticas a exemplo das demais, entretanto todas estas se baseiam na afirmação de que é muito forte estender a noção de propriedade que apresenta diferenças e peculiaridades em relação ao Direito dos criadores intelectuais. Justificam a impossibilidade de apropriação das criações, porque as idéias e os pensamentos, uma vez exteriorizados e publicados, já não seriam possíveis de apropriação. Mas aqui se deve ponderar que a proteção se dá em relação à criação e não à idéia.

Como observa Hermenegildo Baylos, *“a través de reservas, de precauciones y distinguos, la teoría de la propiedad parece sobrevivir a todos los reparos doctrinales”*, e o próprio jurista italiano Tulio Ascarelli preceitua que o recurso ao Direito de Propriedade é admissível.⁷³

1.1.2 Direito ou Propriedade Autoral?

A pergunta que constitui o título desta subseção resume a resistência por parte dos doutrinadores do reconhecimento da natureza jurídica do Direito Autoral como proprietária, e assim o fazem, pois entendem, de modo geral, que o mais adequado seria falar em “Direito Intelectual”, sem a menção da expressão propriedade, porque a propriedade apresenta características que não podem ser absorvidas plenamente pelos bens intelectuais por apresentarem uma característica pessoal e patrimonial. Este é o entendimento de José de Oliveira Ascensão, para o qual, a expressão “propriedade” se trata de “uma qualificação falsa”, no entanto, ele próprio observa que “de todo modo, uma qualificação jurídica não

⁷² BAYLOS CORROZA, op. cit., p. 401.

⁷³ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. **Tratado de derecho industrial**: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia economica, disciplina de la competencia desleal. 2. ed. act. Madrid: Civitas, 1993. p. 407.

representa por si o fundamento dum instituto”⁷⁴.

Embora José de Oliveira Ascensão prefira utilizar a terminologia Direito Intelectual, tendo diversos seguidores que mudaram os seus entendimentos, ousa-se discordar do mestre português, pois a Propriedade Intelectual não está presa à concepção do Direito de Propriedade da Roma Antiga. A classificação, feita pelo Direito Romano⁷⁵ em Direitos Reais, Direitos Pessoais e de Família, é insuficiente para incluir a categoria do Direito dos criadores, pois não havia a noção dos bens incorpóreos à época. Assim, os direitos que recaem sobre coisas materiais pertenceriam aos Direitos Reais, os que versam sobre ações positivas ou negativas de outros se caracterizariam por direitos pessoais ou obrigacionais, e, finalmente, aqueles que têm por objeto estas coisas incorpóreas, produtos intelectuais, propriamente ditos, constituiriam uma nova categoria, a dos direitos intelectuais⁷⁶.

Como se referiu, a disciplina do Direito da propriedade evoluiu desde os romanos⁷⁷ e, se é verdade que não se pode conceder às criações intelectuais a tutela do Direito real, nada impede e nada mais adequado que, diante da capacidade de apropriação privada da coisa imaterial, que este venha a ser tratado como propriedade, estabelecidas as devidas diferenças desta em relação à propriedade ordinária.

Em que pese o entendimento de José de Oliveira Ascensão, acerca da terminologia a ser empregada, a partir de um estudo em conjunto de suas obras, não se pode concluir que ele próprio se contraponha frontalmente ao entendimento de que o Direito Intelectual possa ser

⁷⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **A questão do domínio público**. I: Propriedade Intelectual – estudos em homenagem à professora Maristela Basso. CARVALHO, Patrícia Luciane de. Curitiba: Juruá, V. II. p. 177.

⁷⁵ A preocupação com a proteção da coisa imaterial é recente e, na literatura mais conhecida sobre o Direito Romano, não há, de fato, preocupação por parte destes na proteção das criações intelectuais. As normas estavam direcionadas para a proteção da propriedade, mas em caráter material. Neste sentido, aconselha-se a leitura dos quatro volumes da obra de JHERING: (JHERING, Rudolf Von. **O espírito do Direito romano – nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Tradução Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Editora Galvino Filho, 1934).

⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **A questão do domínio público**. I: Propriedade Intelectual – estudos em homenagem à professora Maristela Basso. CARVALHO, Patrícia Luciane de. Curitiba: Juruá, V. II. p. 424.

⁷⁷ Pontes de Miranda adverte que “o substrato filosófico dos juristas gregos e romanos e dos próprios juristas medievais e pós-medievais não lhes permitia que vissem *res incorporalis* que podiam ser objeto de direitos reais. [...] hostilidade, relutância e cegueira que perdurou e que impedia os juristas ainda no século XX apreciarem a coisa imaterial, causando ‘dano enorme para a ciência’”. (MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Tomo XVII. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 377).

entendido como propriedade.

A ressalva que faz é no sentido de que a criação intelectual não pode ser considerada como um Direito Real, por ser uma categoria do direito subjetivo (absoluto – exclusivo) de cunho patrimonial, mas fica latente que se poderia entender o Direito Intelectual como propriedade, a partir de uma concepção de apropriação privada do bem intelectual.

Neste sentir, as características do Direito de Propriedade podem ser estendidas à criação intelectual, estritamente no que lhe couber⁷⁸, e a propriedade subjaz a noção de domínio, caso contrário, não teria razão de existir a titularidade.

Entende-se, dessa forma, que não há razão para abandonar a expressão clássica e mundialmente adotada de “Direito da Propriedade Intelectual⁷⁹”, para consagrar o “Direito Intelectual”, o que importa é saber em qual medida o “Direito de Propriedade”, dado o seu caráter econômico e social, influencia a criação intelectual.

Maristela Basso, ao falar sobre a propriedade ordinária e a intelectual, adverte que “seria um equívoco reduzir a questão das criações imateriais a um único problema de propriedade, de apropriação”. Isto porque

a concepção de Propriedade Intelectual, no atual quadro econômico, social e tecnológico, significa a valorização econômica da criação, a sua proteção contra usurpação, cópia, plágio, etc. Serve como uma forte demarcação entre os seus titulares e os outros⁸⁰.

Maristela Basso e Eliane Abrahão se manifestaram no mesmo sentido, explicando que a linguagem “científica mais adequada para os direitos, decorrentes das criações imateriais, é a Propriedade Intelectual, porque representa a associação de todas as teorias históricas”, estando as teorias voltadas, de uma maneira ou de outra, para um tratamento em

⁷⁸ Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Minerva, 1968, p. 280; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos conexos**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992. p. 682; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 601.

⁷⁹ Expressão adotada pela OMPI e pelos principais tratados internacionais sobre a matéria. TRIPS etc.

⁸⁰ BASSO, Maristela. **O Direito internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 55.

comum⁸¹.

Em que pese a existência de prerrogativas morais e patrimoniais, o Direito Autoral tem natureza proprietária e esta é reconhecido como tal pela lei. Daí falar-se em propriedade autoral, expressão esta constitucionalmente consagrada, através da obra de José Afonso da Silva⁸².

José de Oliveira Ascensão, em relação à utilização da expressão “propriedade”, entende que o Direito Autoral é um Direito absoluto, sendo assim, considerados todos os direitos intelectuais, advertindo que o mesmo deve-se dizer a “todos os direitos de exclusivo ou de monopólio”⁸³. Motivo este pelo qual entende que “o Direito de Autor deve ser interpretado como uma categoria dos direitos exclusivos, tendo em vista que “a obra é o ponto de referência da proteção legal, mas não é o objeto, cuja exclusividade da exploração econômica é atribuída ao autor”⁸⁴.

Já Bruno Jorge Hammes explica que o Direito do autor “não deixa de ser um Direito de Propriedade”⁸⁵, todavia esta inserção, no Direito das coisas, acabou por trazer interpretações inadequadas, pois é evidente que não é possível a aplicação de todas as regras do Direito de Propriedade no Direito Autoral, tanto mais pelo aspecto pessoal que ele apresenta. É uma propriedade no sentido de ser uma apropriação privada de um bem móvel imaterial, portanto, uma propriedade diferente. Da mesma forma, Eduardo Pimenta⁸⁶ sustenta a natureza proprietária do Direito Autoral, ao afirmar que “devemos ver os direitos autorais como uma

⁸¹ Id. ibidem, p. 62.

⁸² José Afonso da Silva, ao falar sobre os direitos fundamentais, relacionados à Propriedade Intelectual, utilizou a expressão “propriedade autoral”, para explicar o teor do artigo 5º incisos XXVII e XXVIII da Constituição Federal Brasileira (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 249).

⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil reais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 614; e ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Minerva, 1968. n. 88. p. 108.

⁸⁴ Neste sentido, advertiu Eduardo Pimenta. [PIMENTA, Eduardo. Princípios de direitos autorais – um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998. Livro 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.](#)

⁸⁵ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 17.

⁸⁶ Eduardo Pimenta, analisa cronologicamente as teorias que buscam explicar a natureza jurídica do Direito Autoral, como a do privilégio ou do monopólio, das obrigações *ex delicto*, do Direito de Propriedade, da personalidade, da quase propriedade, do usufruto do autor, da propriedade *sui generis*, da forma separável da matéria, de ser um Direito patrimonial, de ser ao mesmo tempo real e pessoal, do Direito intelectual dos bens jurídicos imateriais, do Direito absoluto, de clientela, do trabalho ([PIMENTA, Eduardo. Princípios de direitos autorais – um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998. Livro 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 26 a 47\).](#)

propriedade. E aos direitos autorais serão cabíveis todas as prerrogativas da propriedade”⁸⁷.

Cabe alertar⁸⁸ que a opção de analisar, ainda que sumariamente, as teorias do Direito da propriedade, da Propriedade Intelectual e do Direito Autoral, teve o objetivo único de definir, desde plano, a opção de tratar o Direito Autoral como propriedade, no sentido do exercício da titularidade, entendida esta como a funcionalização da apropriação privada do bem intelectual.

Neste sentir, o aspecto econômico é latente, mas a propriedade deve ser exercida dentro de um equilíbrio que permita ao autor e/ou titular de Direito obter os frutos de seu trabalho, de seu investimento, sem impedir, de forma abusiva, o acesso às obras e o uso transformativo destas pelos usuários e/ou consumidores. Caso contrário, não se pode entender o Direito Autoral como propriedade, pois se estaria atentando contra o seu aspecto social, que é tão importante quanto o econômico⁸⁹.

Porém, a noção de propriedade não deve ser vista sob o ponto de vista restritivo dos direitos reais, ela, como noção política e econômica, tem um sentido maior de titularidade, de apropriação privada de bem, nas quais as noções do exclusivo e do uso se confundem. O Direito Autoral, assim como os direitos intelectuais, no geral, podem ser considerados propriedade, mas não é possível enquadrá-los como Direito real. O Direito Autoral é propriedade, porque se trata de verdadeira apropriação privada, onde exerce plenamente a titularidade sobre seu objeto criativo, motivo pelo qual José de Oliveira Ascensão já afirmou que ao Direito Intelectual só se aproveita o seu aspecto patrimonial, e, neste sentir, seria propriedade⁹⁰.

A constatação de que as legislações protetivas ao Direito de Autor foram elaboradas nitidamente para criarem verdadeiros monopólios, capazes de garantir o exercício exclusivo

⁸⁷ Id. ibidem, p. 46.

⁸⁸ Este alerta se traduz em uma escolha perigosa, porém consciente, visto que nunca a natureza jurídica dos institutos deve ser fruto da conclusão de um trabalho e, por isto, não devem ser ofertados logo no início deste, sob pena de engessamento do próprio trabalho. Contudo, a opção realizada, embora audaciosa, se trata de um risco assumido e necessário para o desenvolvimento do presente trabalho, motivo pelo qual pedimos escusas ao leitor pelo ato de liberalidade.

⁸⁹ Neste sentido, leciona Ricardo Aronne, ao sugerir que o Direito à propriedade não se realiza simplesmente pelo ato da apropriação privada, é necessário que este ato atinja a função social da propriedade. (ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio – Reexame sistemático das noções nucleares de Direito reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.199 e seguintes)

⁹⁰ Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil reais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 50.

das prerrogativas patrimoniais dos titulares de direito, não apaga a importância do personagem central da atividade criativa: o autor⁹¹. Por isto, atreve-se dizer que o Direito Autoral foi concebido para viver só, de maneira isolada, contendo todas as regras necessárias para impedir que outras áreas do Direito e do sistema, em geral, invadissem a sua esfera e, com isto, perturbassem o livre exercício de sua titularidade.

Pode-se concluir que é falacioso o argumento, mesmo dentro do sistema do *Droit d'auteur*, que a proteção jurídica foi elaborada visando à figura do autor. Na verdade, a importância e a sobreposição do aspecto econômico sempre o sobrepujaram, embora não fosse simpático e amigável assumir esta intenção, como fez, claramente, o sistema do *Copyright*. Com isto, não se quer enaltecer o aspecto econômico em detrimento das sociais, muito ao contrário, a assunção deste fato político e histórico justifica a funcionalização da propriedade nos termos previstos na Constituição Federal brasileira.

A visão romântica de que quando se fala em direitos de autor, refere-se aos nossos criadores intelectuais deve ser abandonada, a não ser que se prefira deturpar a realidade dos fatos. Quando se fala em direitos de autor, pode-se até pensar em criador nacional, mas com certeza, junto dele se acercam os investidores (editores, produtores musicais e audiovisuais, empresas de software, grandes conglomerados de telecomunicações e radiodifusão) e uma gama enorme de outros interesses que obrigam os Estados a sinalizarem a importância dessa matéria no contexto de suas economias. Otávio Afonso, p. 185.

⁹¹ Apenas como caráter ilustrativo, veja-se a observação de Hermenegildo Baylos: BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. **Tratado de derecho industrial**: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal. 2. ed. act. Madrid: Civitas, 1993. p. 391, ao falar da teoria do Direito de Propriedade: “Y aquí es donde se plantea un conflicto entre el ideario revolucionario que postula la libertad de empresa, la posibilidad de ejercer una actividad industrial y económica sin límite alguno, la supresión de toda posición privilegiada en el mercado, y esa pretensión monopolística, que es la única que satisface plenamente el derecho de los creadores. Las resistencias y las objeciones a su implantación son conocidas: los pretendidos derechos del autor: del inventor se presentan ante los partidarios extremistas de la libertad económica como monopolios obstaculizadores de la libertad de comercio, reminiscencia de los privilegios feudales, nuevas cortapisas a la libertad que ahora van a centrarse en la pretensión insufrible de encadenar las ideas y los pensamientos, por naturaleza inapropiables, al dominio de uno solo” e na nota de rodapé nº 574 que este trecho remete diz: “la idea de la propiedad intelectual” pertenece a una etapa determinada do derecho de autor. Esta idea rompió con la protección mediante privilegios contra la reimpresión y ayudó al autor a conseguir un derecho propio sobre la obra intelectual. E esto radica al mismo tiempo el mérito histórico y la limitación temporal en la validez de esta idea” (ROEBER, Georg. **Urheberrecht der geistiges Eigentum**, em “**schriftenreihe de UFUTA**, Baden-badenm, 1956. p. 29).

Como lembra Maristela Basso, “a repercussão e o impacto das criações no meio social, cultural, econômico e tecnológico são as forças motrizes das criações e do espírito humano. Aí porque sua tendência à socialização”⁹². Porém, as causas que permitem o acesso livre e gratuito às obras e as que autorizam a exclusão destes direitos fundamentais foram reguladas a partir de critérios econômicos.

O advento da Sociedade da Informação pôs em destaque o aspecto econômico, a ponto de os recentes instrumentos internacionais levarem ao extremo este entendimento, pois “os direitos intelectuais permitem estabelecer relações de troca que consolidam posições de domínio dos titulares. Implicam um tipo de sujeição que exclui que as situações relativas que se criam possam ser profundamente alteradas num futuro previsível”⁹³. É com fundamento neste poder que os titulares de Direito Autoral impedem e neutralizam o acesso das obras pelos usuários e/ou consumidores e mesmo de potenciais concorrentes, o que caracteriza o excesso de titularidade⁹⁴.

Este aspecto não deixa de ser contraditório na atualidade, porque foi

a revolução francesa que pôs fim aos privilégios e, ao mesmo tempo, proclamou o Direito do autor de obter os frutos de sua criação, considerando-o o único que não fere o interesse social. A titularidade do autor sobre sua obra foi, a partir daí, provocando as mais amplas interpretações⁹⁵.

Hoje, com os avanços da tecnologia da informação e da comunicação, é indispensável compreender as prerrogativas morais e patrimoniais a que estão obrigados os sujeitos da relação autoral, bem como os sistemas jurídicos de proteção autoral.

⁹² BASSO, Maristela. **O Direito internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 57.

⁹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias**, ano I, número I, ago. 2004, p. 13.

⁹⁴ Como adverte José de Oliveira Ascensão: “na realidade, tudo isto vai ao caminho do apagamento do titular de direitos intelectuais para substituir pelo explorador econômico”, porque o explorador é o titular derivado e, por vezes, o próprio originário no caso de obras de pessoa jurídica” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Desenvolvimento tecnológico: Controvérsias e Estratégias**, ano I, n. I, p. 23, ago. 2004).

⁹⁵ ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001. p. 21.

Prerrogativas morais e patrimoniais

Os direitos morais constituem prerrogativas personalíssimas que são conferidas aos autores. Bruno Jorge Hammes entende que o Direito moral é o que protege o autor nas suas relações pessoais e ideais (de espírito) com a obra. O Direito moral seria a ligação (vínculo) do Direito de Autor, em seu todo, a uma determinada obra⁹⁶.

Apresenta como característica geral ser um Direito absoluto, oponível *erga omnes*, inalienável, irrenunciável, não suscetível de embargos e de expropriação, imprescritível, transmitido *causa mortis* e perpétuo⁹⁷.

O artigo 6 bis da Convenção de Berna dispõe sobre as duas faculdades básicas dos direitos morais dos autores: o Direito à paternidade de sua autoria e de integridade de sua obra. Entretanto, além destas várias legislações, incluem outras prerrogativas morais, além das duas citadas, tais como: o Direito ao inédito, o de arrependimento, o de acesso, o de modificar, o de divulgação, entre outros⁹⁸.

⁹⁶ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 60.

⁹⁷ Apesar de se apontar o Direito moral como perpétuo, entende-se que, na verdade, a sua duração corresponde, ao menos, ao período equivalente ao de duração do Direito patrimonial, uma vez cessado o prazo pós-morte. O Direito de Autor, como instituto jurídico, morre, nascendo, neste momento, o Direito à cultura, cabendo ao Estado ou aos próprios cidadãos o Direito de zelar pela integridade da obra e a paternidade do autor, considerando esta um patrimônio cultural da humanidade.

⁹⁸ Além da Convenção de Berna, outros instrumentos internacionais dispõem sobre os direitos morais. Embora não previsto na Convenção de Roma, sempre houve o entendimento de respeito às interpretações ou execuções dos artistas intérpretes ou executantes. O prazo mínimo de duração é de vinte anos contados a partir do final do ano em que foi realizada a fixação do fonograma e das interpretações ou execuções gravadas ou em que se tenha realizado a atuação, no caso dos intérpretes ou executantes que não estejam gravados em fonogramas, ou no caso das radiodifusões, quando se tenha realizado a emissão (artigo 14). Já o ADPIC/TRIPS, no que diz respeito ao Direito de Autor, determina que se apliquem os dispostos nos artigos 1 a 21 da Convenção de Berna, exceto o disposto no artigo 6 bis, ou seja, ao Direito moral do autor. Em outras palavras, o Acordo não cria nem estabelece obrigações aos Estados-Membros no que diz respeito aos direitos morais do autor (artigo 9/1), o que constitui um Berna-menos. Diferentemente do ADPIC/TRIPS, o TODAWCT privilegiou o Direito moral dos autores ao admitir, expressamente, que se aplicam os artigos 2 a 6 da Convenção de Berna, o que constitui uma importante conquista para os efeitos dos direitos do autor na Sociedade da Informação (artigo 3). Embora exclua os artistas de obras audiovisuais, o Tratado conferiu, expressamente, os direitos morais aos artistas intérpretes ou executantes, no que diz respeito às suas interpretações ou execuções sonoras, feitas ao vivo, ou fixadas em fonogramas, no que diz respeito à integridade e paternidade. A duração deste Direito deve equivaler ao menos ao período de duração do Direito patrimonial (artigo 5). O

Direito à paternidade corresponde à faculdade, dada ao autor, de exigir que o seu nome ou pseudônimo seja vinculado à sua obra ou, no aspecto negativo, de que a sua criação intelectual se dê anonimamente. Do Direito de paternidade, decorre um outro, encontrado na lei brasileira, qual seja, o de ter o seu nome indicado como autor da obra. Esta prerrogativa consiste no Direito de o autor ter o seu nome indicado na obra, como ressalta Hammes, "onde a obra aparece, o autor tem Direito de aparecer juntamente com ela"⁹⁹.

Direito à integridade corresponde à faculdade de o autor exigir o respeito quanto ao exato conteúdo de sua obra. Em outras palavras, ele pode impedir modificações ou alterações que afetem a concepção da obra tal, como fora expressado, ainda que tenha dado autorização para a sua utilização¹⁰⁰. Desta maneira, o Direito de modificação da obra está reservado ao autor por ocasião de uma nova edição desta.

Direito de divulgação consiste na faculdade de o autor tornar acessível ao público a sua obra, ficando exposto às críticas sobre a mesma. Mas existem entendimentos contrários, segundo os quais, o Direito de divulgação corresponde ao Direito patrimonial e não ao moral, pois está relacionado à comercialização da obra¹⁰¹. O aspecto negativo do Direito de divulgação seria o Direito ao inédito, ou seja, a prerrogativa do autor manter a obra inédita, o que pressupõe o Direito de não divulgá-la por primeira vez, pois, uma vez divulgada, o Direito ao inédito se esgota¹⁰².

O Direito de arrependimento pressupõe que a obra já tenha sido divulgada, mas que, por questões pessoais, o autor não tem mais interesse de que a mesma seja tornada pública novamente, não sendo necessário que ele justifique a razão pela qual não deseja mais ver a sua obra divulgada.

reconhecimento dos direitos morais básicos constitui um dos maiores avanços do TOIEFWPPT, pois nem a Convenção de Roma, nem o ADPIC/TRIPS previram estes direitos.

⁹⁹ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 62.

¹⁰⁰ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **Derecho de autor**. 2. ed. Caracas: SAPI – Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1998. v. I. p. 376.

¹⁰¹ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 63.

¹⁰² Id. *ibidem*, p. 62.

O Direito de acesso está relacionado às obras, cujo suporte material pertença a terceiros, como uma pintura, uma escultura, das quais os autores têm a faculdade de fazer uma cópia ou tirar fotografias (*e.g.*, para catálogos de suas obras) sem, contudo, atingir a privacidade do proprietário da obra, mais especificamente, do suporte material.

Com estas breves palavras sobre os aspectos gerais dos direitos morais dos autores, cabe destacar que, embora não previsto na Convenção de Roma, sempre houve o entendimento de respeito às interpretações ou execuções dos artistas intérpretes ou executantes.

Ao serem analisados os novos Tratados da OMPI e o ADPIC/TRIPS, verifica-se que os direitos morais clássicos (paternidade e integridade) foram mantidos aos autores e estendidos aos artistas intérpretes ou executantes.

Esta regulamentação surgiu porque a digitalização das palavras, dos sons e das imagens oportunizaram aos usuários da *internet* reproduções idênticas e, por vezes, com uma qualidade superior à original, colocando em risco as prerrogativas morais¹⁰³.

A par da existência de normatização internacional, no sentido de assegurar os direitos de paternidade da autoria e integridade da obra, faculdades estas que foram reconhecidas aos artistas intérpretes ou executantes, o importante é destacar que, na Sociedade da Informação, o reconhecimento destes direitos é uma conquista importante, tendo em vista casos, como o do NAPSTER (relacionado aos direitos conexos) e o do filme de John Huston, "Asphalt Jungle", que foi colorizado sem a autorização dos herdeiros do diretor¹⁰⁴.

¹⁰³ Ricardo Antequera Parilli adverte que "De allí que la combinación de la tecnología digital con las futuras 'superautopistas de la información' (de las cuales la actual Internet es apenas una pequeña 'trocha'), constituirán el nervio central de las comunicaciones en materia de enseñanza, investigación, entretenimiento e información, y su verdadera dimensión estará unida al volumen del material disponible y autorizado que pueda ponerse en circulación, en buena parte, por obras, interpretaciones y producciones protegidas por el derecho de autor o por los derechos conexos. Ante esse panorama, no há faltado quien propugne – con una visión ligera de las cosas, a nuestro entender – que los derechos morales del autor (específicamente los llamados 'clásicos': divulgación, paternidad e integridad) deben desaparecer con motivo de las nuevas tecnologías, como la digital" (ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **Derecho de autor**. 2. ed. Caracas: SAPI – Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1998. v. I. p. 384).

¹⁰⁴ Neste sentido, ver: HERNÁNDEZ ARROYO, Pablo. HERNÁNDEZ ARROYO, Pablo. Los sistemas básicos de protección de los derechos: 'copyright' versus 'derecho de autor/derechos conexos al de autor'. Posición general de las legislaciones iberoamericanas. In: **El derecho de autor y los derechos conexos y su gestión colectiva en la sociedad de la información** (Octavo curso

Sem dúvida, como adverte Ricardo Antequera Parilli, os grandes debates sobre o Direito moral na *Internet* terão por base as obras multimídia, tendo em vista a quantidade de incorporação ou transformação de obras pré-existentes, como as bases de dados ou, nas obras multimídias, que se realizem sem o consentimento do autor e/ou titular de direito, pois, se estiverem autorizadas, seriam perfeitamente lícitas¹⁰⁵. As questões, relativas aos direitos patrimoniais e morais dos autores ou titulares de direitos e beneficiários de direitos conexos, serão resolvidos no âmbito contratual.

No que diz respeito aos direitos patrimoniais, estes se caracterizam por serem exclusivos aos autores e/ou titulares dos direitos e beneficiários de direitos conexos, sendo temporários, disponíveis, renunciáveis, embargáveis e submetidos a um conteúdo ilimitado, ou seja, a forma de exploração da obra não se restringe a uma lista exaustiva. Basicamente, se resumem a três: direitos de reprodução, comunicação pública e tradução.

O Direito de reprodução consiste na prerrogativa, conferida ao autor e/ou titular de direito, de autorizar ou proibir que a sua obra, interpretação ou execução, seja explorada originalmente ou de forma modificada por qualquer meio ou procedimento que possibilite a comunicação e a obtenção de uma ou de várias cópias da obra¹⁰⁶.

Já o Direito de comunicação pública compreende o Direito de execução ou interpretação pública e radiodifusão. Delia Lipszyc entende “por comunicação pública de uma obra todo ato pelo qual uma pluralidade de pessoas possa ter acesso no todo ou na parte dela, em sua forma original ou transformada por meios que não consistem na distribuição de exemplares”¹⁰⁷.

Direito de tradução consiste na prerrogativa exclusiva de autorizar ou proibir a versão da obra original em outro idioma, e o Direito de adaptação, à faculdade de autorizar ou impedir a modificação de uma obra, para adequá-la ao formato de um filme, peça teatral ou de

académico regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina). Santa Cruz de la Sierra: OMPI/SGAE, Oct. 2001.; ANTEQUERA PARILLI, op. cit., p. 387; BERTRAND, André. En la "jungla" del derecho de autor internacional: ¿El derecho moral francés resultará inmoral en Norteamérica?. **Derecho de Alta Tecnología**, Buenos Aires, año I, n.8, p. 1, abr. 1989.

¹⁰⁵ ANTEQUERA PARILLI, op. cit., p.389.

¹⁰⁶ Neste sentido, ver: LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: UNESCO/CERLAC/ZAVALIA, 1993. p. 179.

¹⁰⁷ Id. ibidem, p. 179.

uma novela.

Como a forma de exploração patrimonial da obra não está submetida a uma enumeração taxativa, as legislações dos países prevêem outras, como o Direito de seqüência, que tem por objetivo do autor participar nos lucros, no caso de cada revenda da obra. Como destaca Bruno Jorge Hammes "como Direito de seqüência, objetiva-se fazer o autor participar dos lucros que os revendedores auferem em cada nova alienação"¹⁰⁸.

No ambiente digital, o ADPIC/TRIPS e os Tratados da OMPI também se preocuparam em disciplinar as questões relativas aos direitos patrimoniais no Direito Autoral, especificamente no que se refere ao Direito de reprodução, distribuição e comunicação pública das obras e interpretações e execuções no ambiente digital.

A Convenção de Berna, nos artigos 8, 9, 11, 12 e 14, prevê os direitos patrimoniais de exploração exclusiva de suas obras, tais como o de fazer ou autorizar a tradução de suas obras; de autorizar a reprodução de suas obras por qualquer meio ou procedimento; de autorizar a representação ou a execução pública de suas obras; de autorizar a radiodifusão e a comunicação pública por fio ou sem fio da obra radiodifundida, a comunicação pública por alto-falantes ou qualquer instrumento análogo; de autorizar a recitação pública; de autorizar as adaptações; de efetuar adaptações e reproduções cinematográficas da obra; de distribuir as obras adaptadas e reproduzidas; e o Direito de seqüência.

Na Convenção de Roma, no que diz respeito ao Direito Patrimonial, o artista intérprete ou executante tem a possibilidade de impedir certos atos realizados sem o seu consentimento (artigo 7), tais como a radiodifusão e a comunicação ao público de suas interpretações ou execuções, a gravação de uma interpretação ou a execução não fixada e a reprodução de uma fixação da interpretação ou a execução sempre que a fixação original tenha sido realizada sem o consentimento destes ou que a reprodução se realize para fins não permitidos pela Convenção ou pelos beneficiários. Já os produtores de fonogramas têm o Direito de Autorizar ou proibir a reprodução dos fonogramas, embora se admita o pagamento de remuneração eqüitativa pela radiodifusão ou comunicação ao público dos fonogramas

¹⁰⁸ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 79.

(artigo 10). Os organismos de radiodifusão também têm o Direito de Autorizar ou proibir a retransmissão simultânea de suas emissões, a fixação de suas emissões, a reprodução de fixações não autorizadas de suas emissões ou as reproduções de fixações com fins ilícitos e a comunicação ao público de suas emissões de televisão, quando estas são efetuadas em lugares acessíveis ao público, mediante o pagamento de um Direito de entrada (artigo 13).

Já o ADPIC/TRIPS, no artigo 10, apresenta um Berna-plus¹⁰⁹, ao estabelecer, expressamente, que os programas de computador são protegidos como obras literárias, nos termos da Convenção de Berna e, às bases de dados, que se caracterizem pela originalidade, é conferida proteção.

Outros casos de incidência de Berna-plus encontram-se no artigo 11, com o Direito de aluguel de cópias de programas de computador e obras audiovisuais, muito embora este Direito não se aplique a esta última, se houver um menoscabo quanto ao Direito exclusivo de reprodução, em razão do número elevado de cópias. No que tange aos direitos conexos, o ADPIC/TRIPS também dedicou o artigo 14/1 para regulamentar algumas situações. A exemplo da Convenção de Roma, concedem-se aos artistas intérpretes e executantes o Direito de impedir (e não de autorizar ou proibir) a fixação em fonogramas de suas interpretações ou execuções não fixadas, a difusão por meios alâmblicos e inalâmblicos¹¹⁰ e a comunicação ao público destas, assim como a reprodução das fixações, não existindo o Direito de difusão e comunicação ao público de interpretações ou execuções fixadas, como previsto na Convenção de Roma.

Quanto aos produtores de fonogramas, o mesmo artigo 14/2 confere o Direito de Autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta de seus fonogramas, tendo o Direito de aluguel sobre as cópias dos mesmos, salvo no caso dos países que já tenham estabelecido um sistema de remuneração eqüitativa para o Direito de aluguel na data em que se adotou o ADPIC. Podem estes países manter este sistema de remuneração, desde que não cause um menoscabo ao Direito exclusivo de reprodução, conferido aos titulares dos direitos.

Já no referente aos organismos de radiodifusão, ao contrário do estabelecido pela

¹⁰⁹ Diz-se Berna-plus porque se ampliou a proteção em relação à conferida na Convenção de Berna.

¹¹⁰ O meio alâmblico exige um suporte material como o fio para que a informação seja transmitida em determinada posição geográfica; já o meio inalâmblico consiste na tecnologia que permite aos usuários acessar a informação e serviços eletronicamente, independente de sua posição geográfica.

Convenção de Roma (Direito de Autorizar ou proibir), esta prevê o Direito de impedir a fixação de suas emissões, a reprodução destas fixações, a retransmissão por meios inalâmbricos destas emissões, assim como a comunicação ao público das emissões via televisão (e não por rádio). Confere-se aos países a faculdade de conceder aos titulares do Direito de Autor sobre os programas de radiodifusão, ou seja, a possibilidade de impedir os atos, acima referidos, nos termos da Convenção de Berna, o que implica dizer a possibilidade de impor licenças não-voluntárias.

O TODA/WCT, seguindo os ditames do ADPIC/TRIPS, dispôs sobre a proteção dos programas de computadores como obras literárias (artigo 4) e a proteção das bases de dados originais (artigo 5). Destaca-se que esta proteção se dá, igualmente, quanto ao Direito exclusivo de autorizar o aluguel relativo a programas de computadores, obras cinematográficas e obras incorporadas em fonogramas (este último não está previsto no ADPIC/TRIPS).

Admite o Direito exclusivo de autorizar a distribuição das obras literárias e artísticas aos autores (artigo 6), bem como o Direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público das obras por meios alâmbricos ou inalâmbricos, compreendida a colocação da disposição das obras ao público, de maneira que os membros do público possam acessar estas obras, a partir do lugar e no momento em que cada um destes escolher (diga-se *internet*).

Preceitua a obrigação dos Estados-Membros promoverem, no âmbito legal, proteção jurídica adequada através de medidas tecnológicas, a fim de proporcionar aos autores respeito às suas obras que circulam no ambiente digital, contra atos que ocorram sem a devida autorização.

O TOIEF/WPPT, no âmbito das definições propostas, inclui a proteção da execução ou interpretação das expressões do folclore, o que não era previsto pela Convenção de Roma (artigo 2,a); já, quanto aos beneficiários da proteção do TOIEF/WPPT, este não incluiu os organismos de radiodifusão (artigo 3).

Quanto aos direitos patrimoniais dos artistas intérpretes e executantes, também se identifica uma valorização dos seus direitos, tendo em vista que o Tratado prevê que estes

beneficiários gozarão do Direito de Autorizar (e não a faculdade de impedir) as suas execuções ou interpretações não fixadas (artigo 6), bem como o Direito exclusivo de autorizar a reprodução direta ou indireta de suas interpretações ou execuções, fixadas em fonogramas, por qualquer meio ou procedimento, ou seja, aqui se está falando especificamente de fonogramas em formato digital e em ambiente digital (*internet*). Por isso – esclarece a declaração concertada –, o armazenamento de uma interpretação ou execução, protegida ou de um fonograma em formato digital em um meio eletrônico, constitui um ato de reprodução.

Igualmente, tem o Direito exclusivo de autorizar a distribuição ao público dos originais ou das cópias de suas interpretações ou execuções, fixadas em fonogramas, tendo também o Direito de aluguel sobre estas e o Direito de comunicação pública destas, através de fio ou por meio inalâmbrico, de maneira que os membros do público escolham o lugar e o momento de acessá-las.

No que refere aos direitos dos produtores de fonogramas, estes acompanham a linha de raciocínio da proteção dos direitos patrimoniais, prevista para os artistas intérpretes e executantes, tendo o Direito exclusivo de autorizar a reprodução, a distribuição, o aluguel e a disposição ao público. Assinala-se que as observações, acima descritas, se aplicam neste contexto.

Apresentam como disposições em comum o Direito de remuneração por radiodifusão e de comunicação ao público, prevendo, para ambos, a remuneração eqüitativa e única pela utilização direta ou indireta para a radiodifusão ou qualquer comunicação pública dos fonogramas que tenha finalidade comercial.

Ainda, obrigam as Partes Contratantes a proporcionar medidas tecnológicas de segurança, a fim de que se restrinjam os atos que não tenham sido autorizados por estes beneficiários. O prazo de duração da proteção também foi outro ponto alterado pelo TOIEF/WPPT, ao conceder aos artistas intérpretes ou executantes o período não inferior ao de 50 anos, contados do final do ano em que a interpretação ou a execução foi fixada em um fonograma, e aos produtores de fonogramas concedeu-se o mesmo prazo, mas contado a partir do final do ano em que foi publicado o fonograma ou, quando não publicado, a partir do final do ano em que se realizou a fixação.

Sistemas Jurídicos de Proteção Autoral

Não se pretende aqui fazer uma abordagem histórica quanto ao surgimento destes sistemas jurídicos¹¹¹, pois não constitui o objetivo deste trabalho. Aqui basta mencionar que o sistema de *Copyright* é utilizado em países cuja tradição jurídica é a da *Common Law*, tais como os Estados Unidos, o Canadá, a Inglaterra, a Austrália, entre outros que, em matéria de Direito de Autor, estão mais direcionados à atividade de exploração das obras e à comercialização destas. Já o sistema de Direito de Autor está inserido dentro de uma concepção jurídica romano-germânica, sendo adotada pelos países que acompanham esta opção legislativa que, ao contrário do sistema do *Copyright*, confere uma proteção mais individualista, centrada na figura do autor da obra.

Daí a necessidade de se estabelecer uma diferenciação entre os sistemas de proteção, basicamente no que diz respeito à sua finalidade, ao seu objeto, ao conceito de obras, à autoria e titularidade, aos direitos morais, às formalidades, aos direitos patrimoniais e às limitações e exceções dos direitos autorais¹¹².

Estabelecer estas diferenciações é importante, porque muitos doutrinadores¹¹³, diante

¹¹¹ Quanto à origem destes dois sistemas jurídicos de proteção, indicamos: HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 162-167; HERNÁNDEZ ARROYO, Pablo. Los sistemas básicos de protección de los derechos: 'copyright' versus 'derecho de autor/derechos conexos al de autor'. Posición general de las legislaciones iberoamericanas. In: **El derecho de autor y los derechos conexos y su gestión colectiva en la sociedad de la información** (Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina). Santa Cruz de la Sierra: OMPI/SGAE, Oct. 2001.

¹¹² As diferenciações, examinadas nos itens seguintes, foram elaboradas a partir das seguintes obras: LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: UNESCO/CERLAC/ZAVALIA, 1993. p. 39-54; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Propiedad intelectual, derecho de autor y derechos conexos. In: **Los derechos de autor y los derechos conexos desde la perspectiva de su gestión colectiva** (Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina). San Jose: OMPI/SGAE, Ago.-Oct. 2000. p. 16-19; HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 161-168; HERNÁNDEZ ARROYO, Pablo. Ob. cit.

¹¹³ É o caso de Isaac Pilati que aduz: "Na verdade, a Internet está decretando a dessuente da legislação vigente, de direitos autorais; as demandas judiciais, especialmente aquelas travadas nos Estados Unidos, deverão indicar novos caminhos a tomar" (PILATI, Isaac. **Direitos autorais e Internet**. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática – limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 63 . Contudo, concorda-se com o autor no sentido de que o importante é estar atento à defesa dos interesses gerais da liberdade na *Internet* (a censura nunca foi boa parceira) e da cultura (no que respeita

da falta de uma regulamentação do ciberespaço, buscam as soluções dos limites dos direitos autorais com base no sistema de *Copyright*, o que é perigoso, pois o alicerce da proteção mundial dos direitos autorais está calcado no sistema do Direito de Autor.

Características do Sistema do *Copyright*

Desde sua origem, a finalidade da proteção dos direitos autorais sempre esteve direcionada ao aspecto comercial. Em outras palavras, orientava-se para a regulamentação do *Copyright* para a atividade comercial de suas obras.

Quanto ao objeto, o sistema do *Copyright* não protege apenas as obras, entendidas estas como as criações humanas que se caracterizam pela originalidade, mas também considera como obras o resultado de atividades técnico-empresariais, que carecem de criatividade – basta imaginar o caso dos fonogramas, das emissões de radiodifusão e as transmissões por cabo.

Ainda, no que tange ao objeto de proteção, existe, por parte dos países anglo-saxões, a exigência de um requisito para a sua proteção, mais especificamente, de que a obra se encontre fixada em um suporte material.

Por consequência da finalidade de proteção da obra e do alargamento deste conceito, no que diz respeito à autoria e titularidade, se admite a possibilidade de se considerar autor e/ou titular originário destes direitos a pessoa jurídica, o que constitui uma ficção jurídica, pois se considera autor e/ou titular originário da obra o produtor de fonogramas, para citar um exemplo.

No tange aos direitos morais dos autores, as legislações dos países anglo-saxões admitem duas possibilidades: a lei é omissa e não faz qualquer referência aos direitos morais, ficando os tribunais com o papel de aplicar a proteção correspondente em caso de violação. Para o efeito geralmente se baseiam nas normas relativas aos direitos da personalidade, ou admitem na lei apenas aqueles direitos morais básicos que são reconhecidos pela Convenção

aos direitos autorais). A tendência parece apontar para uma redefinição das limitações ao Direito Autoral e o barateamento da utilização, em face da massificação e dos baixos custos de distribuição.

de Berna, ou seja, o da paternidade do autor e a integridade da obra, mesmo assim admitindo a possibilidade de renúncia destes direitos.

Quanto às formalidades, o sistema do *Copyright*, inicialmente, exigia uma série delas, como a obrigatoriedade do registro da obra. Com o efeito de harmonização da Convenção de Berna sobre as legislações dos Estados-Membros, o exercício e o gozo dos direitos autorais não estão submetidos a qualquer cumprimento de formalidade. Contudo, nos Estados Unidos, apesar de se terem tornado signatários da referida Convenção, prevaleceu o entendimento de que a ausência da menção de reserva, caracterizada pelo símbolo © nas obras, configura uma exceção ao princípio da boa-fé, pela falta de conhecimento da alteração da Lei Autoral americana por parte de toda a população, permanecendo implicitamente a necessidade de incluir esta formalidade.

Os direitos patrimoniais são, por excelência, consagrados nas legislações dos países que adotam o sistema do *Copyright*, reconhecendo o Direito de exploração das obras; entretanto apresentam uma peculiaridade: os direitos de exploração referem-se apenas aos elencados na lei, ou seja, são tipificados.

No que tange às limitações, estas se referem ao Direito de exploração da obra e utilizam-se muito das licenças não-voluntárias. Com base nelas, o autor não pode se opor a determinadas utilizações de sua obra, podendo apenas exigir uma remuneração correspondente às modalidades de exploração da mesma. Por exemplo, quando há uma radiodifusão ou gravação sonora. Junto a isto, há um aspecto muito peculiar no que diz respeito às limitações e exceções no sistema do *Copyright* que é a exceção do *fair use* (uso justo). Esta exceção apresenta contornos mais amplos, e a sua interpretação e aplicação são feitas pelos tribunais, especificamente com base na boa-fé (*innocent infringement*). Desta forma, os limites e as exceções não apresentam um elenco taxativo e de interpretação restritiva.

Características do Sistema do *Droit d'Auteur*

A regra geral é de que a proteção dos direitos autorais se dá no âmbito territorial. Entretanto, estes direitos constituem uma categoria jurídica, caracterizada pela universalidade

e coexistência de dois sistemas de proteção, o do *Copyright* e o do Direito de Autor. A proteção internacional destes direitos nasceu no final do século XIX, com o firme propósito de dirimir conflitos entre as leis internas para fortalecer a cultura local¹¹⁴, tendo em vista que a proteção das obras, na esfera internacional, é de interesse da humanidade, surgindo a necessidade de estabelecer normas de proteção mínima aos Estados, através dos acordos internacionais¹¹⁵.

Estes fatores ratificam o reconhecimento dos direitos autorais como de ordem internacional, pois a transnacionalidade e a transculturalidade¹¹⁶ das obras exigem regramento, baseado em uma legislação internacional. Caso contrário, não se poderia harmonizar os sistemas de proteção existentes (*Copyright* e Direito de Autor), principalmente se imaginar o contexto atual, onde as obras circulam por um território virtual e os conflitos que venham a surgir devem ser resolvidos dentro deste ambiente, daí ser imprescindível o regramento dos direitos autorais através de acordos internacionais¹¹⁷.

É evidente que a proteção internacional dos direitos autorais não implica a inexistência de regramento interno sobre a matéria, este é fundamental para a solução dos conflitos dentro do território nacional entre os nacionais. Contudo, a existência de um regramento mundial sobre a matéria, no qual se estabelecem princípios mínimos a serem obedecidos pelos Estados signatários, provoca, inevitavelmente, alteração na própria

¹¹⁴ Fala-se em fortalecimento da lei local, porque, se as obras estrangeiras não forem protegidas no território de determinado país, o que implica a sua utilização gratuita e sem remuneração aos autores, elas acabam competindo com as obras nacionais, que dependem de autorização e pagamento para serem usadas.

¹¹⁵ Sobre o tema Delia Lipsyc adverte: “La vocación universal de las obras del espíritu y el don de ubicuidad que las caracteriza determinan que la protección del derecho de autor dentro de los límites del país de origen sea insuficiente para asegurar la tutela. Es necesario que los derechos de los autores sean reconocidos con niveles adecuados y tengan vigencia efectiva en todos los lugares donde las obras puedan utilizarse. [...] En consecuencia, para que la protección de la obra nacional dentro del próprio territorio resulte eficaz, es necesario que la obra extranjera también se encuentre protegida, de lo cual se deriva una aparente paradoja: para proteger la obra nacional hay que proteger la obra extranjera” (LIPSYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: UNESCO/CERLAC/ZAVALIA, 1993. p. 590).

¹¹⁶ Expressões utilizadas por BASSO, Maristela. **O Direito internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 315.

¹¹⁷ Neste sentido, Maristela Basso explica: “Não obstante a ausência ou deficiências do sistema de proteção dos direitos de Propriedade Intelectual, as criações do pensamento sempre tenderam à universalidade, em todas as suas formas de manifestação, e o mundo vem sendo unificado, há séculos, pelas artes e demais manifestações do pensamento, cujas formas e conteúdos podem ser avaliados por critérios intelectuais universalmente compartilhados. Daí a importância dos tratados e convenções internacionais que fixam padrões mínimos de proteção, derrubando as fronteiras do pensamento, assegurando-lhes reconhecimento e proteção” (BASSO, op. cit., p. 315).

legislação interna, com a incorporação dos princípios internacionais¹¹⁸.

Desde sua origem, a finalidade essencial da proteção teve como figura central a pessoa do autor, manifestando-se, assim, um forte caráter individualista, sendo a proteção direcionada a este.

No que se refere ao objeto, o sistema do Direito de Autor somente considera como obra as criações oriundas da inteligência do homem, que têm o caráter de originalidade e que consistem em obras literárias artísticas. É evidente que o sistema protege os fonogramas e as gravações, assim como as emissões por radiodifusão ou a cabo, mas dentro dos direitos conexos, pois estas atividades não constituem obras.

No que diz respeito à proteção do objeto do Direito de Autor, a obra está protegida pelo simples fato de ser esta a criação, não havendo necessidade de sua incorporação a um objeto material, basta lembrar que os sermões estão protegidos e constituem obras orais. Entretanto, observa Ricardo Antequera Parilli¹¹⁹ que algumas leis exigem a fixação como condição de proteção das obras, citando o exemplo do México, França e Itália.

Como decorrência do conceito de obra, considera-se autor e/ou titular originário deste Direito a pessoa natural que realiza a criação intelectual. Embora algumas legislações do sistema de Direito de Autor admitam a cessão de direitos patrimoniais, *e.g.* aos produtores de fonogramas, isto não implica reconhecimento de autoria a este que será apenas o titular derivado da obra.

¹¹⁸ José de Oliveira Ascensão apresenta a problemática do Direito Autoral no ambiente digital e indaga: “Mas como conciliar a entrada em rede, que é planetária, com a territorialidade que continua a caracterizar o Direito de Autor? Têm sido grandes os progressos no sentido da harmonização das várias legislações. Por vezes, são levados tão longe, como no TRIPS/ADIPC, que melhor sealaria em uniformização que em harmonização. Mas as diversidades subsistem, porque cada um continua a aplicar a sua própria lei no seu território. Como resolver então qual a lei aplicável neste conflito? [...] Será possível encontrar um critério que permita, das leis em conflito, determinar uma que seja definitivamente a aplicável? (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 103). No mesmo sentido, ANTEQUERA PARILLI, apoiado em André Lucas, aponta os mesmos problemas e situações. In: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Comercio electrónico, puesta a disposición de contenidos y transmisiones digitales. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE LA OMPI SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL CIBERESPACIO, 2000, Lima. **Anais...**, Lima: OMPI/INDECOPI, 2000. p. 29-35.

¹¹⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Propiedad intelectual, derecho de autor y derechos conexos. In: **Los derechos de autor y los derechos conexos desde la perspectiva de su gestión colectiva**. (Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina). San Jose: OMPI/SGAE, Ago.-Oct. 2000. p. 17.

O sistema do Direito de Autor admite e reconhece, expressamente em seus textos legais, os direitos morais do autor, não somente os considerados básicos, como o Direito à paternidade do autor e integridade da obra, mas também o Direito ao inédito, ao arrependimento, à retirada de circulação da obra, prevendo ainda que estes direitos ou alguns deles são irrenunciáveis e inalienáveis.

Quanto às formalidades, na esfera da proteção do sistema do Direito de Autor, não há qualquer necessidade de registro da obra para que esta seja juridicamente tutelada.

Os direitos patrimoniais são reconhecidos ao autor, ou seja, o autor tem o Direito exclusivo de explorar a sua obra sob qualquer forma e procedimento, salvo se houver alguma exceção expressa, não estando sujeitas a uma lista taxativa, como ocorre no sistema do *Copyright*.

Os limites e as exceções nos direitos autorais admitem as licenças obrigatórias, entretanto permanece o Direito exclusivo do autor autorizar ou não a exploração da obra por qualquer forma ou procedimento, a menos que haja exceção legal expressa. As limitações a este Direito exclusivo são taxativas e de interpretação restritiva, relacionadas ao que se costuma denominar “usos honrados” ou “regra dos três passos”.

Após a análise das prerrogativas morais e patrimoniais do autor e dos sistemas do *Copyright* e *Droit D'Auteur* já é possível demonstrar a complexidade do Direito Autoral, bem como os interesses econômicos e sociais que envolvem o tema. Na próxima parte, analisar-se-ão os aspectos econômicos do Direito Autoral que encontram guarida na consagração da prerrogativa patrimonial nos instrumentos internacionais, acima mencionados.

1.2 ECONOMIA DE MERCADO E PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ao entender que o Direito Autoral enquadra-se dentro das concepções atuais como um Direito de Propriedade, no sentido de ser suscetível de apropriação privada, é

indispensável conjugar os aspectos jurídicos do tema com os de ordem econômica, tendo em vista que, dentro do sistema da *Common Law*, a análise econômica do Direito vem sendo fortemente defendida. No entanto, a relação entre Direito e economia deve ser examinada com parcimônia e atendendo aos compromissos constitucionalmente assumidos pelo Estado.

É, neste sentir que se faz necessária uma análise da economia de mercado dentro do Estado Liberal e social e a sua efetividade no plano jurídico, pois, se é possível dizer que a economia e os seus efeitos são globalizados, também é possível afirmar que os aspectos jurídicos, mesmo os de caráter internacional, como o Direito Autoral, devem ser vistos sob dois pontos indissociáveis: a economia de mercado no plano interno e o seu impacto no exterior, assim como os compromissos legais, assumidos pelo legislador pátrio.

Não havendo esta observância, há o risco de perda da identidade e soberania do Estado, pois ao invés de tutelarem o bem-estar social, de acordo com seus compromissos assumidos, acabarem por absorver, por completo, o paradigma, vindo dos países economicamente mais poderosos¹²⁰.

Assim é que o Estado Liberal e o Estado Social tratam de maneira diversa as questões jurídicas e econômicas. Embora não se vá fazer uma análise profunda sobre a economia de mercado, por não ser objeto do presente trabalho, é necessária a compreensão de elementos basilares, para entender os fundamentos econômicos do Direito Autoral dentro do Estado Social e a sua mercantilização.

1.2.1 Fundamentos Econômicos do Direito Autoral no Estado Social

O Direito Autoral exerce um importante papel na economia de mercado¹²¹ de um

¹²⁰ Esta advertência tem por objetivo alertar para os efeitos nefastos que podem ser provocados pela dependência econômica e não adequação destes modelos no plano interno. Veja o que se está presenciando com a crise econômica dos Estados Unidos, em que pese os efeitos atingirem a praticamente todos os países, a verdade é que, se um país tiver uma estratégia, calcada em seus compromissos Estatais, os dados serão amenizados.

¹²¹ Entende-se por economia de mercado: “modelo de organização econômica das economias capitalistas, que na fase pura se caracteriza pela propriedade privada dos meios de produção e pela liberdade contratual, o Estado não intervém na vida econômica; as unidades existentes são, exclusivamente,

Estado. Diversos produtos e serviços culturais são ofertados aos consumidores por empresários da indústria “cultural”, que auferem lucro com a exploração econômica das obras, além de gerarem inúmeros empregos, diretos e secundários. Esta movimentação econômica vai ao encontro do interesse do Estado em garantir o bem-estar social.

A economia de mercado é um modelo de organização econômica complexa¹²², decorrente da economia capitalista, onde cada Estado vai adotar um modelo econômico compatível com as obrigações, assumidas pela Constituição desse Estado, a fim de garantir o desenvolvimento econômico e social à sociedade e aos agentes econômicos.

A opção de um dado Estado por uma postura liberal ou social do sistema capitalista traz conseqüências para toda a sociedade, motivo pelo qual a fundamentação do Direito Autoral passa pela análise do Estado Liberal e social. A abordagem jurídica e econômica varia de acordo com os compromissos liberais e sociais assumidos pelos Estados.

Neste sentir, para se afastar da noção absolutista e garantir a estabilidade das relações sociais, o Estado Liberal reconhece o princípio da legalidade e estabelece a divisão clássica entre público e privado. A partir desta concepção, se desenvolveu amplamente a noção da

empresas privadas; a empresa é a célula, o mercado coordenador da Economia e o empresário o motor porque é ele que dinamiza a atividade econômica; o máximo lucro e a finalidade principal da atividade econômica; é através da concorrência do mercado que se faz o ajustamento entre a produção e o consumo”. Dicionário de Economia. Economia de Mercado. Disponível em: <http://www.esfgabinete.com/dicionario/?completo=1&conceito=ECONOMIA_DE_MERCADO>. Acesso em: 6 Mar 2008.

¹²² Ilan Gleiser afirma que “o mercado não é simples e linear, mas complexo e não-linear, e que as expectativas se tornam fugazes podendo em certos momentos ser indeterminados”, motivo pelo qual desenvolve o seu estudo através das teorias do caos e da complexidade, que são observados nos sistemas sociais como a economia e o direito. Diante de situações complexas impõe-se limites, que fazem parte do próprio sistema e que permitem a sua oxigenação, a fim de possibilitar a auto-regulação diante dos fenômenos observados. Explica o autor que “o estudo da complexidade também lida com sistemas não-lineares, mas busca entender fenômenos como adaptabilidade, reprodução, evolução, cooperação ou inteligência. Um sistema complexo é mais estável e previsível do que um sistema caótico, mesmo altamente não-linear. Além disso, estes sistemas residem à margem do caos e possuem estabilidade suficiente para ter memória e dinamismo suficiente para processar e agir com base em novas informações. Estes seriam fatores-chave para a evolução destes sistemas. Sistemas sociais, por exemplo, carregam informação a respeito de si próprios e a respeito do seu meio ambiente. A informação permite que estes sistemas se reproduzam ou que repliquem suas idéias. Permite também que os sistemas forneçam previsões do efeito de suas atitudes que possam interagir com meio com base nestas previsões. Este balanço entre ordem e caos permite que os sistemas complexos se reproduzam mudando de forma ordenada e se auto-organizando, sem interferência externa”. GLEISER, Ilan. **Caos e complexidade – a evolução do pensamento econômico**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2002, p. 225 e 78.

separação dos poderes, dos direitos fundamentais e a importância da lei. O reconhecimento da igualdade de todos e o do exercício de direitos subjetivos ao indivíduo constitui a consagração dos direitos fundamentais, tais como a vida, a liberdade e a propriedade, além de outros direitos da esfera pública, de que são exemplos a nacionalidade, a igualdade perante a lei, a certeza e a segurança jurídica e os direitos políticos¹²³.

No Estado Liberal, a proteção destes direitos fundamentais, da consagração da separação de poderes e a observância da lei se dá através da Constituição, que é considerada um ordenamento “sistemático e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” como adverte José Gomes Canotilho¹²⁴.

É oportuno destacar que foi, no Estado Liberal, que o Direito de Propriedade teve sua “afirmação máxima”¹²⁵, como sendo um Direito absoluto, inviolável e sagrado. Somente a partir da constituição de Weimar é que a idéia de relativização da propriedade começa a ser analisada, pois é, a partir deste instrumento jurídico, que existe um progressivo reconhecimento de uma ordem econômica e social com implicações para a questão da propriedade.

A primazia da liberdade¹²⁶ e a pouca intervenção do poder estatal originou o crescimento de um capitalismo monopolista, trazendo fortes problemas sociais que envolviam questões relacionadas às condições de trabalho, como a constatação da riqueza de poucos e a pobreza de muitos. Após a primeira guerra mundial, com o aumento das demandas sociais, iniciou-se um novo modelo de Estado, o Social, que vinha atender às demandas sufocadas pelo Estado Liberal.

No liberalismo, como lembra Luiz Edson Fachin, “a exacerbação do individualismo acentuou na propriedade o caráter de inviolabilidade e de absolutismo”¹²⁷ e esta situação não

¹²³ CATTONI, Marcelo. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 55.

¹²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 48.

¹²⁵ Expressão utilizada por FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 16.

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 44.

¹²⁷ Analisando mais profundamente a questão Luiz Edson Fachin observa que “hoje, já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, sendo composto de restrições e

se compatibiliza com o Estado Social que relativiza a propriedade impondo limitações que promovem a ação da função social.

O Estado Social veio dar efetividade aos direitos sociais e coletivos dentro das demandas pleiteadas pela crise social, surgindo assim uma releitura dos compromissos constitucionais que deram um tratamento especial para o aspecto social. Há uma preocupação de efetividade material das normas constitucionais para atender este compromisso, visto que formalmente alguns destes direitos eram preocupações do Estado Liberal, mas a sua previsão era apenas em seu aspecto formal¹²⁸.

Para o Estado Social não basta aplicar a lei, como faz o Estado Liberal, é necessário interpretar a lei a fim de que ela seja capaz de atender aos fins sociais previstos nas Constituições, motivo pelo qual, no Estado Social, o papel, exercido pelo Poder Judiciário, é fundamental, para que se alcance a concretude do Direito, através da atuação direta do intérprete/aplicador do direito.

Pode-se afirmar que o Estado Social consiste em uma evolução do padrão, criado pelo Estado Liberal. Neste houve a garantia da liberdade, da propriedade e da separação de poderes, mas, com as pressões sociais, o Estado passou a intervir na economia e em atividades que antes eram de domínio da iniciativa privada, preocupando-se com a educação e o Direito dos trabalhadores que são manifestações típicas de um Estado que assume um compromisso social¹²⁹.

Oportuna a observação feita por Paulo Bonavides, no sentido de que o Estado Social, embora atue de forma efetiva nas questões sociais e coletivas, não se desvincula do poder econômico, decorrente do capitalismo. Evidentemente, esta característica não se verifica nos sistemas socialistas, tendo em vista que há uma forte reação à estrutura capitalista do Estado

induzimentos que formam o conteúdo da função social da propriedade que não se confunde com a função social da posse. [...] a função social relaciona-se com o uso da propriedade, alterando, por conseguinte, alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é o seu exercício. E por uso da propriedade é possível apreender o modo com que são exercitadas as faculdades ou os poderes inerentes ao Direito da propriedade” (FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 17).

¹²⁸ Foi dentro deste contexto que o Estado Social que “Weimar conseguiu elevar a idéia da função social da propriedade à categoria de princípio jurídico”, como lembra Luiz Edson Fachin. (Id. *ibidem*).

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 186.

Liberal¹³⁰.

Concluindo, o Estado Social não se confunde com o socialismo, pois aquele rompe com alguns valores do capitalismo típicos do Estado Liberal, sem olvidar a importância econômica e social que o Estado deve perseguir para atingir o bem-estar da sociedade¹³¹.

Os compromissos sociais, assumidos constitucionalmente pelo Brasil, não deixam dúvidas de que se trata de um Estado Social Democrático de Direito, no qual a harmonização dos objetivos econômicos e sociais deve ser a garantida pelo Poder Judiciário que deve atender aos interesses públicos e privados, a partir do princípio da liberdade e dignidade da pessoa humana.

Daí pode-se constar que o exercício e a proteção da propriedade deixou de ser absoluta do Estado Liberal, para ser relativizada pelo Estado Social¹³². Esta constatação atinge não só a propriedade ordinária, mas também a autoral, onde o tratamento do Direito Autoral no Estado Liberal e social apontam para situações antagônicas. No primeiro, há noção de um Direito absoluto e individualista, de caráter eminentemente econômico, já no segundo, existe a idéia de relatividade do direito, com prevalência dos interesses coletivos, voltados para o aspecto social.

A propriedade autoral, no Brasil, apesar de estar sob a égide do Estado Social, na prática, ainda atua como se fizesse parte do Estado Liberal, visto que a legislação autoral protege os interesses dos titulares de Direito Autoral em desfavor dos interesses da coletividade e do próprio autor. Este fato está presente na maioria dos países capitalistas que vêm restringindo as liberdades de acesso das obras aos usuários em prol dos interesses

¹³⁰ Isto porque como, adverte Paulo Bonavides, “o arquétipo socialista se caracteriza na medida em que o Estado produtor remove o Estado de base capitalista, ampliando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, colocando em xeque o modelo econômico estatal iniciado com o paradigma do Estado Liberal de direito (Id. ibidem, p. 184 e 186).

¹³¹ Vale lembrar que a função típica do Estado Social é a de “atenuar a linha limítrofe existente entre o Direito Público e Privado, com o intuito de promover justiça redistributiva, até mesmo no espaço do contrato”, como leciona Luciano Benetti Timm. (TIMM, Luciano Benetti. Função social do Direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. Eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 97, v. 876, p. 24, out. 2008).

¹³² Neste aspecto, observa Luiz Edson Fachin que a “essa sumária discussão histórica preliminar auxilia na demonstração do substrato econômico e político que induz a configurar e proteger a propriedade, no caso, privada”. (Id. ibidem).

privados dos titulares de Direito Autoral .

Esta observação, acerca do excesso de titularidades, valida o objeto da presente tese, uma vez que a conduta, praticada por estes, deve ser coibida, a fim de evitar um desvirtuamento do próprio Direito Autoral , e os Estados que assumem constitucionalmente o compromisso social dispõem de ferramentas para tanto.

Não se deve pensar o contrário, sob pena de se reconhecer uma espécie de retrocesso no Direito e nos meios de interpretação das leis. Abandonar os compromissos sociais em matéria autoral significa retorno às idéias do Estado Liberal que se coadunam com o excesso de titularidades, em razão do Direito absoluto, individual e inviolável, mesmo frente aos interesses coletivos¹³³.

O país que adota o princípio da função social não pode se render ao aspecto econômico de maneira absoluta. Daí a necessidade de se falar sempre em função social e concretização dos direitos fundamentais quando se aborda a temática autoral. Embora a função social não seja uma novidade na aplicação ao Direito Autoral , a verdade é que a sua aplicação apresenta fragilidades importantes, uma vez que o quadro legal que o enquadra é inadequado e a formação dos intérpretes/aplicadores de Direito é manifestamente insuficiente.

Neste sentir, a Constituição dá o suporte principiológico, para garantir os direitos fundamentais, bem como alcança os mecanismos normativos, a fim de que os mesmos sejam efetivados no seio da sociedade e em prol dela, através do uso dos princípios e das normas fundamentais, como se verá no próximo capítulo.

Daí verificar-se que o Estado Social Democrático de Direito vê e aplica as normas,

¹³³ Neste sentido, observa José de Oliveira Ascensão: Como se pode observar, no liberalismo o autor alcança a sua proteção máxima como fundamento na “dignidade máxima do acto criador, nas situações de miséria a que o autor estaria voltado e nas vantagens auferidas pela comunidade em conceder o exclusivo para ter ao fim de um período curto o gozo livre e pleno da obra intelectual”. Mas a evolução não trouxe benéfcias e só a intervenção social é que pode reduzir este absurdo, pois “a evolução afasta-se cada vez mais deste modelo. Em vez de se centrar em obras, o Direito Autoral protege as banalidades da sociedade de massas; em vez descer um instituto de conciliação de interesses públicos e privados, o Direito Autoral tende para se tornar um Direito absoluto, em que os limites são apelidados de excepções; em vez de um exclusivo por um tempo limitado, o exclusivo atingirá com frequência 150 anos, se as obras forem criadas na juventude do autor” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias**, ano I, n. I, p. 11-12, ago. 2004).

tendo em conta os compromissos assumidos na Carta Magna, que, por sua vez, acaba por afetar a aplicação das normas jurídicas, pois elas devem estar compatibilizadas com os valores expressos na Constituição e não pela força ou pressão econômica que afeta toda a sociedade.

Se é verdade que a economia é globalizada, também é verdade que a maneira como o Estado Liberal resolve os seus problemas é diverso da maneira pela qual o Estado Social as soluciona ou deveria solucionar. Na mesma medida em que se deve ficar atento aos impactos econômicos, advindos de países de tradição liberal, também se deve fazer uma harmonização com os compromissos sociais assumidos constitucionalmente, sob pena de cometer-se o grave erro de confundir política externa com soluções dos problemas internos.

A este respeito, Zygmunt Bauman alerta que o próprio Estado Social “está se tornando aos poucos, mas de modo inexorável e consistente, um Estado Guarnição”¹³⁴, na medida em que cada vez mais os Estados estão protegendo “os interesses das corporações globais, transnacionais”, enquanto aumenta o grau de repressão e militarização no front doméstico”¹³⁵.

No âmbito dos problemas, surgidos com a complexidade das questões de Direito da Propriedade Intelectual, na atualidade, há que se ficar alerta que a economia de mercado do Estado Social está sendo redefinida com o apoio do poder judiciário que, através das interpretações judiciais, deve dar a segurança para a efetivação e eficácia da aplicação dos direitos fundamentais¹³⁶.

O problema central que envolve o Direito Autoral e a economia de mercado no Estado Social é a tendência de reproduzir soluções advindas de países cuja economia de mercado é liberal e, portanto, diferente do caso brasileiro. Ricardo Aronne bem observa que a propriedade deve sofrer uma releitura constitucional, porque ela não se distancia dos demais

¹³⁴ BAUMANN, Zygmund. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 106.

¹³⁵ Id. *ibidem*.

¹³⁶ Assim é que Ricardo Aronne afirma que “todas as titularidades, sejam instrumentalizadoras de direitos reais sobre coisa própria, alheia, ou vínculo *inter res*, são afetadas pela nova arquitetura dada pelo Direito positivo e os valores que se lhe agregam. Traduzir esse conteúdo na dinâmica da aplicação do Direito importa retomar a teoria geral das normas, pois o sistema jurídico, ao migrar constitucionalmente, trouxe um novo paradigma consigo. O Estado Social e democrático de direito” (ARONNE, Ricardo. **Uma genealogia civil-constitucional da pertença e do pertencimento. O domínio e as titularidades entre a razão e a fé**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=245>. Acesso em: 18 Jun 2008.

institutos jurídicos e adverte que “o sentido que o sistema econômico possa querer atribuir às titularidades de apropriação passa pela mediação do sistema jurídico para ganhar sentido, ou no mínimo, cogência”¹³⁷.

Como se pôde observar, tanto no Estado Liberal, quanto no social, o aspecto econômico está presente nas relações jurídicas, o que não pode ocorrer é um desvio dos compromissos sociais para privilegiar poucos em detrimento de muitos.

Delineados estes aspectos do Estado Liberal e social, é indispensável abordar a importância econômica que alcança o Direito Autoral, tendo em vista que a relação autoral sustenta três vínculos: do autor, dos titulares e dos usuários, cada qual com interesses específicos que justificam a existência das prerrogativas morais e patrimoniais, como ensina Willian Cornish¹³⁸.

É muito comum se deparar com a afirmação que o grau de desenvolvimento cultural e econômico de um país está atrelado ao grau de proteção jurídica, conferida ao Direito de Propriedade Intelectual. Embora não seja uma realidade, o fato é que esta idéia é oportunamente divulgada nos países por outros que pretendem impor a sua capacidade econômica frente às negociações internacionais.

¹³⁷ Pondera Ricardo Aronne que “a própria economia, no Estado Social, para além do decantado discurso de eficiência, deve se abeberar dos direitos fundamentais para ganhar sentido em um mercado incluyente que contribua na redução das desigualdades. Jamais dará sentido aos direitos fundamentais, para desnaturá-los e monetarizá-lo, com seu falso determinismo utilitarista. Ao contrário, deve retirar deles o seu sentido, pois algo que fundamenta a si mesmo, autobiografa-se fundamentalista. Para a economia, quando fechada em seu sistema, o último fundamento (grund) afigurar-se-á abismo (abgrund) de um não-fundamento. Simplesmente por sua incapacidade de fundamentar. No Estado Social democrático de direito, não se tratará de uma opção o existencialismo humanista que lhe é inerente” (ARONNE, Ricardo. **Uma genealogia civil-constitucional da pertença e do pertencimento. O domínio e as titularidades entre a razão e a fé**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=245>. Acesso em: 18 Jun 2008.

¹³⁸ “Copyright sustains a triangle of relationships. While industrial property tends to establish bi-polar linkages-between right-owner and user – copyright has, on the right-owner side, both creators and entrepreneurs. As against users, their interests are largely the same: to ensure that the use of works is licensed and that the returns on use are maximised. But between themselves, there will exist tensions over how works may be exploited and how returns are to be divided. This has indeed been so in every country from the moment when publishers and other investors have pressed for protection to be accorded in the name of their author not only are authors given a longer-lasting right than could possibility be needed by way of economic incentive; entrepreneurs are also able to justify related rights which protect their own investments in cultural productions”.s. It is the cultural value attaching to authorship which provides such copious moral legitimacy for legal protection” (CORNISH, W. R. **Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights**. 3. ed. London: Sweet & Maxwell, 1996. p. 317-318).

Esta idéia já está ultrapassada, e os juristas que estudam a análise econômica do Direito ratificam este pensamento. Paula Forgioni destaca que “nem sempre a garantia de um grau mais forte de proteção à Propriedade Intelectual significa maior desenvolvimento ou respeito ao interesse público, por mais ampla que possa ser essa expressão”¹³⁹.

A cultura pode ser considerada um importante fator de progresso econômico, entretanto não se pode dizer que a existência de uma forte proteção legal do Direito Autoral também o seja. A assertiva não é real tanto para o Direito da Propriedade Industrial, como para o Direito Autoral, prova disto são os países asiáticos, cujo desenvolvimento tecnológico se deu sem a existência de uma proteção forte.

Os chamados tigres asiáticos, Taiwan, Índia, Singapura e China, tinham uma fraca proteção em matéria de Direito da Propriedade Intelectual, e isto não interferiu de forma negativa em seus crescimentos econômicos. Ao contrário, a proteção fraca “permitia a imitação em matéria de tecnologia”¹⁴⁰, o que possibilitou o grande desenvolvimento e inovação destes países.

Com isto, não se pretende afirmar, nem mesmo sugerir a extinção do sistema de proteção da Propriedade Intelectual, ao contrário, por gerar fonte de riqueza e promover o desenvolvimento social, ele deve existir, mas se adequar à atual realidade social¹⁴¹.

O problema é que, atualmente, as informações e os conhecimentos¹⁴² têm um alto

¹³⁹ FORGIONI, Paula A. Acesso ao conhecimento: Que Direito nos reserva o futuro? In: NUNES Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 363 e na página 367 a autora apresenta de forma resumida um estudo demonstrando que houve oneração dos cofres públicos Brasileiros para atender às solicitações de uma proteção forte em matéria de Direito da Propriedade Intelectual, não trazendo o conseqüente desenvolvimento econômico.

¹⁴⁰ FORGIONI, Paula A. Acesso ao conhecimento: Que Direito nos reserva o futuro? In: NUNES Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 368.

¹⁴¹ Interessante a observação feita por Gabriel Di Blasi no sentido de que “algumas opiniões, contrárias ao sistema, argumentam que a existência do privilégio induz efeitos negativos ao desenvolvimento industrial e que a livre concorrência suscitaria a formação cada vez maior de indústrias. Mas a realidade, no entanto, não comprova tal argumentação: nos raros países em que não é adotado o sistema de patentes, o desenvolvimento industrial é reduzido” (DI BLASI, Gabriel et al. **A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 3).

¹⁴² Os conceitos de informação e conhecimento serão analisados no Capítulo 4.

valor econômico, assim como as criações intelectuais, porém, como adverte Paula Forgioni, “o conhecimento é fonte de bem-estar, e a Propriedade Intelectual, de uma forma ou de outra, ao represar esse conhecimento, torna-o acessível apenas aos seus proprietários ou aos que podem pagar pelo acesso”, e este fato se traduz no excesso de titularidade no Direito Autoral ¹⁴³.

Aliás, a idéia de comercializar o conhecimento é tão antiga quanto a “crítica de Platão aos sofistas por esta prática”, conforme cita Peter Burke¹⁴⁴, por este motivo, não causa estranheza ao autor a afirmação de que se vive em uma sociedade da informação, onde a comercialização das informações constitui um fator decisivo para o incremento das economias desenvolvidas, como é o caso flagrante dos Estados Unidos e as suas indústrias culturais.

A invenção da máquina de impressão de Gutemberg¹⁴⁵, que possibilitava a reprodução das obras e o acesso destas às pessoas, acabou por incrementar um setor econômico até então restrito: a comercialização de obras. A comercialização de livros no mundo inteiro promoveu uma intensa concorrência entre os impressores que, em busca de um maior número de consumidores, destacam, nas edições das obras, a titularidade e a atualização destas. A importância econômica do mercado editorial foi tamanha que o século XVIII é reconhecido como época da “revolução do consumo”¹⁴⁶.

Daniel Rocha lembra que, com o surgimento da tipografia em 1436, e, logo a seguir, da imprensa em 1440, a possibilidade de reprodução e divulgação das obras vinha prejudicando os interesses dos editores e livreiros. A figura do autor não era protegida, o que demonstra que a preocupação moral era inexistente, e o que prevalecia era o aspecto econômico, patrimonial¹⁴⁷.

¹⁴³ FORGIONI, Paula A. Acesso ao conhecimento: Que Direito nos reserva o futuro? In: NUNES Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 363.

¹⁴⁴ A respeito, vide BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento – de Gutemberg a Diderot**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 136-138.

¹⁴⁵ Gutemberg inventou a impressão gráfica no século XV. Neste sentido, ver GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à internet – direitos autorais na Era digital**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1997. p. 28-29.

¹⁴⁶ Neste sentido, veja BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento – de Gutemberg a Diderot**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 145-147 e p. 156-158.

¹⁴⁷ Neste sentido, Daniel Rosa esclarece que foi, da reação dos titulares de Direito Autoral, (editores e livreiros que “se viram ameaçados pela crescente concorrência”) que lhes foi concedido a outorga de privilégios aos editores, a fim de lhes assegurar um monopólio contra a concorrência

O Direito Autoral teve o seu nascimento, atrelado ao aspecto econômico, pois foi com o Estatuto da Rainha Ana¹⁴⁸, da Inglaterra, que se procurou proteger os direitos dos editores que viram, com a invenção da imprensa, o risco da reprodução de obras. Foi, em razão disto, que a proteção jurídica se expandiu e se tornou norma nos países que adotam o sistema da *Common Law* e os demais, como no caso do Brasil que adotam o sistema romano-germânico.

No final do século XVII, com a Revolução Francesa, há o reconhecimento do princípio da propriedade literária e artística do autor em relação à sua obra, como Direito de Propriedade¹⁴⁹.

Atualmente, utilizam-se diversas expressões, para abarcar os estudos dos aspectos econômicos, relacionados com a capacidade intelectual e os produtos, gerados por seus agentes econômicos, tais como economia do conhecimento, da informação e do saber. Esta atenção, dada pela economia à cultura, está relacionada ao valor dos bens imateriais, em especial, à valoração acentuada que estes ativos intangíveis vêm alcançando com o advento da *Internet*, que propiciou o surgimento de novas formas de negociação destes e um crescente interesse dos usuários em acederem aos bens que estão protegidos pelo Direito Autoral.

Bruno Jorge Hammes sugere que “a cultura é fator de progresso”¹⁵⁰. Como se falou acima, as indústrias culturais primárias e secundárias geram riqueza e emprego direto e

ruinosa de outros editores que se aproveitavam de seus trabalhos” [...] “A outorga desse privilégio não reconhecia, nem aproveitava, o Direito de Autor, nem este poderia pleitear tal privilégio sem ferir os direitos firmemente defendidos pela corporação dos livreiros”. [...] “é do conflito de interesses dos livreiros na França que resultará a afirmação do 'domínio' do autor sobre sua obra, inclusive sobre a sua divulgação” (ROSA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001. p. 17).

¹⁴⁸ Sobre os aspectos históricos e econômicos do Direito Autoral, recomenda-se o artigo de Dennis Khong que faz uma leitura destes fatores, de acordo com os precedentes judiciais que oportunizaram o advento da primeira legislação autoral americana (KHONG, Dennis W. K. The historical law and economics of the first copyright Act. **Erasmus Law and Economics Review**, v. 2, n. 1, p. 35-69, March 2006).

¹⁴⁹ Daniel Rocha explica que na França, tem-se notícia que “em 1725, os advogados dos livreiros proclamavam que a criação literária era um legítimo bem de seu autor, onde o rei não tinha nenhum Direito durante a vida do autor ou representado por seus herdeiros ou donatários, não podendo transmitir a ninguém, a favor de privilégio, sem o consentimento daquele a quem se sabe pertencer” [...] “O Direito de Autor estava legalmente reconhecido como uma propriedade, fixada em lei, e sob a proteção do Estado” (ROSA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001. p. 18-19).

¹⁵⁰ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 36.

indireto na sociedade, e um povo culto progride no aspecto pessoal e financeiro, mas, para tanto, ele deve ter acesso aos bens culturais, isto é às obras. Um exemplo destas indústrias são: cinematográfica, de programas de computadores, de semicondutores, de música, editoras, de audiovisuais, de transmissão por cabo, de satélite, digital, apenas para citar alguns exemplos¹⁵¹.

Os valores do produto interno bruto de vários países comprovam a importância econômica da indústria cultural¹⁵². Aspecto interessante foi o levantado por Hermann Cohen Jerohan¹⁵³ que apresentou, em 1988, um estudo na reunião da ALAI¹⁵⁴ sobre a importância econômica e, na época, diante dos números envolvidos compartilhou o temor de que o Direito Autoral fosse visto apenas sob este aspecto, o que poderia desvirtuar sobremaneira a concepção da proteção do autor em relação à sua obra. Este receio faz sentido na medida em que os países que fazem parte do sistema do *Droit D'Auteur* e são signatários da Convenção de Berna se aproximariam do sistema do *Copyright*, utilizado pelos países anglo-saxões.

Esta preocupação é de extrema relevância na atualidade, tendo em vista que o impacto das tecnologias da informação e comunicação no Direito Autoral, aliado à forte tendência de tornar toda e qualquer informação e conhecimento, como uma obra suscetível de proteção autoral, pode desvirtuar o próprio instituto jurídico.

Bruno Jorge Hammes, com amparo no referido estudo da ALAI, afirma que:

se os princípios fundamentais do Direito de Autor fossem abandonados, seria de se temer que uma das suas tarefas essenciais, a de promover a criatividade e dessa forma contribuir para o desenvolvimento social, econômico e cultural das nações, não mais poderia ser cumprida para prejuízo de toda economia cultural¹⁵⁵.

¹⁵¹ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 38.

¹⁵² O Ministério da Cultura do Brasil encomendou um estudo acerca das indústrias culturais nos países do Mercosul à Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Da mesma forma, é possível ver o panorama destas indústrias nos países que fazem parte da Comunidade Européia, através do estudo feito pela Universidade de Amsterdã – IVIR.

¹⁵³ VOGEL, Martin apud HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 38-39.

¹⁵⁴ ALAI é a sigla da Association Littéraire et Artistique Internationale, fundada em Paris por Victor Hugo em 1878. Disponível em: <<http://www.alai.org/index-a.php?sm=0>>.

¹⁵⁵ HAMMES, op. cit., p. 39.

As indústrias culturais geram grande riqueza para a economia, assim como a informatização, a digitalização e a *Internet*, basta lembrar a quantidade de bens culturais que estão sendo comercializados pelo mercado, tais como as publicações, como jornais, livros, revistas, vídeos, filmes, *CD-room's*, *e-books*, *CD's*, música digital, radiodifusão a cabo, por satélite, generalista, temática, nacional, internacional, regional, *free-tv*, *pay-tv*, interativa, personalizada, etc.¹⁵⁶. É preciso não esquecer também a forte indústria de *software*, com seus *i-pods*, *playstations*, *free-to-air tv*, *free tv*, etc¹⁵⁷.

Além do incremento econômico dos bens culturais, atualmente, a sociedade é “fortemente alimentada pelas chamadas indústrias de conteúdo”¹⁵⁸, e não de obras necessariamente. O pior é que “a apropriação dos novos meios tecnológicos pelo Direito de Autor acaba por transformá-los em objeto de Direito exclusivo, como é o caso da informática. Por isto, se fala que a relação entre Direito de Autor e as tecnologias é uma relação de amor e ódio”¹⁵⁹.

Porém, é quanto à cumulatividade que o bem cultural vem sofrendo os maiores problemas no plano jurídico, pois, com o despertar da importância econômica do Direito Autoral, existe uma forte tendência de se reafirmar o Direito exclusivo dos titulares em detrimento dos usuários/consumidores e dos próprios autores. Por decorrência, as obras derivadas estão sendo impedidas de serem criadas, porque o titular de Direito Autoral, muitas vezes, se nega em conceder uma licença ou demora muito tempo para dar a autorização.

Como ver-se-á no Capítulo 4, com frequência, esta negativa se dá como estratégia da empresa, detentora exclusiva do Direito patrimonial, para impedir o surgimento de concorrentes no mesmo seguimento de mercado. Entretanto, o Direito Autoral e o da concorrência apresentam similitudes e ambos exigem a funcionalização da propriedade como fator de segurança para o bem-estar social¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Exemplos citados por CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e a liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 24-25.

¹⁵⁷ Neste sentido, Jónatas Machado lembra que “à semelhança do que sucede com o cabo, a tecnologia de difusão directa por satélite permite aumentar significativamente o número de canais disponíveis, com virtualidades inegáveis na comunicação transfronteiriça” (CANOTILHO; MACHADO, op. cit., p. 125).

¹⁵⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias**, ano I, n. I, p. 18, ago. 2004.

¹⁵⁹ Id. ibidem, p. 19.

¹⁶⁰ LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. **Temas de propiedad industrial**. Madrid: La Ley, 2002. p. 29-30. “En relación con la finalidad perseguida por los derechos de propiedad industrial y el

Assim também hoje, o Direito Autoral deve se preocupar em poder atuar em ambiente de livre concorrência, mas sem perder de vista as suas razões basilares de existência. A tarefa do operador do Direito é identificar os riscos e promover alternativas para alcançar esta realidade, sendo esta a propositura deste trabalho.

1.2.2 A obra como produto: uma abordagem jurídico-econômica

Na subseção anterior, já se pôde constatar que as obras estão sendo comercializadas e representam um importante produto para o mercado de consumo. As obras, ao serem consideradas produtos, conferem ao titular de Direito Autoral o exclusivo de exploração econômica, pelo prazo previsto em lei, o que gera uma espécie de monopólio legal. Daí afirmar-se que é extremamente importante para um titular de Direito ver a sua criação intelectual protegida pelo Direito Autoral, pois o exercício das prerrogativas patrimoniais exclui a concorrência de terceiros.

Por isto, nos últimos tempos, vem surgindo uma tendência de ampliação da proteção autoral sob criações de caráter utilitário, tais como as bases de dados e os programas de computadores¹⁶¹ que, mesmo sendo considerados obras, apresentam peculiaridades que as

derecho de autor, si bien no podemos negar que los primeros son instrumentos para que las empresas puedan operar en un mercado que protege la libre competencia, el derecho de autor tiene por el contrario como finalidad esencial la protección y el fomento de la cultura. Parece razonable sostener que en la actualidad ambas finalidades se encuentran en ambos derechos y ello es así porque la tradicional línea divisora entre ellos se há ido difuminado. Por otro lado, la propia noción de cultura de una sociedad se ha ampliado, y en la actualidad parece oportuno aceptar que de la misma manera que existe una conexión entre el derecho de autor con las actividades económicas, también existe una conexión entre los derechos de la propiedad industrial y el desarrollo cultural”.

¹⁶¹ O reconhecimento da obra como produto já foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal que, ao examinar Recurso Extraordinário em matéria tributária, reconhece que o programa de computador e a própria fita cassete são qualificados como mercadoria ou produto final a serem oferecidos aos consumidores. Neste sentido I. Recurso extraordinário e recurso especial: interposição simultânea: inócência, na espécie, de prejuízo do extraordinário pelo não conhecimento ou negativa de seguimento do especial. II. Recurso extraordinário: prequestionamento: a interposição pertinente de embargos declaratórios satisfaz a exigência (Súmula 356) ainda que a omissão não venha a ser suprida pelo Tribunal *a quo*. Precedente (RE 210.638, DJ 19.6.98, Pertence). III. ICMS: incidência: comercialização, mediante oferta ao público, de fitas para “vídeo-cassete”, gravadas em série. **Tal como sucede com relação a programas de computador ou *software* (cf. RE 176626, Pertence, 11.12.98), a fita de vídeo pode ser o exemplar de uma obra, oferecido ao público em geral – e, nesse caso, não seria lícito negar-lhe o qualificativo de mercadoria –,**

distanciam daquelas tradicionalmente reconhecidas pelo Direito de Autor¹⁶².

O fenômeno da mercantilização da obra, na atualidade, fornece indícios sobre a intenção dos titulares de Direito de obterem a garantia de seus investimentos, através da Lei Autoral, mas em nome dos interesses do “autor”, o que fez José de Oliveira Ascensão afirmar que “o discurso legitimador deixou de corresponder à realidade”¹⁶³. Esta tentativa de desviar o objetivo do Direito Autoral na proteção dos interesses do titular e não do autor demonstra nitidamente a “transformação do Direito de Autor em mercadoria. O que passa a avultar é o significado do Direito de Autor no movimento negocial, com incidência prioritária sobre o comércio mundial”, como se refere José de Oliveira Ascensão¹⁶⁴.

De tudo o que foi dito, pode-se verificar que as criações intelectuais, de que fazem parte as obras, protegidas pelo Direito Autoral, assumem, no cenário atual, uma importância econômica crescente na economia de mercado. Porém, sob o ponto de vista do operador do direito, ele deve ser reconhecido como um produto, uma mercadoria¹⁶⁵, que, além de apresentar alto valor econômico, é tido como um bem jurídico capaz de promover o

ou o produto final de um serviço realizado sob encomenda, para atender à necessidade específica de determinado consumidor, hipótese em que se sujeita à competência tributária dos municípios. Se há, de fato, comercialização de filmes para “vídeo-cassete”, não se caracteriza, para fins de incidência do ISS, a entrega do serviço ou do seu produto e não com sua oferta ao público consumidor. Decisão: A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pela recorrida a Dra. Alessandra Mizrahi. 1ª Turma. 08.06.99. RE 191454/SP - São Paulo, Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação DJ. 08-06-1999, Recte: Estado de São Paulo. Recdo: Screen Video Ltda. [Grifos nossos].

¹⁶² Neste sentido, José de Oliveira Ascensão afirma que “o produto empresarial passa a aspirar à protecção pelo Direito de Autor, por invocação da forma. Desde logo, se passa assim no domínio dos bens informáticos. São as bases de dados; são os sítios da *internet*; serão as produções multimídia” (ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito intelectual em metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, ano II, n. IV, p. 11, fev. 2006).

¹⁶³ A respeito do assunto, José de Oliveira Ascensão adverte que: “continua-se invocando o caráter espiritual e nobre da criação intelectual para obter o incremento da protecção pelo Direito de Autor. Mas o fundamento dessa tutela acrescida está antes numa mudança de objectivos, e essa que comanda o mundo mercantilizado em que vivemos. Há outra finalidade que prevalece sobre a da protecção do criador intelectual: consiste na protecção ao investimento” (Id. *ibidem*, p. 12).

¹⁶⁴ O ADPIC/TRIPS é fruto desta transformação da obra em produto, pois “a adesão a este acordo não se faz por considerações próprias do Direito intelectual. Faz-se pela necessidade de participar do comércio mundial. O Direito intelectual passa a apresentar-se como um subproduto do Direito do comércio internacional. Os países não o aceitam por si – aceitam-no, porque não querem ser excluídos do comércio internacional” [...] no que respeita ao Direito de Autor a vertente da cultura apaga-se. Ou melhor: o fomento da cultura é sempre entendido como o fomento das indústrias culturais, ou de *copyright*” (Id. *ibidem*, p. 13).

¹⁶⁵ Neste sentido, indaga Paula Forgioni “O conhecimento deve ser encarado como uma mercadoria, um objeto de troca? Qual o grau de protecção que há de ser garantido ao ‘inventor’ ou ao ‘descobridor’ do conhecimento e qual o proveito econômico que deve ser a ele assegurado?” (FORGIONI, Paula A. Acesso ao conhecimento: Que Direito nos reserva o futuro? In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 355).

desenvolvimento sócio-cultural.

Pode-se afirmar que o conhecimento, atualmente, vem sendo analisado sob dois aspectos paradoxais: a coisificação da criação intelectual e a funcionalização da propriedade. O problema deste paradoxo decorre da confusão dos conceitos econômicos e jurídicos da propriedade e dos bens, razão pela qual é necessário aclarar estas noções, a fim de demonstrar que a economia e o Direito se complementam¹⁶⁶ e são fundamentais para estabelecerem o equilíbrio na relação autoral.

Acerca da análise econômica e jurídica do Direito Autoral, deve-se partir de quatro premissas: A primeira é que a comercialização de obras pressupõe existência de mercado; segundo, que o mercado busca facilitar a troca de bens e serviços, para que haja a redução dos custos destas operações¹⁶⁷; terceiro, que tanto as criações intelectuais como o próprio mercado constituem bens públicos e, quarto, que a eficiência da lei busca alcançar o bem-estar social¹⁶⁸.

Considerando estas quatro premissas, não há como dissociar o Direito da economia, razão pela qual há que se fazer uma leitura da propriedade e dos bens sob estes dois aspectos, tendo em vista que se deixou claro, no capítulo anterior, que o Direito Autoral tem natureza jurídica proprietária e, por ser considerada pela lei como um bem móvel, está sujeita à apropriação privada.

O Código Civil brasileiro dispõe, no artigo 1228, que “o proprietário tem a faculdade

¹⁶⁶ Tanto é verdade que, dentro da economia, surgiu o estudo da “economia do conhecimento ou da informação”, onde o conhecimento e a informação são considerados mercadorias apropriáveis, estabelecendo um elo entre as “idéias de conhecimento e propriedade”. Expressões utilizadas por (FORGIONI, Paula A. Acesso ao conhecimento: Que Direito nos reserva o futuro? In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 356).

¹⁶⁷ COASE, Ronald H. **The firm, the market, and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 7. No mesmo sentido, adverte Luciano Benetti Timm que até mesmo a lei Brasileira de defesa da concorrência reconhece o mercado como bem público no artigo primeiro, parágrafo único da Lei 8.884/94 (TIMM, Luciano Benetti. Função social do Direito contratual no código civil Brasileiro: justiça distributiva vs. Eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 97, v. 876, p. 30, out. 2008).

¹⁶⁸ Kamiel Koelman entende que, para uma aproximação e análise do Direito e da economia, deve-se ter presente que a vantagem da lei não se dá através da sua justiça, mas antes pela sua eficiência. Vale dizer que uma lei é boa, quando é capaz de maximizar a totalidade do bem-estar social da sociedade (KOELMAN, Kamiel J. **Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?** Draft The final version appeared in International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC) No. 6/2004, p. 604).

de usar, gozar e dispor da coisa, e o Direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. De forma semelhante, a Lei Autoral acaba por ratificar a natureza proprietária do Direito Autoral, tendo em vista que o artigo 28 da Lei nº 9.610/98 prevê os fundamentos basilares da propriedade ordinária, tal qual como disposto no Código Civil, ao prever que: “cabe ao autor o Direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”¹⁶⁹.

Eduardo Pimenta, a respeito do assunto, recorda que a propriedade é juridicamente considerada sinônimo de Direito real, razão pela qual o artigo 1196 do Código Civil brasileiro dispõe que ao proprietário cabe o exercício da titularidade do domínio¹⁷⁰, podendo-se dizer o mesmo no Direito Autoral.

É importante não confundir a propriedade do bem material com a do bem imaterial, pois constituem duas propriedades distintas sob as quais incidem individualmente o poder inerente ao domínio exercido por seus titulares de direito. Então, via de regra, uma pessoa não adquire a obra, mas, sim, um exemplar de uma obra, pois, como leciona André Bertrand, “a titularidade ou a propriedade dos direitos autorais, propriedade imaterial, distingue-se da propriedade do objeto material (principalmente o disquete), no qual está reproduzida a obra ou o programa”¹⁷¹.

Da mesma forma, quando se afirma que há propriedade de bens imateriais, não se pretende sustentar que o exercício desta titularidade é idêntico ao da propriedade ordinária, pois, como lembra Gabriel Di Blasi, “as regras referentes à Propriedade Intelectual não podem ser aplicáveis às coisas corpóreas”, dentre outras razões, pelo fato de existirem

¹⁶⁹ Da mesma forma, dispõe a legislação portuguesa. O artigo 1303º do Código civil português está inserido no título II do Direito de Propriedade, capítulo I, propriedade em geral, secção I, disposições gerais que, nas palavras de António Menezes Cordeiro “1. os direitos de autor e a propriedade industrial estão sujeitos à legislação especial. 2. são, todavia, subsidiariamente aplicáveis aos Direito de Autor e à propriedade industrial as disposições deste código, quando se harmonizarem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido”. Neste sentido, veja António Menezes Cordeiro (CORDEIRO, António Menezes. **Código Civil e Legislação complementar**. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1991. p. 395).

¹⁷⁰ [PIMENTA, Eduardo. Princípios de direitos autorais – um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998. Livro 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 40-41.](#)

¹⁷¹ Embora esta observação seja fundamental, deve-se observar que, nos dias atuais, esta distinção tende a desaparecer, porque a maior parte das obras não está mais sendo fixada em suportes materiais (BERTRAND, André. **A proteção jurídica dos programas de computadores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 79).

diferenças “entre os bens imateriais e os bens materiais, principalmente no que concerne à ubiquidade, ou a onipresença, do bem imaterial”¹⁷².

Maria Tereza Lopes e Heloisa Esteves entendem que o “direito-de-propriedade-delimitado-e-atribuído, que interessa do ponto de vista econômico, não se resume ao enunciado normativo do direito” e a garantia ou a efetividade dos direitos “admite graus intermediários entre a total efetividade e a inexistência absoluta, o que só pode ser identificado a partir de investigação empírica”¹⁷³.

Um dos principais problemas, encontrados na análise econômica do Direito de Propriedade, está na própria noção que a economia dá ao conceito de propriedade (apropriação privada) e ao de bem público e privado. É, dentro desta seara, que se insere o problema da análise econômica do Direito da Propriedade Intelectual, que, por si, já apresenta peculiaridades em relação à propriedade ordinária.

Outro problema consiste no fato de a doutrina do “*law and economics*” ser fruto do liberalismo econômico dos Estados Unidos¹⁷⁴, o que não se compatibiliza perfeitamente com os Estados que assumiram constitucionalmente compromissos sociais, como é o caso do Brasil, nem mesmo com a própria noção de propriedade¹⁷⁵ que não apresenta a concepção civilística, adotada pelos países de tradição romano-germânica. Esta advertência não apaga a relevância dos estudos de análise econômica do direito, mas serve como alerta para que o aspecto econômico não se sobreponha à interpretação do direito, em especial, quando se propõe a discorrer sobre o Direito Autoral que, dependendo do sistema jurídico, protege a

¹⁷² Sem mencionar que não há como sustentar a noção de posse na propriedade imaterial (DI BLASI, Gabriel et al. **A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 16).

¹⁷³ MELLO, Maria Tereza Leopardi; ESTEVES, Heloísa Lopes Borges. **Direito e Economia na noção de ‘direitos de propriedade’**. p. 15.

¹⁷⁴ É oportuno observar que o Direito da Propriedade Intelectual, assim o Direito Autoral, vêm sendo objeto de estudos econômicos, porque entendem os doutrinadores, como Richard Posner e William M. Landes, que estes constituem “um campo natural de aplicação da análise econômica do direito”, porque se evidencia, na Propriedade Intelectual, a presença de um forte caráter econômico (LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *An economic analysis of copyright law*. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 18, p. 325-363, June 1989).

¹⁷⁵ Robert Cooter observa o fenômeno da complexidade da propriedade e, por isto, utiliza a expressão “blunde of rigths”. Assim a propriedade é entendida nos países da *Common Law*, como uma proteção proteiforme, enquanto, no Direito romano-germânico, a propriedade é considerada um Direito subjetivo que serve de modelo para o estudo de outros direitos “absolutos” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. Boston: Pearson Addison Wesley, 2000. p. 74-75).

obra e não o autor¹⁷⁶.

O conceito econômico de propriedade apresenta nuances especiais que devem se aproximar da noção funcional, imposta pela Constituição brasileira. Neste aspecto é interessante o estudo de Ronald Coase¹⁷⁷ que foi o pioneiro na análise econômica da propriedade, afirmando a existência de custos de transação e que os direitos de propriedade não podem ser negociados a custo zero, e, por isto, Guido Calabresi¹⁷⁸ acrescenta que a propriedade é garantia de preservação dos recursos e o contrato é o instrumento que vai promover a circulação de riqueza.

Por sua vez, a definição de bem e suas categorias jurídicas¹⁷⁹ estão previstas no Código Civil. A definição de bem que mais se aproxima da matéria de Propriedade Intelectual é a fornecida por Gabriel Di Blasi, onde “bem é tudo aquilo, corpóreo ou incorpóreo, que, contribuindo direta ou indiretamente, venha propiciar ao homem o bom desempenho de suas atividades, que tenha valor econômico e que seja passível de apropriação pelo homem”¹⁸⁰.

Afirma Leonardo Poli que a “intelectualidade é a fonte indutora dos bens imateriais,

¹⁷⁶ Este é justamente o caso dos Estados Unidos e dos demais países que adotaram o sistema do *Copyright*. Entretanto, vale lembrar que outros, como a Alemanha, também se dedicaram a interdisciplinariedade do estudo do direito, como o fez Michael Lehmann em 1989, com o trabalho intitulado *Property and intellectual property – property rights as restrictions on competition in furtherance of competition*, p. 7-15. Neste sentido, [RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito – uma introdução](#). Coimbra: Almedina, 2007. p. 176-177. Traduzindo esta análise para o Direito Autoral, vê-se que a proteção serve para garantir o retorno dos investimentos econômicos feitos pelos titulares, como bem observa Cláudia Trabuço: “Assim, em termos puramente econômicos, a uma visão abertamente positiva de apoio incontestável às normas de Direito de Autor opõe-se uma defesa assumidamente muito limitada dos direitos exclusivos, na qual o nível de proteção não ultrapassa o considerado estritamente necessário para que se mantenha o incentivo econômico essencial à produção de obras literárias e artísticas” (TRABUCO, Cláudia. **O Direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 47).

¹⁷⁷ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1961; COASE, Ronald H. **The firm, the market, and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

¹⁷⁸ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Boston, v. 85, p. 1089-1128, 1972.

¹⁷⁹ Os bens e as suas categorias jurídicas estão previstos no Livro II artigos 73 a 103 do Código Civil Brasileiro.

¹⁸⁰ Neste sentido, [DI BLASI, Gabriel et al. A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996](#). Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 15. Pensa-se que o autor fez esta afirmação, porque sua obra é focada no Direito da Propriedade Industrial, e a invenção nasce com a atividade inventiva do autor, que é imaterial, mas o produto dele decorrente, via de regra, se traduzirá no surgimento de um bem material.

sendo estes os geradores dos bens materiais”¹⁸¹, o que não se pode concordar plenamente, tendo em vista que a informatização dos bens intelectuais está fazendo desaparecer a fixação da obra em um suporte tangível. Ademais, nem sempre a atividade criativa do homem vai promover o surgimento de bens materiais, basta notar o crescente aumento do consumo de bens imateriais na *Internet*.

Embora não constitua objeto do presente trabalho a análise do Direito da Propriedade Industrial, é importante lembrar que a Lei nº 9.279/96, em seu artigo 5º, deixa claro que, para efeitos legais, os direitos de propriedade industrial são considerados bens móveis¹⁸², o que leva alguns autores a afirmarem que, por serem considerados como bens móveis, eles seriam direitos reais¹⁸³.

Já a Lei nº 9.610/98, em seu artigo 3º, aplica-se ao programa de computador, tendo em vista que, em caso de lacuna, aplica-se a Lei Autoral. Da mesma forma, a Lei nº 9.610/98, em seu artigo 3º, dispõe que “os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis”.

Sob o ponto de vista econômico, o conceito de bem é diverso e está atrelado à noção de escassez¹⁸⁴ por seu objeto de consumo. Já o bem imaterial tem como característica principal a não escassez, ele não se exaure com o consumo das pessoas, ao contrário, se multiplica, pois a leitura de uma obra literária não torna o bem escasso, tendo em vista que outras pessoas irão consumi-la através da leitura.

Na propriedade ordinária, há exclusividade e rivalidade pela posse do bem material, pois a apropriação e o consumo do bem impedem o seu o consumo e a apropriação por outra pessoa. Como explica António Manchuco Rosa, “ao invés, os bens intangíveis possuem uma

¹⁸¹ Id. *ibidem*, [p. 15](#).

¹⁸² Artigo 5º Consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial.

¹⁸³ TINOCO SOARES, José Carlos. **Lei de patentes, marcas e direitos conexos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 19.

¹⁸⁴ Neste sentir, vale transcrever as observações de José Gomes Canotilho, com apoio na obra “The federal communications comision” do Journal of Law and Economics v. 2 (1959) de Ronald Coase “os bens económicos são por definição bens escassos, não sendo isso suficiente para justificar a regulação estadual” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “**Reality shows**” e a **liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 22).

dupla propriedade também ela objectiva: são não-exclusivos e não-rivais”¹⁸⁵, não se podendo falar em posse.

Esta característica está presente em todos os bens intangíveis, como é o caso da informação e do conhecimento, que são tidos pela economia como bens que se caracterizam pela não-exclusividade, não-rivalidade e pelo carácter cumulativo, onde a exclusividade está na impossibilidade de o agente conseguir gerir, de forma plena, as modalidades de apropriação do bem que produziu, gerando “externalidade positiva”¹⁸⁶.

A não-exclusividade e não-rivalidade significam que a informação é livre e é considerada economicamente como um bem público¹⁸⁷. Desta forma, quando uma obra é reproduzida, com ou sem modificações, acaba por apresentar “externalidades positivas” que se caracterizam pela quantidade de pessoas que podem aceder à obra, sem que isto ocasione custo adicional para sua produção, podendo servir como base para a criação de obras derivadas. Estas externalidade se acentuaram no Direito Autoral com a informatização, pois, como lembra António Manchuco Rosa, “as novas tecnologias digitais em rede vieram ainda reforçar essas externalidades por também a distribuição ter passado ter custos praticamente nulos”¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Com perfeita didática, o autor explica que “a não-exclusividade reside no facto de a publicação de uma obra ser um processo irreversível no sentido de ser bastante difícil tornar não público aquilo que já foi tornado público, donde decorre a obra poder ser livremente apropriada por qualquer um e assim entrar como componente da criação de uma nova obra. Por sua vez, a não-rivalidade consiste no meu consumo ou uso da obra em nada fazer diminuir a sua quantidade disponível: a minha audição de uma música em nada faz diminuir a possibilidade de idêntico consumo por parte de um qualquer outro número de indivíduos. A não-exclusividade torna a obra publicamente apropriável, enquanto a não-rivalidade faz com que qualquer apropriação não faça diminuir a possibilidade de infinitas e ulteriores idênticas apropriações” (ROSA, António Manchuco. Propriedade Intelectual e nova economia dos “standards” digitais – antagonismo e cooperação. In: AFONSO, Anabela et al. (Orgs.). **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media**: entre a inovação e a proteção. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 89).

¹⁸⁶ A externalidade positiva está relacionada com os saberes e as redes de conhecimento abertas, onde o “a função de bem estar social depende diretamente do grau de abertura deste clube: quanto maior este grau de abertura, mais importantes as externalidades e mais cumulativa o conhecimento assim produzido” (HERSCOVICI, Alain. **Capital intangível e direitos de Propriedade Intelectual**: uma análise das novas formas de produção imaterial no capitalismo contemporâneo. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/AlainHerscovici.pdf>>. Acesso em: 20 Maio 2008.

¹⁸⁷ Vale destacar que esta noção não se compatibiliza com a jurídica, pois o artigo 98 do Código Civil entende que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de Direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem” e, portanto, não estariam sujeitos à apropriação.

¹⁸⁸ ROSA, António Manchuco. Propriedade Intelectual e nova economia dos “standards” digitais – antagonismo e cooperação. In: AFONSO, Anabela et al. (Orgs.). **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media**: entre a inovação e a proteção. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 89-

Estes efeitos positivos externos decorrem da atividade de produção de bens intangíveis. Kamiel Koelman sustenta que o uso de uma propriedade vai depender da negociação dos efeitos entre as partes, pois, se uma delas tem o Direito de excluir a outra da fruição do bem, os preços devem ser ajustados através de contrato. Dentro desta visão, o Direito Autoral existe para forçar a negociação do uso da obra pelas partes, a fim de internalizar as externalidades¹⁸⁹.

O Direito Autoral, sob a perspectiva econômica, apresenta-se como um incentivo aos autores e/ou titulares de Direito e também como um custo que é imposto àqueles que desejarem usar as obras. Então, a eficiência econômica desta relação se dá com a devida compensação econômica aos autores e/ou titulares de direito, de tal forma que “o custo marginal de produção dos bens em que as obras são incorporadas não afaste o seu consumo por parte dos consumidores”¹⁹⁰.

Se as novas tecnologias, como a *internet*, estão reduzindo os custos de transação, estes não podem servir como justificativa dos titulares de Direito Autoral para imporem limitações ao acesso e uso dos bens culturais. Tanto mais porque, na medida em que se torna mais fácil negociar e controlar mais tipos de utilização no ambiente digital, a atribuição de direitos de propriedade, nestes tipos de utilização, torna-se mais eficiente¹⁹¹.

Caso as externalidades não fossem internalizadas, o preço de mercado não refletiria o real valor social do produto e, como tal, o mecanismo de mercado não poderia ter um resultado ótimo. Quando existem externalidades positivas, o preço será muito baixo e, portanto, não serão produzidos, no mercado, quantidades suficientes do produto¹⁹².

90.

¹⁸⁹ KOELMAN, Kamiel J. **Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?** Draft The final version appeared in International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC) No. 6/2004. p. 606-7.

¹⁹⁰ Cláudia Trabuço, op. cit, p. 180.

¹⁹¹ KOELMAN, Kamiel J. **Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?** Draft The final version appeared in International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC) No. 6/2004. p. 606-7.

¹⁹² Id. ibidem, p. 607. Por isto a clara Alain Herscovici que “a maximização do interesse coletivo corresponde à produção de externalidades positivas e à difusão gratuita deste conhecimento à medida que o custo marginal de uso do conhecimento é nulo, a maximização da função de bem estar coletiva implica que seu preço seja, igualmente, a zero” e segue dizendo que “não obstante, esta gratuidade não permite criar os incentivos suficientes para que o setor privado continue a

Nesta situação, percebe-se o paradoxo existente entre os interesses públicos dos usuários/consumidores de acederem às obras e ao interesse privado dos autores e/ou titulares de Direito de cada vez mais restringirem e cobrarem pelo acesso¹⁹³ aos bens culturais ou até negá-los e postergá-los, para evitar o surgimento de um eventual concorrente. Sem dúvida, a ocorrência de externalidades constitui uma falha de mercado, podendo ser necessária a intervenção estatal, para garantir o bem-estar social.

Eis o problema posto sob o ponto de vista econômico e jurídico. Quando a lei atribui um Direito exclusivo a um bem economicamente considerado não-exclusivo e não-rival, acaba mercantilizando-o. No entanto, os bens culturais, a exemplo do conhecimento e das informações, são bens públicos, mas, dentro da teoria econômica, eles alcançam valor econômico pelo exclusivo que é conferido pela lei.

Por este motivo, adverte Paula Forgioni que o conhecimento “não mais se dissipa naturalmente, como bem público que é; ao invés, fica aprisionado na concessão de privilégios que conferem Direito de uso e gozo exclusivo, oponível *erga omnes*”¹⁹⁴.

O problema é complexo, pois o chamado “*homo economicus*”¹⁹⁵ não paga pelo que pode obter gratuitamente, tornando não atrativo para o mercado o investimento em bens públicos que

investir na produção de conhecimento: se as externalidades de demanda foram maximizadas, o lucro do produtor de Conhecimento seria nulo. Os incentivos para a produção privada de Conhecimento fazem com que seja preciso limitar, a partir de um sistema de direitos de propriedade, as modalidades de acesso e de uso deste conhecimento e desta Informação”. (HERSCOVICI, Alain. **Capital intangível e direitos de Propriedade Intelectual: uma análise das novas formas de produção imaterial no capitalismo contemporâneo**. Disponível em: <http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pd/Alain_Herscovici.pdf>. Acesso em: 20 Maio 2008).

¹⁹³ Julie Cohen observa que “os teóricos da liberdade de expressão consideram que os objectivos dos direitos de autor estão directamente ligados à participação na troca e deliberação de ideias. Por seu lado, os teóricos da economia assumem que as ideias de liberdade de cópia minimizam os prejuízos resultantes da atribuição de direitos exclusivos em trabalhos expressivos. Em particular, os economistas conseguem reconciliar discriminação de preços com competição expressiva, considerando apenas que a livre circulação de ideias é o mecanismo fundamental de transmissão cultural” (Tradução livre) (COHEN, Julie E. **Creativity and Culture in Copyright Theory**. University of California: UC Davis Law Review, v. 40, p. 1171, 2007).

¹⁹⁴ FORGIONI, Paula A. Acesso ao conhecimento: Que Direito nos reserva o futuro? In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 360.

¹⁹⁵ Expressão utilizada por Kamiel Koelman, que alerta para o fato de o Direito não se dedicar o suficiente sobre o impacto que os bens culturais podem gerar na sociedade (KOELMAN, Kamiel J. **Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?** Draft The final version appeared in International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC) No. 6/2004. p. 614).

podem ser acessados gratuitamente. Além disto, as novas tecnologias permitem a reprodução fidedigna das obras sem qualquer custo adicional, além de propiciarem o acesso à informação e ao conhecimento para a sociedade.

Como a possibilidade de “multiplicação gratuita dos bens não-exclusivos e não-rivais, contrasta com aquela que se julga ser o fundamento da economia dos bens rivais: a sua escassez”¹⁹⁶. Por não se poder sustentar a escassez dos bens culturais, ocorre aquilo que, na economia, é chamado de falha de mercado¹⁹⁷.

A doutrina da falha de mercado já é utilizada nos casos de concorrência e Propriedade Intelectual nos países de tradição anglo-saxônica e européia, no entanto no Brasil encontram-se casos, envolvendo a propriedade indústria, mas não o Direito Autoral. Denis Borges Barbosa sempre suscitou a temática, tendo em vista a importância para a economia de mercado da análise do poder econômico dos bens imateriais, que se caracterizam pela possibilidade de dispersão imediata por não ser exclusivo, nem rival.

¹⁹⁶ António Manchuco Rosa, com peculiar habilidade exemplifica a situação: “A existência de demasiadas preferências ‘úteis’ sobre um mesmo bem rival ao nível do consumo tende a torná-lo escasso, levando à subida do seu preço e de seguida à racionamento das preferências individuais, permitindo o regresso a uma situação de equilíbrio. Noutros termos, o preço depende da escassez existente. Nos bens intangíveis, pelo contrário, os custos de produção decrescem muito rapidamente com o número de unidades (cópias) produzidas e, neste caso, a existência de um consumidor adicional aumenta a ‘utilidade’ social global. Se a informação não transporta consigo uma apropriabilidade natural por parte de um indivíduo, se a satisfação de um número de consumidores adicionais é feita a baixíssimo custo, a questão está em saber de que modo se pode criar um regime de escassez onde ele naturalmente não existe. Ela pode ser criada através de mecanismos tecnológicos de protecção e, em última análise, através de um artifício, a lei” (ROSA, António Manchuco. Propriedade Intelectual e nova economia dos “standards” digitais – antagonismo e cooperação. In: AFONSO, Anabela et al. (Orgs.). **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media**: entre a inovação e a protecção. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 89-90). Da mesma forma, José Gomes Canotilho, ao comentar o Teorema de Ronald Coase e as suas implicações sobre a escassez do espectro eletrónico e a regulação da radiodifusão explica que: “[...] O mesmo deixou há muito de ser plenamente convincente, tanto por razões económicas (os bens económicos são por definição bens escassos, não sendo isso suficiente para justificar a regulação estadual), como por razões tecnológicas (aproveitamento mais eficiente do espectro radioeletrónico; convergência de tecnologias; digitalização e compreensão de dados; aumento exponencial dos canais disponíveis por cabo e por satélite). Isto, mesmo concedendo que, superada a escassez do lado da oferta (supply scarcity), a mesma ainda perdura do lado da procura (demand scarcity; allocational scarcity) na medida em que continuam a existir muito menos frequências disponíveis do que utilizadores potenciais” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e a liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 22).

¹⁹⁷ A falha de mercado no Direito da Propriedade Intelectual é muito bem analisada por Denis Borges Barbosa (BARBOSA, Denis Borges. **A criação de um ambiente competitivo no campo da Propriedade Intelectual – o caso sul americano**. Centro Internacional para o Comércio e o Desenvolvimento Sustentável – International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2005. p. 45; e seguintes BARBOSA, Denis Borges. **A Propriedade Intelectual e a teoria do market failure**. 2002. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/32.doc>>. Acesso em: 1 Junho 2008).

A imposição de limites é necessária para que o titular de Direito possa usufruir o seu exclusivo. Estas limitações apresentam um certo antagonismo para o direito, pois, ao garantirem a livre concorrência, criam as condições para “a falha ou impossibilidade de correto funcionamento da livre concorrência que leva ao aparecimento do conjunto de restrições à concorrência em que consiste a Propriedade Intelectual”, como ensina Denis Borges Barbosa¹⁹⁸.

O Estado impõe estes limites à concorrência com a concessão temporária de direitos exclusivos aos criadores intelectuais, com o objetivo de reduzir esta falha do mercado. Com isto, procura garantir o retorno do investimento financeiro feito durante o processo criativo. Esta falha do mercado, na Propriedade Intelectual, se não fosse resolvida pelo Estado, provocaria uma possível “apropriação pelo concorrente da criação, permitindo uma redução das margens de retorno do criador-titular”¹⁹⁹.

O Direito Autoral constitui naturalmente uma limitação à livre concorrência, para suprir a falha do mercado, entretanto o exercício do Direito exclusivo, concedido pelo Estado ao autor e/ou titular de direito, não pode servir para a prática de condutas excessivas que vão contra o princípio da livre concorrência.

Os titulares de Direito Autoral vêm evocando, juridicamente, fundamentos econômicos para garantirem seus interesses patrimoniais em detrimento do bem-estar social, a fim de fortalecerem o seu bem individual. Para tanto, travam verdadeiras “guerras de Direito Autoral”, como diz Julie Cohen, ao discorrer sobre os argumentos, utilizados pelos defensores das indústrias culturais, que procuram afastar a concorrência e excluir as limitações livres e gratuitas aos usuários²⁰⁰.

A mesma autora não desconsidera o papel da análise econômica, ao contrário afirma que “a ênfase na produção e distribuição de produtos culturais defendida pelos economistas torna-se importante e pode ser redefinida com mais precisão como: o Direito de Autor é um

¹⁹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁹ BARBOSA, op. cit.

²⁰⁰ COHEN, Julie E. **Creativity and Culture in copyright theory**. University of California: UC Davis Law Review, 2007. v. 40. p. 1195.

meio de criar previsibilidade econômica na organização da produção cultural”²⁰¹. Porém, a redefinição do sistema de Direito Autoral deve atender não só aos aspectos econômicos, mas também aos objetivos sociais que têm que ser sopesados para manter o equilíbrio da relação autoral que se coaduna com o bem-estar social típico de uma sociedade de economia social.

Para alcançar o bem-estar social, os efeitos da concorrência dependem efetivamente do preço e do produto autoral como fatores econômicos que promovam à sociedade um grau elevado de crescimento criativo e de inovação. Contudo, o mercado autoral utiliza o exclusivo, para, muitas vezes, excluir ou emperrar o desenvolvimento do processo criativo, tanto que, com frequência, o titular, por não conceder ou demorar na autorização de utilização de uma obra, acaba por prejudicar este processo²⁰².

Daí falar-se em excesso de titularidades, fenômeno que vem sendo observado pelos juristas, mas já percebido pelos sociólogos, como fora citado pelo polonês, Zygmunt Bauman, que, ao falar sobre o programa de população e saúde, na cidade do Cairo, indagou:

será que foi apenas pela cobiça e pela auto-assumida proteção dos 'direitos de Propriedade Intelectual' que nossas empresas farmacêuticas não mostraram muito empenho em fornecer, a um preço acessível, armas para combater a epidemia? É sempre o excesso *deles* que *nos* preocupa²⁰³.

²⁰¹ Id. Ibidem, p. 1195. (Tradução livre).

²⁰² Neste sentido, em nota de rodapé nº 3, Franceso Parisi e Ben Depoorter retratam as dificuldades que os usuários/consumidores têm de obterem licenças dos titulares de Direito Autoral para, a partir de obra preexistente, criarem outra, citando um exemplo: “One of the most current Dj-mix albums today, ‘2 Many DJ’s’, combines 46 songs of various artists. Reportedly, the clearance of the rights on the songs, featured on the album, lasted three years, involving 865 emails, 160 faxes and hundreds of telephone calls. In the end 72 tracks were omitted from the album because the rights could not be obtain in time for thosetracks (see <<http://breedband.telenet.be/muziek/dossiers/2manydjs/>>, last visited, May 12th,2002>), p. 1. PARISI, Francesco; DEPOORTER, Ben. **The Market for Intellectual Property: the case of complementary oligopoly.** The Economics of Copyright: developments in research and analysis. W. Gordon, R. Watt, eds., Elgar Publishing, 2003; George Mason Law & Economics Research Paper No. 02-19. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=317605> or DOI: 10.2139/ssrn.317605.

²⁰³ BAUMANN, Zygmund. **Vidas desperdiçadas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 60. Neste trecho do livro, o autor relata a preocupação do riquíssimo Earth Policy Institut que tem como uma de suas preocupações resolver o problema da superpopulação através da limitação da fertilidade “deles” (refugo humano) e, para tanto, ofereceram propostas na referida conferência, mas, como diz Bauman, um “aliado inesperado se uniu na batalha contra a exuberante fecundidade “deles”: a aids”.

O excesso de titularidade somente será combatido pelos juristas, se houver um reconhecimento de que o Direito Autoral está se transformando, que as obras hoje constituem verdadeiro produto com forte potencial econômico e que o papel do judiciário é limitar os excessos a partir da obrigatória análise do Direito Autoral dentro de uma perspectiva de Direito fundamental que, ao funcionalizar a propriedade, obedece aos princípios da liberdade e atende a dignidade da pessoa humana²⁰⁴.

²⁰⁴ Deste quadro, pode-se concluir que o Direito e a economia atuam juntos para coibir o excesso de titularidades no Direito Autoral. Não há como negar a relevância do aspecto econômico para o Direito e vice-versa, o que não pode ocorrer é a desvirtuação dos objetivos do Direito Autoral, de modo a dar proteções a um único partícipe da relação autoral, qual seja, o titular de direito. Assim é que, ao contrário de rechaçar o papel da economia para o Direito Autoral, é importante perceber que ela deve se compatibilizar com os interesses da sociedade. Interessante é a observação de Cláudia Trabuço neste sentido: “há importantes dados a retirar das análises de teoria econômica, que em diversos momentos podem servir de barômetro da utilidade social das propostas de extensão do alcance conferido aos direitos do autor, entre os quais o do Direito de reprodução. Desde que devidamente empregues, as indicações de cariz económico podem servir para desmistificar alguns dogmas e libertar o desenvolvimento do Direito do autor dos argumentos esgrimidos em proveito próprio pelos inúmeros grupos de interesses, para que este possa, enfim, prosseguir as finalidades de carácter social que legitimam a sua existência” (Op. Cit., p. 193.)

2 DIREITO AUTURAL E OS COMPROMISSOS MODIFICADORES DO ESTADO SOCIAL

No momento em que a sociedade descobre que depende da economia, a economia, de fato, depende da sociedade. Esse poder subterrâneo, que cresceu até parecer soberano também perdeu sua força. No lugar em que havia o *isso* econômico, deve haver o *eu*. O sujeito só pode emergir da sociedade, isto é, da luta que existe nela mesma. Sua existência possível depende dos resultados da luta de classes que se revela como o produto e o produtor da fundação econômica da história²⁰⁵.

Guy Debord

A proteção jurídica do Direito Autoral se deu no final do século XIX, em decorrência dos interesses econômicos das indústrias culturais que almejavam a fruição exclusiva dos resultados, decorrentes da exploração patrimonial das obras. Como foi visto no capítulo anterior, por um longo período, os países que adotaram o sistema do *Droit D'Auteur* justificaram esta proteção como maneira de enaltecer o autor, incentivando-o à criação de outras obras, enquanto o sistema do *Copyright* nunca se esquivou de fundamentar a tutela autoral como sendo um negócio econômico.

As diferenças entre os dois sistemas de proteção autoral são assinaladas pelos doutrinadores. No entanto, quando se examinam as prerrogativas patrimoniais, vê-se que ambos os sistemas se aproximam quando analisados do ponto de vista econômico, em razão do exercício do Direito exclusivo, concedido ao autor e/ou titular de Direito Autoral. Esta percepção é mais evidente com o advento das novas tecnologias da informação e comunicação que promoveram, no Direito Autoral, uma verdadeira reflexão acerca dos reais interesses que devem estar presentes na relação autoral.

A natureza proprietária do Direito Autoral e a sua mercantilização no ambiente digital fizeram da obra um produto altamente rentável para as economias de mercado, onde os titulares de Direito Autoral se utilizam do “absolutismo” proprietário, para garantir seus interesses econômicos em franco desfavor dos autores e dos usuários destas. Este excesso não

²⁰⁵ [DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo – comentários sobre a sociedade do espetáculo. Tradução Estela dos Santos. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 35.](#)

se restringe mais aos países do sistema do *Copyright*. Pelo contrário, abrangem os países do sistema do *Droit D'Auteur*, que vem valorando, cada vez mais, o aspecto econômico sob a falsa visão de que se estaria protegendo moralmente os interesses dos autores. É o caso recente da legislação francesa de 19 de maio de 2009²⁰⁶, que fundamenta a restrição do uso da *Internet* “em nome do Direito Autoral”.

Esta situação levou José de Oliveira Ascensão a indagar: se, diante do crescente interesse da exploração patrimonial das obras, em detrimento dos interesses pessoais do autor, os Estados Unidos não teriam conseguido ganhar a luta para fazer do Direito do autor um mero apetrecho jurídico, capaz de garantir os investimentos econômicos das indústrias culturais?

É evidente que esta resposta, em um primeiro momento, seria positiva. Contudo, a maioria dos países signatários da Convenção de Berna e do ADPIC/TRIPS, tal como o Brasil segue o Pacto Econômico e Social. Vale enfatizar que o Brasil, além de adotar uma economia de mercado capitalista, constitui também um Estado Social Democrático de Direito estando comprometido, portanto, com os valores sociais.

Os compromissos sociais, assumidos pelo Estado brasileiro na Constituição Federal e nos acordos internacionais de que é signatário, levam a uma resposta negativa ao questionamento feito pelo professor luso, motivo pelo qual é necessário analisar todos os elementos que envolvem este problema constitucionalmente. Assim sendo, o Direito Autoral

²⁰⁶ A lei francesa dispõe sobre a divulgação e a proteção das criações intelectuais na *Internet* e foi promulgada em 12 de junho de 2009, após a análise de constitucionalidade, feita pelo Conselho Constitucional Francês. A referida lei número 2009-669 modifica a Lei Autoral, impondo condições de acesso à *Internet* e punição aos usuários que baixarem obras sem o pagamento dos direitos autorais. Neste sentido, veja o texto da lei: JORF n°0135 du 13 juin 2009 page 9666 texte n° 2 LOI n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432&dateTexte=&categorieLien=id>>. Acesso em: 20 Jun 2009 e a Decisão do Conselho Constitucional Francês considerou alguns dispositivos inconstitucionais por se confrontarem com a liberdade de expressão, mas, a par disto, a lei entrou em vigor, e a discussão hoje envolve as limitações criadas aos usuários, para acederem às obras na *Internet* e o possível surgimento de um Direito fundamental de acesso à Internet. Embora não seja o objeto do presente trabalho, a lei francesa é fruto da pressão econômica feita pelas indústrias culturais e reflete a problemática, envolvendo os interesses privados e públicos que estão em conflito no ambiente digital. Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009. **Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/cc-2009580dc.pdf>>. Acesso em: 20 Jun 2009

é relativo e a ele se impõe limitações no exercício patrimonial de seus direitos.

Para tanto, é essencial trazer noções basilares dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal brasileira, a fim de que se possa examinar o enquadramento do Direito Autoral frente a outros direitos e princípios constitucionalmente previstos. Este enfrentamento busca apontar a colisão e a convivência de direitos fundamentais nas relações privadas, em especial, o Direito Autoral frente ao Direito da Concorrência e do consumidor, que devem obedecer a funcionalização da propriedade e do contrato. Estes aspectos serão examinados neste capítulo.

2.1 EMBASAMENTO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS²⁰⁷

Os direitos dos homens devem estar presentes nos Estados democráticos de direito. A democracia somente pode ser exercida plenamente em um Estado, se este for capaz de respeitar e defender os direitos da pessoa humana, não sendo possível imaginar a existência de um sem a presença do outro.

A doutrina costuma fazer uma diferença clássica entre os direitos do homem e os direitos fundamentais. Os primeiros podem ser apontados como o elenco de direitos válidos que se caracterizam pela inviolabilidade, intemporalidade e universalidade destas normas; já os segundos, como os direitos relacionados com a vigência dos direitos do homem dentro de uma ordem jurídica limitada temporalmente²⁰⁸.

Daí utilizar-se e optar-se pela expressão “direitos humanos fundamentais”²⁰⁹ – pois

²⁰⁷ Parte deste estudo foi originariamente elaborado na dissertação de Mestrado em Direito da UNISINOS, tendo sido publicado, posteriormente, no livro *Perspectivas Atuais do Direito da Propriedade Intelectual*, sob a forma de artigo (AVANCINI, Helenara Braga. Os direitos humanos fundamentais na Sociedade da Informação. In: AVANCINI, Helenara Braga Avancini; BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. **Perspectivas atuais do Direito da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 45-72). Adverte-se, por oportuno, que o presente texto foi atualizado e remodelado para o presente trabalho.

²⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 369.

²⁰⁹ Flávia Piovesan afirma que os direitos humanos são “autênticos direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância” (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e Propriedade Intelectual: proteção internacional e constitucional. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Org.). **Propriedade Intelectual – estudos em homenagem à professora Maristela Basso**. Curitiba:

eles abarcam estes dois conceitos – para caracterizar o conjunto de normas válidas, invioláveis e universais, cuja aplicação (interpretação) se insere dentro da ordem jurídica vigente. Em outras palavras, a análise destes direitos deve acompanhar o contexto da sociedade atual, dos sistemas sociais.

Embora se faça esta escolha, cabe frisar que os direitos fundamentais servem como base para o exercício de outras liberdades. Poder-se-ia dizer que eles estariam em uma posição preferencial ou privilegiada em relação às demais normas. Contudo, como já fora referido no início deste trabalho, não há Direito absoluto e ilimitado, sendo recorrente os casos em que ocorrem tensões, oriundas do exercício de direitos fundamentais. Daí poder afirma-se que eles são um forte aliado para coibir as condutas de abuso de poder, amparadas ainda na condição de serem consideradas cláusulas pétreas e de terem aplicação imediata²¹⁰.

Estes direitos humanos fundamentais constituem uma categoria especial que elenca uma série de direitos que, em seu conjunto, forma a base de garantia da legitimidade do próprio Estado Democrático de Direito e da convivência dos países na esfera mundial. Em 10 de dezembro de 1948, as Nações Unidas elaboraram a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a fim de que os Estados tivessem uma convivência pacífica através da observância e do respeito aos direitos e às liberdades previstas neste documento.

Por não ser proposta deste trabalho, não serão abordados todos os direitos e liberdades inerentes aos direitos fundamentais, mas apenas os direitos relativos aos autores e à cultura, sob dois aspectos: 1) identificando-os e posicionando-os na esfera legislativa internacional e nacional, mostrando a interdependência destes e 2) o papel fundamental que exercem em relação a outros direitos fundamentais, consagrados na referida Declaração.

Oportuno lembrar, ainda, que as questões econômicas, sociais e culturais são objeto de proteção constitucional, umas tratadas na Constituição Federal, como direitos fundamentais, e outras, como princípios da ordem econômica e social. Sendo despidendo

Juruá, 2008. p. 13-42 e p. 18-19). Ori Afori ao falar sobre o artigo 27, incisos I e II da Declaração Universal dos direitos do homem anuncia que: “The Universal Declaration of **Human Rights announces two fundamental rights** in Article 27: (1) the right of everyone to participate in cultural life; and (2) the material and moral rights of authors with respect to their works” [Grifos nossos]. (p. 563).

²¹⁰ Neste sentido, veja o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal que assim dispõe: § 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

dizer que todas as questões, relativas ao Direito Autoral, Direito de Concorrência e Direito do Consumidor, devem ser analisadas sob o prisma constitucional, porque é a Carta Magna que emanam as diretrizes para a interpretação/aplicação das normas jurídicas.

2.1.1 Direito Autoral como Direito Fundamental

Feitas as ressalvas preliminares, para melhor compreender os direitos humanos fundamentais citados, faz-se necessária uma explicação sucinta do que vêm a ser os direitos autorais e Direito da cultura²¹¹, e a sua consagração nos acordos internacionais e na Constituição Federal.

Os direitos autorais, como mencionado anteriormente, se subdividem em três categorias: o Direito de Autor, os direitos conexos e os programas de computadores. O Direito de Autor consiste em um conjunto de prerrogativas patrimoniais e morais que é exercido pelo autor (ou pelo titular secundário de direitos) sobre a sua criação intelectual, que consiste em uma obra artística, literária ou científica²¹². Nos direitos conexos²¹³ existem três categorias de beneficiários, isto é, os artistas intérpretes e/ou executantes, os organismos de radiodifusão e os produtores de fonogramas²¹⁴. Apesar de não criarem uma obra, lhes são reconhecidas as

²¹¹ Quando se fala em Direito da cultura, está a se falar no seu sentido estrito, como leciona Jorge Miranda “Afastando da análise a liberdade de aprender e ensinar e o Direito à educação, encontramos três categorias básicas: a) Direitos relativos à identidade cultural; b) Liberdades culturais; c) Direitos de acesso aos bens culturais. Não parece adequado abordar, compactamente, o Direito à cultura, por causa da diversidade desses direitos e porque é a expressão que melhor se ajustaria aos direitos do terceiro grupo”, e, ainda, complementa que “em rigor, não existe um Direito à cultura, como não existe um Direito à saúde; o que há é um feixe de direitos de liberdade e de acesso à cultura, tal como há um Direito à proteção da saúde”. MIRANDA, Jorge. **Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais**. O presente texto corresponde às notas tomadas pelo autor, com vista à arguição da lição de síntese do Doutor Vasco Pereira da Silva, nas provas para obtenção do título de agregado, realizadas na Universidade de Lisboa em 31 de maio e 1º de junho de 2006, p. 17.

²¹² Não é correto incluir o termo científica, pois este constitui uma espécie do gênero obras literárias.

²¹³ A expressão “direitos conexos”, embora seja a mais adotada, também é conhecida por direitos afins, direitos vizinhos, direitos limítrofes, parentes. Neste sentido, ver: LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: UNESCO/CERLAC/ZAVALIA, 1993. p. 347; HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 188.

²¹⁴ Os programas de computadores são normalmente conhecidos como *softwares* e consistem na expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados, nos termos

faculdades patrimoniais e morais, já que, através destes beneficiários, é que a obra do autor é posta à disposição do público.

Antes de adentrar na análise constitucional do Direito Autoral, é necessário ponderar que muitos doutrinadores não entendem que ele seja um Direito natural e, por consequência, também não poderia ser considerado um Direito humano. Isto porque o reconhecimento dos direitos humanos se baseia nas teorias do Direito natural²¹⁵.

A abordagem deste aspecto é importante, tendo em vista que os países da Europa continental consideram o Direito Autoral como um Direito natural, tratando-o “simplesmente como um direito, o fato de o autor querer usufruir o fruto de seu trabalho. Por seu lado e em flagrante contraste, na tradição anglo-saxônica, a lei de Direito de Autor é percebida como tendo uma base sócio-econômica”²¹⁶.

O Direito Autoral, visto como Direito natural é, na verdade, uma “incômoda constatação”²¹⁷ a que os doutrinadores vêm suscitando dúvidas, pois o próprio Direito de Propriedade não é absoluto, estando sujeito aos interesses públicos, ademais, o reconhecimento como Direito natural afastaria o fato de ser ele considerado como uma criação artificial do Direito positivo. Assinale-se que existe uma diferença no tratamento da lei do Direito Autoral nos países desenvolvidos, que buscam, nitidamente, manter seus interesses econômicos, além dos direitos e das liberdades, reconhecidos em suas constituições²¹⁸.

do artigo 1º da Lei nº 9.609/98. Como a temática dos direitos humanos fundamentais pressupõe direitos garantidos a pessoa humana, há que se avaliar se esta garantia abrange os titulares de programas de computadores que, via de regra, são pessoas jurídicas. Esta temática será analisada no próximo capítulo, razão pela qual a discussão dos direitos humanos fundamentais centrar-se-á no Direito de Autor e nos que lhes são conexos.

²¹⁵ AFORI, Orit Fischman. Human rights and copyright: The Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law. **Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal**, New York, v. 14, n. 2, p. 563, 2005.

²¹⁶ Neste sentido, ver: KOELMAN, Kamiel J. **Copyright law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?** Draft The final version appeared in International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC) No. 6/2004, p. 603 (Tradução livre).

²¹⁷ Expressão utilizada por Paula Forgioni. (FORGIONI, Paula A. Acesso ao conhecimento: Que Direito nos reserva o futuro? In: Antônio José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 364).

²¹⁸ AFORI, Orit Fischman. Human rights and copyright: The Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law. **Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal**, New York, v. 14, n. 2, p. 517-519, 2005.

António Manchuco Rosa destaca que o crescimento das tecnologias digitais deixou mais latente este questionamento, pois, “na realidade, é bastante questionável que o Direito à propriedade – à detenção de direitos exclusivos de autoria e exploração – das obras intelectuais (ou informação, para designar uniformemente esses tipos de bens intangíveis) seja ele próprio um Direito natural”²¹⁹.

Ao coro, juntam-se outros doutrinadores, como Denis Borges Barbosa²²⁰ e Paula Forgioni, que consideram o Direito da Propriedade Intelectual uma criação artificial e não um Direito natural “dos agentes econômicos de forma que sua imposição, ao impedir o acesso de terceiros a bens que antes estariam disponíveis a custo zero, eleva as barreiras às relações entre os players do mercado”²²¹.

Ricardo Aronne, com precisão, aduz que “a Propriedade Intelectual é produto de uma modernidade tardia e economicamente promíscua, identificada com o fetiche oitocentista da segurança e a certeza jurídica”, sendo a sua estrutura débil para vencer os desafios a ela impostos²²².

Por mais duro que possa parecer, o fato é que dadas as peculiaridades morais e patrimoniais que cercam o Direito Autoral, é difícil reconhecê-lo como um Direito natural²²³.

²¹⁹ ROSA, António Manchuco. Propriedade Intelectual e nova economia dos “standards” digitais – antagonismo e cooperação. In: AFONSO, Anabela et al. (Orgs.). **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media: entre a inovação e a proteção**. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 88.

²²⁰ BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 88 e seguintes.

²²¹ FORGIONI, Paula A. Acesso ao conhecimento: Que Direito nos reserva o futuro? In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 364.

²²² Neste sentido ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do caos – Estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 94.

²²³ Eduardo Lycurgo Leite entende que o Direito Autoral é um Direito natural, sustentando que “para o reconhecimento dos direitos de propriedade sobre obras intelectuais baseia-se (1) nos direitos dos autores em colher os frutos de suas criações, obtendo uma recompensa pelas suas contribuições para com a sociedade, (2) no controle sobre as próprias criações e (3) na proteção da integridade das criações intelectuais do criador como extensão da sua personalidade, entendendo, assim, a proteção autoral sob um prisma jusnaturalista”. Assim, entende que por serem as “obras intelectuais frutos do intelecto e do conhecimento do ser” é o Direito Autoral um Direito natural, o que se discorda, pois os direitos naturais se caracterizam por serem inerentes ao ser humano e decorrem da personalidade que lhe é atribuída pelo fato de ser considerado “pessoa humana”. Ora, os direitos da personalidade são direitos naturais, porque inerentes ao ser, já as potencialidade de fruição ou criação não são inerentes, tendo em vista que podem se desenvolver ou não ao longo da existência humana, daí não se sustentar a assertiva de ser o Direito Autoral um Direito natural. Ademais, uma coisa é o autor gozar de um Direito personalíssimo decorrente de suas prerrogativas morais outra é afirmar que o autor tem Direito da personalidade como tal.

Tanto mais porque se trata de um Direito que foi positivado com o objetivo de proteger os interesses econômicos das indústrias culturais. Porém esta tutela somente seria bem aceite pela sociedade, se ela alcançasse os interesses pessoais dos autores.

Antecipa-se a conclusão, para afirmar que o Direito Autoral é excepcional em relação ao Direito natural de acesso às obras, no entanto ele é reconhecido como um Direito humano fundamental nos instrumentos internacionais e na própria Constituição, até porque faz parte das liberdades culturais que é uma das categorias do Direito da cultura²²⁴.

O Direito da cultura e o Direito Autoral foram consagrados no artigo XXVII²²⁵ da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, tendo sido assinada pelo Brasil na mesma data. Nele, se insere a proteção dos direitos patrimoniais e morais do autor e, apesar de não constarem expressamente estas prerrogativas aos direitos conexos, entende-se que estes estejam protegidos, pois os artistas intérpretes e/ou executantes, os organismos de radiodifusão e os produtores de fonogramas contribuem para a difusão das obras criadas pelos autores.

Dado curioso, é que a proteção ao Direito de Autor somente foi inserida no texto da Declaração Universal graças ao esforço dos representantes dos países latino-americanos, pois os Estados Unidos não queriam incluí-lo no texto da Declaração. Provavelmente, isto ocorreu porque, na época, o país não era signatário da Convenção de Berna, para a proteção de obras literárias e artísticas, além de adotar um sistema jurídico de proteção diferenciado em relação aos países de tradição romano-germânica²²⁶.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 136.

²²⁴ Neste sentido, ver: MIRANDA, Jorge. **Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais**. O presente texto corresponde às notas tomadas pelo Autor, com vista à arguição da lição de síntese do Doutor Vasco Pereira da Silva, nas provas para obtenção do título de agregado realizadas na Universidade de Lisboa em 31 de Maio e 1º de Junho de 2006. p. 17 e 20.

²²⁵ Artigo XXVII – "1. **Toda pessoa** tem o Direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem Direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja **autor**".

²²⁶ Os países latino-americanos que aprovaram o artigo XXVII da Declaração Universal dos Direitos do Homem foram: Argentina, Brasil, Colômbia, Cuba, Honduras, México, Panamá, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela (UCHTENHAGEN, Ulrich. El derecho de autor como derecho humano: ¿una apuesta por la superación de los dos sistemas básicos de protección? In: **El derecho de autor y los derechos conexos y su gestión colectiva en la sociedad de la información** (Octavo curso académico regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países

Embora constitua uma Declaração Universal e não um acordo internacional, este documento obriga os Estados signatários a respeitarem os direitos nele constantes²²⁷, tanto que a maioria dos países incluíram em suas Cartas Magnas a proteção destes direitos, como é o caso da Constituição Federal do Brasil, que o prevê no artigo 5º, IX, XXVII, XXVIII e XXIX²²⁸.

Este dever de respeito aos dispositivos da Declaração Universal, no plano interno, decorre da disposição constante no parágrafo 2º²²⁹, do artigo 5º, da Constituição Federal que admite o reconhecimento de outros direitos e garantias, decorrentes dos princípios adotados pela Constituição e pelos Tratados Internacionais firmados, destacando que um dos princípios, adotados pela Constituição brasileira, é o da prevalência dos direitos humanos, o propósito de integração entre os povos, previsto no artigo 4º, incisos II, IX, e parágrafo único²³⁰.

Ademais, com a Emenda Constitucional nº 45, o artigo 5º ganhou um reforço com a

de América Latina). Santa Cruz de la Sierra: OMPI/SGAE, Oct. 2001. p. 15).

²²⁷ Orit Fischman Afori compartilha do mesmo entendimento; "Although the Universal Declaration may have no binding authority, it nevertheless functions at least as a primary source of inspiration, influencing domestic law, inter alia, by way of interpretation" (AFORI, Orit Fischman. Human rights and copyright: The Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law. **Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal**, New York, v. 14, n. 2, p. 563, 2005; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **Derecho de autor**. 2. ed. Caracas: SAPI – Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1998. v. I. p. 74-75).

²²⁸ Artigo 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: [...] IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] 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 proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; 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;

²²⁹ Artigo 5º, § 2º – "Os direitos e as 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".

²³⁰ Artigo 4º – "República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos; [...] IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Parágrafo único: A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações".

inclusão do parágrafo 3º²³¹, pois, uma vez preenchida as condições exigidas, os Tratados de direitos humanos aprovados ganham o *status* de emenda constitucional. Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal²³² se pronunciou acerca do tema, adotando a linha de raciocínio de que os Tratados de Direitos Humanos têm o caráter supralegal, estando acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição Federal, tendo aplicação imediata. Embora se trate de um precedente, a decisão do Plenário dá forças para se alcançar o caráter vinculativo das normas, constantes na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram assumidas pelo Estado brasileiro.

Porém, o artigo 27 da Declaração Universal apresenta uma tensão interna²³³, uma vez que as prerrogativas morais e patrimoniais do autor podem, às vezes, entrar em colisão com o Direito das pessoas participarem da vida cultural. O conflito está na base de que o titular de Direito Autoral detém o poder de controlar a exploração de seu trabalho e, em certa medida, pode até mesmo impedir o livre acesso das obras aos usuários, com ou sem remuneração. A

²³¹ Artigo 5º, §3º - "Os tratados e as 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".

²³² A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 03 de dezembro de 2008. Pronunciou-se acerca dos *status* dos tratados internacionais sobre direitos humanos na hierarquia das leis. Os casos, suscitados durante o julgamento (Recurso Extraordinário 466343 e 349703 e *Habeas Corpus* 875887 e 90450), envolviam a discussão da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e o fato de o Brasil ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica. Nesta decisão, houve um impasse no sentido de se reconhecer a natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos ou de conferirem uma hierarquia especial, de caráter de supralegal às convenções de direitos humanos. Como resultado, além do importante precedente acerca da aplicação imediata do Tratado de Direitos Humanos em caráter supralegal, a súmula 619 do Supremo Tribunal Federal foi revogada. Ementa: PRISÃO CIVIL - PENHOR RURAL - CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA – BENS – GARANTIA – IMPROPRIEDADE. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia. Decisão. O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Menezes Direito, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, revogada a Súmula 619. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. HC 92566 / SP - SÃO PAULO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-03 PP-00451Parte(s) PACTE.(S): JOSÉ ARLINDO PASSOS CORREA IMPTE.(S): EDUARDO GOMES DE QUEIROZ COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

²³³ Neste sentido, "Article 27, however, reflects the tension existing at the basis of copyright law. It is the tension between granting the author material and moral control over his or her work and enabling the public at large to obtain free access to works and information, including the possibility to use such materials that are necessary for cultural development. And this tension exists according to both natural law and utilitarian standpoint for justifying copyright" (AFORI, Orit Fischman. **Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law.** *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, New York, v. 14, n. 2, p. 539, 2005).

questão consiste em saber qual dos dois direitos humanos deve prevalecer no caso concreto²³⁴.

Na atualidade, como já se comentou, um dos maiores problemas que o Direito Autoral vem enfrentando é o excesso de titularidades que está aniquilando as limitações livres e gratuitas, como as de ter acesso à obra. Neste aspecto, a leitura dos incisos I e II do artigo 28 da Declaração Universal é relevante para os países signatários, tendo em vista que a maioria das constituições incorporaram como direitos fundamentais estes dois incisos.

Orit Afori a respeito da tensão existente entre os incisos, sustenta que o Direito de participar da vida cultural é citado pela Declaração Universal como o primeiro direito, enquanto o Direito Autoral é citado como o segundo, não sendo esta ordem accidental. O Direito de participar na vida cultural é a regra principal e é limitado, logo a seguir, pelo Direito Autoral. Assim, o inciso I do artigo 27 da Declaração Universal confere “significado pleno”²³⁵ ao Direito de todas as pessoas participarem da vida cultural, tendo como exceção determinados casos, que visam a proteger os interesses patrimoniais e pessoais do autor.

Situar o Direito à cultura como preponderante é fundamental para dirimir os casos que venham a ser submetidos a uma decisão judicial, a fim de impedir ou diminuir a pressão dos titulares de direito, para alargarem os seus direitos em detrimento do interesse público²³⁶. Por serem direitos internacionais, qualquer decisão acerca da tensão entre Direito da cultura e Direito Autoral serve como fonte de interpretação interna para os países que são signatários da Declaração Universal e que adotam, constitucionalmente, o compromisso social de garantir os direitos humanos fundamentais, como é o caso do Brasil.

Ultrapassado o problema da tensão interna, presente nos incisos I e II do artigo 27 da Declaração Universal, ainda é necessário saber se as pessoas jurídicas estão incluídas no inciso II do citado artigo, tendo em vista que fazem parte do Direito Autoral os direitos conexos e os programas de computadores. Poder-se-ia rechaçar esta alegação, tendo em vista

²³⁴ Assim questiona Orit Fischman Afori: *Consequently, the question becomes: what is the relation between Articles 27(1) and 27(2)? More specifically: which of these two rights is the general prevailing principle, and which is regarded as the restrictive inferior right?* (AFORI, Orit Fischman. Human rights and copyright: The introduction of natural law considerations into american copyright Law. **Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal**, New York, v. 14, n. 2, p. 540, 2005).

²³⁵ Expressão utilizada por Orit Fischman Afori. (Id. ibidem).

²³⁶ Id. ibidem, p. 539-540.

a extensão da proteção, conferida pela Declaração dos Direitos do Homem (pessoa natural – autor) às pessoas jurídicas (organismo de radiodifusão, produtores de fonogramas, indústrias de *software*).

Contudo, como bem observou Ulrich Uchtenhagen, a inclusão das pessoas jurídicas como titulares de Direito não teria o condão de desclassificar o Direito como humano, assim como não deixa de ser Direito humano a propriedade que pertence a uma pessoa jurídica²³⁷. À mesma conclusão chega José Gomes Canotilho, ao examinar as liberdades publicísticas na Sociedade da Informação, admitindo que a liberdade de radiodifusão é um Direito fundamental, alicerçado no Direito à liberdade de expressão em sentido amplo²³⁸, o que interessa às empresas de radiodifusão, pois constituem “instrumentos da sociedade civil ao serviço da liberdade de expressão”²³⁹.

Existem outros documentos internacionais²⁴⁰, como, por exemplo, o Pacto

²³⁷ Neste sentido, assevera: “*Un derecho de autor como derecho humano sólo puede referirse a autores hombres. Los legisladores nacionales que atribuyen la calidad de autor exclusivamente a personas naturales se ven confirmados en su actitud. Esto pero no significa que una empresa de producción de obras audiovisuales sería excluida de toda atribución de derechos de autor. Los derechos humanos son prerrogativas de todos los hombres, pero no necesariamente sólo de los hombres. La inclusión de personas jurídicas en el círculo de derecho habientes del derecho de autor no disminuye el valor de este derecho como derecho humano. Una mirada sobre el caso de la propiedad confirma esta conclusión: sería absurdo pretender que toda propiedad de personas jurídicas se excluye porque se trata de un derecho humano*” (UCHTENHAGEN, Ulrich. El derecho de autor como derecho humano: ¿una apuesta por la superación de los dos sistemas básicos de protección? In: **El derecho de autor y los derechos conexos y su gestión colectiva en la sociedad de la información** (Octavo curso académico regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina). Santa Cruz de la Sierra: OMPI/SGAE, Oct. 2001. p. 16).

²³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e a liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 27.

²³⁹ Neste sentido, pondera que: “parece defensável a localização da actividade de radiodifusão, em primeira linha, a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e das pessoas colectivas, numa área em que se cruzam as liberdades publicísticas e as liberdades económicas. Os meios de comunicação audiovisual encontram-se, à semelhança do que sucede com os demais, ao serviço da autodeterminação publicística dos indivíduos e dos grupos, dos seus direitos de informação e de expressão acerca do mundo que os rodeia” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e a liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 18-19).

²⁴⁰ É oportuno destacar que o artigo 17º, 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada no jornal oficial das Comunidades Europeias, em 18 de dezembro de 2000, prevê a proteção do Direito Autoral quando dispõe que “2. É protegida a Propriedade Intelectual”. Da mesma forma, o Direito da cultura pode ser observado na Carta, nos artigos 11º, 13º e 14º. Artigo 11º - “1. Todas as pessoas têm Direito à liberdade de expressão. Este Direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social”; Artigo 13º - “As artes e a investigação científica são livres. É respeitada a liberdade académica”; e Artigo 14º - “1. Todas as pessoas têm Direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua. 2. Este

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução nº 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor no Brasil em 24 de fevereiro de 1992, promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, que prevê no artigo 5º, 1 e 2, o respeito aos direitos humanos fundamentais²⁴¹, abrangendo, de forma implícita, no artigo 13, 1º²⁴², o Direito à informação, quando dispõe sobre o Direito à educação, atingindo também os direitos autorais, muito embora estes estejam expressamente reconhecidos no artigo 15º²⁴³.

Direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório. 3. São respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o Direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas". Embora não tenha aplicação na ordem jurídica Brasileira, trata-se de um importante instrumento jurídico internacional que, a exemplo, dos outros dá tratamento de Direito humano ao Direito da cultura e ao Direito Autoral. Lembrando, ainda, que o preâmbulo da Carta reforça a proteção do Direito da cultura, do Direito Autoral com o objetivo de proteger os direitos fundamentais, com base na evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica. Assim dispõe o preâmbulo: "Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União **baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito.** Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção.(...)Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, **reforçar a protecção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica.** A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da Comunidade e da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem".

²⁴¹ Artigo 5º – "1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer Direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou as liberdades reconhecidos no presente Pacto, ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau".

²⁴² Artigo 13 – "1. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem o Direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz".

²⁴³ Artigo 15 – "1. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o Direito de: 1. Participar da vida cultural; 2. Desfrutar o progresso científico e suas aplicações; 3. Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor. 2. As medidas que os Estados-Partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse Direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura. 2. Os Estados-Partes no

Ao contrário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais constitui um importante documento legal que o Estado brasileiro, por ser signatário e o ter incorporado na legislação infraconstitucional, tem o dever de adotar todas as medidas necessárias para a realização destes direitos²⁴⁴.

Este Pacto, além de ter a força vinculativa, reitera e ratifica os direitos consagrados na Declaração Universal e na mesma ordem de importância. Este aspecto é relevante, o artigo 15, também apresenta uma tensão interna nos incisos 1 e 3, valendo para o Pacto as observações feitas acerca deste conflito interno entre o Direito da cultura e o Direito Autoral²⁴⁵.

Audrey Chapman, em 2001, já havia alertado os pesquisadores sobre a escassez de produção de obras que analisassem os artigos 27 da Declaração Universal e o artigo 15 do Pacto, tendo em vista a iminência de ocorrer uma “guerra do conhecimento”²⁴⁶, travada em nome do Direito Autoral, onde os titulares deste Direito lutariam para garantir e ampliar os seus interesses econômicos, decorrentes da exploração econômica das obras em detrimento dos interesses sócio-culturais dos usuários e, por vezes, do próprio autor de aceder às obras²⁴⁷.

presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa e à atividade criadora. 4. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura”.

²⁴⁴ Neste sentido, Flávia Piovesan destaca: “Prevê o Pacto que os direitos sociais, econômicos e culturais apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (art. 2º, parágrafo 1º do Pacto). (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e Propriedade Intelectual: proteção internacional e constitucional. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Org.). **Propriedade Intelectual – estudos em homenagem à professora Maristela Basso**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 22).

²⁴⁵ Assim destaca Audrey Chapman: “*El texto del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es muy similar al del Artículo 27 de la Declaración Universal. Al igual que ésta, tiene tres partes relativas al derecho a la cultura, el progreso científico y la propiedad intelectual. Sin embargo, el traslado de las tres disposiciones de la Declaración Universal no fue en absoluto automático. La Redacción del Pacto entrañó un animado debate sobre si debía incluirse la disposición sobre la propiedad intelectual*” (CHAPMAN, Audrey. La propiedad intelectual como derecho humano (obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: **Boletín de derecho de autor**, París: Ediciones UNESCO, v. XXXV, n. 3, p. 12, jul.-set. 2001).

²⁴⁶ Expressão utilizada pelo autor. (Id. Ibidem, p. 6).

²⁴⁷ Neste sentido, advertiu: “*A menos que los defensores de los derechos humanos proporcionen un contrapeso intelectual y de organización eficaz de los intereses económicos, el panorama de la propiedad intelectual se transformará en los años venideros sin tomar debidamente en consideración los efectos sobre los derechos humanos. El desarrollo de una economía mundial en la que la propiedad intelectual desempeña un papel trascendental pone de relieve la necesidad de una comunidad de derechos humanos que reivindique los derechos del autor, el creador y el*

A interpretação do Direito da cultura e do Direito Autoral é fundamental, para que o interesse dos usuários, em acederem à obra ou de utilizá-la para a criação de uma outra, deixe de ser examinado como uma mera limitação do Direito Autoral, quando, na verdade, consiste em uma limitação daquele. O enfrentamento destas questões deve ser feito, a fim de afastar a inversão de valores, provocadas pelas indústrias culturais, em nome do Direito Autoral, sem o constrangimento de ferir direitos humanos fundamentais²⁴⁸.

A “constitucionalização”²⁴⁹ do Direito Autoral inicia-se no final do século XVIII, com a dos Estados Unidos, mas, a exemplo do que ocorre com a Declaração Universal e o Pacto, “o tema ainda é relativamente pouco estudado no Brasil”.²⁵⁰ Igualmente, a matéria não é muito discutida pelo Supremo Tribunal Federal que poderia desempenhar um importante papel para dirimir os conflitos, envolvendo as limitações ao Direito Autoral²⁵¹.

inventor, ya sea una persona individual, un grupo o una comunidad, como un derecho humano. Es igualmente importante que los defensores de los derechos humanos protejan los intereses morales y los derechos de la comunidad a tener acceso a esos conocimientos. En lo que concierne a los derechos humanos, es preciso analizar también si las leyes pertinentes que especifican los derechos a las obras creativas y a los conocimientos científicos y que determinan la índole de lo que se puede reclamar como propiedad intelectual son compatibles con el respeto de la dignidad humana y la realización de otros derechos humanos” e, ainda, “se ha prestado muy poca atención a la interpretación de la propiedad intelectual como derecho humano. La comunidad de derechos humanos ha descuidado el Artículo 27 de la Declaración Universal y el Artículo 15 del Pacto”. [Grifos nossos] (Id. Ibidem, p. 14).

²⁴⁸ A este respeito vale a reprodução *ipsis literis* da observação feita por Cláudia Trabuco que vai ao encontro do entendimento de Audrey Chapman, dentre outros destacados autores: o desenvolvimento da cultura “nas suas palavras, os interesses não apenas dos autores (materiais e ideias ou intelectuais), mas também do público, da cultura, o interesse dos indivíduos na formação e no desenvolvimento da sua personalidade, dos intermediários que têm um papel relevante na economia cultural, bem como os interesses dos titulares, indivíduos ou empresas, de direitos conexos, têm de ser ponderados e equilibrados na formulação da protecção do Direito de Autor”. Há mesmo “à protecção já existente dos interesses individuais as vias de protecção supra-individuais (*überindividuellen Schutzzweck*) que caracterizam há muito os sistemas anglo-americanos. Assim, à salvaguarda do Direito individual do autor constitucionalmente prevista, deveria juntar-se uma tutela adequada do interesse geral no desenvolvimento da cultura e do que denomina como ‘desenvolvimento da economia da cultura’, assegurando-se deste modo a atenção devida à política industrial, cultural e social associadas à protecção do Direito de Autor e aos interesses nestas práticas implicados. Apenas assim poderá o interesse geral deixar de ser entendido como mero limite ao Direito do autor e ser devidamente reconhecido o seu significado positivo como fundamento da protecção àquele conferida”. (Op. Cit., p. 160. 161).

²⁴⁹ Expressão utilizada por Carlos Alberto Bittar, igualmente citada por Manoel Joaquim Pereira dos Santos. (BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do autor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 23; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Princípios constitucionais e Propriedade Intelectual – o regime constitucional do Direito Autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). **Direito da Propriedade Intelectual – estudos em homenagem a Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 11.

²⁵⁰ Id. Ibidem, p. 13.

²⁵¹ Os Acórdãos citados são: STF, 1ª T., Recurso Extraordinário nº 75.889 -RJ, Rel. Min. Antonio Néder, julg. 31.05.1977, publ. D. J. 19.08.1977, p.m.; (ii) STF, 1ª T., Recurso Extraordinário nº 83.294 – RJ.

Bruno Lewicki, ao comentar os dois casos que chegaram a Corte Superior, aduz que estas decisões são muito representativas

[...] do que se chama aqui, de 'desprezo' pelas limitações – instituto visto na prática pelas cortes e, na teoria, por grande parte da doutrina, mais como uma porta aberta para a fraude e a esperteza do que como um instrumento de balanço dos interesses conflitantes quanto ao uso de obras intelectuais²⁵².

Apesar das imprecisões terminológicas, é possível reconhecer, no artigo 5º incisos XXVII, XXVIII e XXIX da Constituição Federal, os direitos de Propriedade Intelectual como sendo direitos humanos fundamentais. O inciso XXVII merece a maior crítica, uma vez que se preocupa com a garantia das prerrogativas patrimoniais do autor, esquecendo-se das morais, o que ratifica o fato de que a proteção autoral só existe porque é latente o interesse econômico que as obras geram na economia de mercado.

Esta imprecisão é suprida através da interpretação da lei que, analisada em conjunto com as demais normas constitucionais, consegue garantir as prerrogativas morais do autor, utilizando-se do inciso X e do próprio *caput* do artigo 5º²⁵³ da Constituição Federal. Por oportuno, vale

Relator: Min. Bilac Pinto, julg. 31.05.1977, publ. D. J. 01.07.1977, p.m. O problema se centrou sobre as compilações ou antologias que continham 32 páginas de texto de dois autores, sem a autorização destes, sendo que a compilação feita pela Editora Bloch era para fins didáticos. Nos casos, houve a derrogação do artigo 666, I do Código Civil face à nova redação do artigo 153 parágrafo 25 da Constituição de 1967. O Supremo Tribunal Federal decidiu que não era permitida a reprodução de trechos de obras em outra derivada, ainda que para fins didáticos, porque o Direito Autoral é a regra e as limitações exceções. As referidas decisões são comentadas detalhadamente por Bruno Lewicki e mencionadas por Bruno Jorge Hammes, Manoel Joaquim Pereira dos Santos e Maria Eliane Jundi (LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos direitos do autor**: releitura na perspectiva do Direito civil contemporâneo. Tese de Direito defendida na Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007. p. 151-154; HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 80; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Princípios constitucionais e Propriedade Intelectual – o regime constitucional do Direito Autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). **Direito da Propriedade Intelectual – estudos em homenagem a Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 13; JUNDI, Maria Elaine Rise. Das limitações aos direitos autorais. **Revista de Direito Autoral**, ano. I, n. I, p. 180, ago. 2004.

²⁵² Embora se trate de uma crítica forte, não é possível discordar do autor (LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos direitos do autor**: releitura na perspectiva do Direito civil contemporâneo. Tese de Direito defendida na Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007. p. 154).

²⁵³ Artigo 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: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o Direito à indenização

destacar que o inciso XXIX, que dispõe sobre a propriedade industrial, teve o cuidado de expressar a compatibilidade da proteção com os interesses sociais e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Se o sentido de proteção do Direito da Propriedade Intelectual decorre de uma criação artificial, fruto do anseio econômico, não se pode negar que o fato dela estar inserida nos instrumentos internacionais e na Constituição Federal demonstra que “na sua essência, representa, na verdade, a proteção da própria dignidade humana”, como ensina Luis Fux²⁵⁴.

Daí a necessidade de uma releitura do Direito Autoral sob o ponto de vista dos direitos fundamentais. Mais que pensar na substituição ou alteração da Lei Autoral, há que se valer da hermenêutica como instrumento capaz de equilibrar os interesses dos partícipes da relação autoral, de acordo com os ditames constitucionais.

No entanto, repete-se, isto não é uma novidade entre os autoralistas. Para coibir o excesso de titularidade, é necessário o uso da interpretação e de outros ramos do direito, como o da concorrência e do consumidor que possam agir como limitadores extrínsecos do Direito Autoral.

Como sustentar que o Estado brasileiro respeita o Direito fundamental da dignidade da pessoa humana se, em um caso concreto, uma pessoa é “menos digna” do que a outra pelo fato de uma ter condições de comprar um livro e a outra, não? Igualmente, como seria possível dizer que há o respeito à dignidade, quando uma pessoa está impedida por outra de lançar um novo produto no mercado de consumo, porque depende da anuência do titular?

É evidente que uma alteração legislativa seria bem-vinda, se a Lei Autoral incorporasse expressamente o respeito aos direitos fundamentais, bem como aos princípios da ordem econômica, como o da livre concorrência e defesa do consumidor²⁵⁵.

pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. A este respeito, Cláudia Trabuço recorda que a doutrina alemã concede a proteção constitucional das prerrogativas patrimoniais do Direito Autoral, através da previsão do Direito fundamental de propriedade e, as prerrogativas morais são protegidas constitucionalmente através da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade. (Id. Ibidem, nota 12, p. 160).

²⁵⁴ FUX, Luis. Infração de patentes e medidas judiciais – reversão do ônus da prova. **Revista da ABPI**, n. 3, p. 36, maio-jun. 1992.

²⁵⁵ Em sentido semelhante, Audrey Chapman defende esta necessidade (CHAPMAN, Audrey. La

Por isso, quando se fala em Direito Autoral e Direito da cultura, é impossível não se falar em educação e cultura, pois eles constituem direitos humanos fundamentais que estão interligados, embora mantenham a sua interdependência. Tanto que, na esfera nacional, eles estão previstos nos artigos 205, 206, 214, 215, 216, 218, 219 e 220²⁵⁶, sem mencionar o reforço que recebem do parágrafo 2º e 3º do artigo 5º da Carta Magna²⁵⁷. Ordem social, mas

propiedad intelectual como derecho humano (obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: **Boletín de derecho de autor**, París: Ediciones UNESCO, v. XXXV, n. 3, p. 12, jul.-set. 2001).

²⁵⁶ Artigo 205 – "A educação, Direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao seu preparo para o exercício da cidadania e à sua qualificação para o trabalho". Artigo 206 – "O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber". Artigo 214 – "A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à: [...] II – universalização do atendimento escolar; [...] V – promoção humanística, científica e tecnológica do País". Artigo 215 – "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais". Artigo 216 – "Constituem patrimônio cultural Brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade Brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, projetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico"; Artigo 218 – "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. § 2º - A pesquisa tecnológica voltará-se-á preponderantemente para a solução dos problemas Brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. § 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. § 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho. § 5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica"; Artigo 219 – "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal"; Artigo 220 – "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

²⁵⁷ Flávia Piovesan, igualmente, adverte que a Constituição Federal acolheu "a idéia da universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana como princípio fundamental [...] O texto constitucional ainda realça que os direitos humanos são tema de legítimo interesse da comunidade internacional, ao ineditamente prever, dentre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, o princípio da prevalência dos direitos humanos. Trata-se, ademais, da primeira Constituição Brasileira a incluir os direitos internacionais no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, nos termos do art. 5º, §§ 2º e 3º" (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e Propriedade Intelectual: proteção internacional e constitucional. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Org.). **Propriedade Intelectual – estudos em**

deve estar atrelada à econômica também.

Saliente-se por oportuno que o artigo 219 deixa claro que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal.

Já o Direito à informação é considerado por excelência um dos principais direitos consagrados ao homem. Abrange o Direito à liberdade de expressão e a outras liberdades que estão direta e essencialmente ligadas, associadas²⁵⁸ a esta, quais sejam, a liberdade de pensamento em todas as suas manifestações e a de buscar e receber informações. A Declaração Universal, igualmente, consagrou o Direito à informação em seus artigos XXVIII e XXIX²⁵⁹, e, na esfera nacional, a Constituição do Brasil o previu expressamente no artigo 5º, IV e XIV²⁶⁰.

Mas seria o Direito da cultura e à educação um Direito fundamental, uma vez que o mesmo não está elencado no rol do artigo 5º da nossa Constituição Federal? Ou direcionando melhor a pergunta: Os direitos fundamentais estariam situados exclusivamente no elenco do artigo 5º da nossa Constituição Federal?

A resposta a tal questionamento é negativa, pois existem outros direitos fundamentais previstos ao longo da Constituição Federal e são considerados assim porque, uma vez atendidos os critérios deste conceito (Direito fundamental), estão abarcados, ainda que fora deste elenco.

homenagem à professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33).

²⁵⁸ Expressão utilizada por BUSTAMANTE DONAS, Javier. Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnologica. Disponível em: <<http://www.campus-oei.org/revistactsi/numero1/buscamante.htm/>>. **Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación**, n. 1, Sept.-Dic. 2001

²⁵⁹ Artigo XXVIII – "Toda pessoa tem Direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este Direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular". Artigo XIX – "Toda pessoa tem Direito à liberdade de opinião ou expressão; este Direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, de receber e de transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".

²⁶⁰ Artigo 5º – "[...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

Ingo Sarlet aponta quais os critérios que definem se o direito, posto no ordenamento constitucional, é fundamental, sendo estes a vinculação dos princípios da dignidade da pessoa humana e verifica se os direitos em questão dão ao indivíduo, de forma isolada ou coletiva, determinadas posições subjetivas e, por fim, a função protetiva deste direito²⁶¹. De acordo com estes critérios, é possível estender a condição de direitos fundamentais à cultura, incluindo, por excelência, o Direito à educação²⁶².

Esta observação é importante porque toda a discussão, em torno dos conflitos entre a liberdade de acesso à informação e os limites dos direitos autorais na Sociedade da Informação, passam pelo Direito à educação e à cultura. Em outras palavras, a temática dos direitos autorais e direitos à informação, como direitos humanos interdependentes, pode ser resumida no reconhecimento destes em dois aspectos: cultura e educação que, como se destacou, também são considerado direitos fundamentais.

Os artigos, constantes da Constituição brasileira, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e da Declaração Universal dos Direitos do Homem reforçam o caráter da necessidade de coalizão e agregação entre os povos, o que implica o reconhecimento de que as decisões, tomadas acerca dos direitos humanos fundamentais, e, no caso específico dos direitos da cultura e do Direito Autoral, transcendem o território nacional.

Na verdade, constituem direitos que, de origem, já nasceram mundializados, quer dizer, a proteção destes é interesse da humanidade, e o advento da Sociedade da Informação deixa bem claro a necessidade de se aprofundar a defesa destes direitos no âmbito global, uma vez que o objetivo desta nova sociedade é aproveitar ao máximo o desenvolvimento tecnológico, dar acesso à cultura e a educação às pessoas.

Da leitura dos artigos da Constituição, do Pacto e da Declaração Universal, percebe-

²⁶¹ SARLET, Ingo. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003. p. 121.

²⁶² Neste sentido, pondera o autor: "Levando-se em conta que a educação (também a cultura e o esporte), [...] se encontram novamente previstas nos diversos capítulos do Título VIII (arts. 193 a 232), poder-se-ia especular a respeito da possibilidade da extensão da condição de materialmente fundamentais a todos os direitos aí considerados, uma vez que se trata de preceitos que dispõem especificamente sobre a concretização das categorias genéricas do art. 6º. [...]. (Id. ibidem, p. 128).

se que tanto o Direito fundamental dos autores, como o Direito fundamental da cultura, se põem em conexão com o princípio de acesso à cultura e à educação a que todos têm direito²⁶³, cabendo aos Estados impulsionar e desenvolver, como dever e atribuição essencial, estes direitos que constituem pontos centrais de todos os programas da Sociedade da Informação dos governos.

O próprio ADPIC/TRIPS²⁶⁴, que mundializou os regimes do Direito da Propriedade Intelectual, ampliando, ainda, o seu escopo²⁶⁵, segue os critérios, balizados pelo Pacto e pela Declaração Universal, a notar pelos objetivos e princípios que prevê²⁶⁶. O artigo 7º²⁶⁷ do ADPIC/TRIPS dispõe que é objetivo do Tratado garantir a proteção e a aplicação das normas de Direito da Propriedade Intelectual em equilíbrio com os benefícios das partes envolvidas, a fim de promover o bem-estar social e econômico.

Da mesma forma, o inciso I do artigo 8º²⁶⁸ apresenta como princípio a promoção do

²⁶³ Neste sentido, assevera: “[...] el derecho a la información es medio para satisfacer el derecho a la cultura, pues la información transmite cultura y es un factor multiplicador. A su vez, el derecho a la educación requiere información, la cual, una vez encajada en conjuntos armónicos, traiga la educación. Cultura, información y educación se condicionan mutuamente. Son unos derechos paralelos que, aun con estructura formal distinta, tienen un mismo punto de referencia y se dirigen hacia él en sentido convergente y emulativo: una mayor información de una mayor educación y cultura, y éstos amplían la capacidad de asimilación informativa y, sobre todo, la capacidad investigadora del sujeto” (BONDÍA RONDÁN, Fernando. **Propiedad intelectual – su significado en la sociedad de la información**. Madrid: Trivum, 1998. p. 96).

²⁶⁴ O impacto tecnológico, o fenômeno da globalização, a crescente pirataria mundial, a relutância dos Estados Unidos em ingressar na Convenção de Berna, e a dificuldade de se conseguir uma alteração desta Convenção face à exigência da unanimidade dos Estados-Membros constituíram fatores que levaram à criação do ADPIC/TRIPS. Este Acordo foi resultado da rodada do Uruguai das negociações entre a OMC (antigo GATT) e a OMPI em 1993, tendo um caráter eminentemente comercial, como destaca Delia Lipszyc “El AADPIC es un Acuerdo de derecho comercial aplicable a situaciones internacionales por el cual los Estados Miembros se comprometen a reconocer derechos mínimos sustantivos y procesales a los nacionales de los demás Miembros de la OMC” (LIPSZYC, Delia. **El derecho de autor y los derechos conexos en el Acuerdo sobre los ADPIC (o TRIPS) de la OMC**. Ob. cit., p. 4.).

²⁶⁵ Neste sentido, Audrey Chapman: CHAPMAN, Audrey. La propiedad intelectual como derecho humano (obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: **Boletín de derecho de autor**, París: Ediciones UNESCO, v. XXXV, n. 3, p. 10, jul.-set. 2001.

²⁶⁶ Neste sentido, Flávia Piovesan assevera que “o próprio trips endossa este necessário juízo de ponderação, previsto no artigo 7 e 8 do acordo (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e Propriedade Intelectual: proteção internacional e constitucional. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Org.). **Propriedade Intelectual – estudos em homenagem à professora Maristela Basso**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 26).

²⁶⁷ Artigo 7º- A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de Propriedade Intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e a difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

²⁶⁸ Artigo 8º, I - I - Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar

interesse público, podendo os Estados adotarem as medidas necessárias para tanto. Pode-se concluir que até mesmo o ADPIC/TRIPS obriga os Estados a darem atenção àqueles direitos humanos fundamentais que devem estar em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana e a funcionalização do direito.

É oportuno lembrar, que a própria Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada no jornal oficial das Comunidades Europeias, em 18 de dezembro de 2000, também obriga o respeito pela dignidade²⁶⁹ da pessoa humana, demonstrando que os instrumentos internacionais convergem para o mesmo objetivo que o Estado brasileiro resolveu adotar.

2.1.2 Princípios da ordem econômica e direitos fundamentais

A Constituição Federal brasileira ao adotar o princípio da liberdade e da dignidade humana, demonstra a opção do Estado em atingir o bem-estar social através do respeito aos direitos fundamentais e do estímulo ao desenvolvimento econômico e tecnológico.

Partindo-se do pressuposto que o Estado brasileiro optou pelo modelo capitalista de mercado, ao prever no artigo 170²⁷⁰ os princípios constitucionais da ordem econômica, pode-se concluir que esta opção é suavizada pela intervenção estatal no mercado²⁷¹, a fim de coibir excessos praticados pelos agentes econômicos.

medidas necessárias para proteger a saúde e a nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

²⁶⁹ Artigo 1º - “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”.

²⁷⁰ “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; 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. 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”.

²⁷¹ Interessante observar que a expressão “mercado” é introduzida na Constituição Federal no artigo 219 que dispõe sobre os princípios da ordem econômica. A respeito veja Lafayette Josué Petter, op. cit., p. 206.

O Estado Social obriga uma leitura diversa daquela feita pelo Estado Liberal que afasta ao máximo a intervenção estatal na economia. A este respeito pondera Lafayette Josué Petter que “(...) o capitalismo, hodiernamente, tem sido matizado por variados graus de intervencionismo estatal. Os limites da atuação interventiva do Estado, portanto, constituem parte essencial do estudo dedicado ao regramento jurídico da economia”²⁷².

A intervenção do Estado na economia de mercado é fundamental para garantir o equilíbrio entre os interesses privados e públicos que existem na sociedade. Este aspecto denota, mais uma vez, que as normas não têm um caráter absoluto em relação as demais, uma vez que é imperioso a convivência pacífica e harmônica destas no sistema jurídico-social.

Como ver-se-á, oportunamente, é através do princípio da ponderação que se concretiza, no caso concreto, os compromissos sociais e democráticos das normas analisadas sejam elas oriundas de dispositivos constantes no princípio da ordem econômica, social ou, mesmo, de direitos fundamentais²⁷³.

A presente tese procurar defender a possibilidade do uso do Direito da Concorrência e do Direito do Consumidor como meios capazes de limitar os excessos de titularidades no Direito Autoral, não vai analisar todos os princípios constantes no citado artigo 170 da Constituição Federal, mas somente aqueles diretamente relacionados ao objetivo que se propôs neste trabalho.

Desta forma, abordar-se-ão especificamente a livre concorrência, a defesa do consumidor e, separadamente, a função social da propriedade que, junto com o Direito Autoral vem afetando a ordem jurídica, tendo em vista as tensões evidentes entre estes

²⁷² Neste sentido, PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da ordem econômica – o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 ed, 2008, p. 206-207.

²⁷³ Neste sentido é oportuno reproduzir o entendimento de Lafayette Josué Petter: “A coexistência de princípios e valores jurídicos em uma Constituição de base pluralista, como é a Brasileira, impõe a necessidade de não ser absolutizado nenhum deles, pois haverão de conviver em sistemática harmonia. A escolha de um princípio ou valor preponderante traz subjacente a necessidade de preservação para os demais, pois o pluralismo de valores é mesmo a tônica de um Estado Democrático. A unidade, num caso concreto, é obtida a partir da devida ponderação, o que implica na inafastável incidência do princípio da hierarquização axiológica, guia e orientador da busca da devida resposta jurídica tópico-sistemática.”. Ob. Cit., p. 210-211.

direitos na atualidade. Procura-se, com isto, se afastar das ambigüidades²⁷⁴ que podem ser trazidas pela existência de duas ordens, uma econômica e a outra social na Constituição Federal, uma vez que esta separação pode levar ao entendimento grave e errôneo de que as demais normas não teriam o caráter social.

Reitera-se, por oportuno, que a chamada Constituição Econômica²⁷⁵ não afasta a obrigatoriedade de que “toda a ordem jurídica é social, na medida em que está voltada à ordenação social”²⁷⁶, razão pela qual as normas econômicas, a exemplo das normas sociais, não se encontram previstas apenas no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal.

As normas previstas no Título VII (artigos 170 e seguintes) da ordem econômica e financeira estão compatibilizadas com os objetivos fundamentais do Estado Social Democrático de Direito brasileiro, que buscam garantir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, através do desenvolvimento nacional, a fim de erradicar a pobreza e a marginalização, promovendo, para tanto, o bem de todos com redução das desigualdades, nos termos exatos do artigo 3º da Constituição Federal.²⁷⁷

Por esta razão Lafayette Josué Petter adverte que “ao vislumbrar-se a exteriorização do Direito segundo a moderna hermenêutica, torna-se ilógica a compartimentalização de determinados preceitos constitucionais, em face da evidência da interconexão de todos”, devendo-se fazer uma leitura das normas nos termos dos compromissos sociais assumidos pelo Estado brasileiro na Constituição Federal.

Não só os princípios constitucionais²⁷⁸ constantes nos artigos 1º, 2º, 3º e 4º devem

²⁷⁴ Expressão utilizada por Eros Roberto Grau. **A ordem econômica na constituição de 1998**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 70.

²⁷⁵ O autor adverte que a expressão não aceita de forma pacífica pelos constitucionalistas dado grau de adjetivação que a designação traduz, no entanto, esclarece que Constituição Econômica consiste no “conjunto de normas constitucionais que, exclusivamente ou não, regulam fatos que repercutem no modo de ser econômico da sociedade. É a regulação jurídica da Economia, no sentido mais amplo que esta afirmativa comporta”. PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da ordem econômica – o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 ed, 2008, p. 161-162.

²⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 71.

²⁷⁷ No mesmo sentido Lafayette Josué Petter, op. Cit., p. 165.

²⁷⁸ Artigo 1º - “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores

ser compatibilizados com a ordem econômica e social, como o próprio preâmbulo²⁷⁹ da Constituição que “a despeito da carga eficaz que se lhe possa atribuir, consubstancia útil parâmetro para a exegese jurídica, dada sua autenticidade e visão unitária de conjunto do todo constitucional”²⁸⁰, bem como todos os incisos do artigo 5º, o artigo 205, o artigo 206, incisos I, II e III, artigo 208, incisos I,II,III e IV , artigo 214, inciso IV, o artigo 219 e o artigo 220 parágrafos 5º e 6º da Constituição Federal.

Feitas estas considerações, passa-se de imediato a análise da livre concorrência, da defesa do consumidor e a função social da propriedade, para, após enfrentar-se a colisão e coexistência destas normas constitucionais frente ao excesso de titularidades no Direito Autoral .

Livre Concorrência

Antes de adentrar nas considerações acerca da livre concorrência é necessário mencionar que tanto no caput do artigo 170, como no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal se fala em livre iniciativa.

A livre iniciativa é um desdobramento da liberdade e como tal deve ser vista como “sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e resultado”²⁸¹ que se compatibiliza

sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”; Artigo 2º - “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; Artigo 3º - “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; Artigo 4º - “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

²⁷⁹ Preâmbulo - “Nós, representantes do povo Brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

²⁸⁰ Neste sentido Lafayette, ob. Cit., p. 165, nota 4.

²⁸¹ Expressão utilizada por Eros Roberto Grau, op. Cit., p. 201.

perfeitamente com a dignidade humana, pois não se pode considerar livre uma pessoa que desconheça a “possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a sensibilidade; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a acessibilidade”²⁸².

As liberdades são definidas pela ordem jurídica e apresentam perfis variados as quais se incluem as liberdades econômicas, artísticas, culturais, dentre outras, que estão previstas no rol dos direitos fundamentais e em outros artigos ao longo da Constituição Federal. Por isto quando um usuário desconhece a maneira pela qual pode exigir o acesso livre à uma obra, por exemplo, para seu uso privado, ou quando é negado a uma pessoa o acesso a uma obra para o desenvolvimento de outra que oportunizará o oferecimento de um outro produto no mercado, há nas duas situações ofensa à liberdade e, por conseqüência, a dignidade da pessoa humana.

Quando se fala em livre iniciativa está a se falar de um princípio que fundamenta o Estado brasileiro e a ordem econômica, porém deve-se ressaltar que não há restrições ao Direito de liberdade econômica, mas sim limitações à liberdade econômica. Pois como observa Eros Roberto Grau “(...) o regime de liberdade de iniciativa econômica é aquele definido pela ordem jurídica. Vale dizer: o Direito de liberdade econômica só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como o definiu a ordem jurídica”²⁸³.

Embora não seja um Direito fundamental²⁸⁴ a livre iniciativa apresenta um espectro

²⁸² Op. cit., p. 201.

²⁸³ A este respeito o autor destaca parecer de Tércio Sampaio Ferras Júnior que leciona: “não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”. Op. cit., p. 205 e 207.

²⁸⁴ Vale a pena destacar que se encontram na doutrina teses sustentando que a liberdade de concorrência consistiria na quinta liberdade econômica fundamental, como é o caso de JAEGER JÚNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental: contribuição para um mercado comum do sul**. Tese apresentada para aprovação no curso de doutoramento em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 04 de abril de 2005, p. 131 e 540. Esta observação se faz, porque atualmente vê-se uma tendência crescente de tornar todos as normas constantes na Constituição Federal como direitos fundamentais banalizando-os e enfraquecendo a própria Carta Magna, o que a doutrina chama de pansufundamentalização. O Direito da Concorrência não constitui um Direito fundamental; é uma liberdade que se funcionaliza a serviço do bem-estar social e econômico. A liberdade econômica devidamente contextualizada, limitada e regulada pela lei, inclui a livre concorrência que é uma das liberdades econômicas

de atuação mais amplo que o previsto no caput do artigo 170 da Constituição Federal, pois é considerada como um desdobramento da liberdade, sendo este um dos motivos que justificam ser a livre concorrência²⁸⁵ a base da ordem econômica.

José Afonso da Silva, igualmente entende que a Constituição Federal, ao falar dos princípios da ordem econômica, deixa claro que esta é manifestação da livre concorrência, motivo pelo qual a Constituição Federal prevê que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”. Sendo necessário fazer uma leitura conjunta dos artigos 170, inciso IV e 173, parágrafo 4º da Constituição Federal, tendo em vista que ambos buscam proteger a livre concorrência do mercado contra as condutas capitalistas de concentração econômica e é em razão disto, que o Estado ao reconhecer o poder econômico deve coibir as práticas abusivas.²⁸⁶

Porém, quando se fala em livre concorrência deve-se advertir, mais uma vez, que não é sinônimo da livre iniciativa, pois esta diz respeito as pessoas que desejam abrir seus negócios e estejam dispostas à concorrência, enquanto que a livre concorrência diz respeito a intervenção estatal para garantir constitucionalmente que a concorrência no mercado seja leal.

fundamentais consagradas na União Européia, devendo ser vista, também como princípio estruturante do Direito ao desenvolvimento e dever de sustentabilidade do Estado. De tal sorte que não se pode esquecer que os direitos fundamentais se concretizam em diversos segmentos de liberdades, como destaca José Casalta Nabais ao falar sobre o problema da panjufundamentalização dos direitos fundamentais, o problema “não constitui novidade para ninguém que o universo dos direitos fundamentais se tem alargado e complexizado de tal modo que parece rumar mesmo ao infinito. Um fenómeno que se deve a diversos factores e que por certo, em vez de reforçar os direitos fundamentais como *prima facie* sugere, ameaça estes, colocando-os perante o sério risco de banalização, já que, com uma tal inflação de direitos fundamentais, acaba por se não distinguir adequadamente os (verdadeiros) direitos fundamentais dos que o não são ou não devem ser”. NABAIS, José Casalta. **Por uma responsabilidade Por uma Liberdade com Responsabilidade - Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 103 e seguintes.

²⁸⁵ A respeito Lafayette Josué Petter consegue compactar de forma brilhante o real alcance do princípio da livre concorrência quando observa o seguinte: “Ora, tomado em conta que a ordem econômica tem uma finalidade de justiça, a ser alcançada mediante a distribuição mais equânime dos resultados, de sorte a assegurar a toda a coletividade e a cada indivíduo condição digna de vida, e estando ela organizada numa formatação capitalista, com reconhecimento da primazia da atuação do privado, que opera em liberdade de iniciativa e onde a intervenção do Estado é admitida para corrigir abusos ou atuar diretamente em hipóteses especiais, fica patente o relevantíssimo valor que representa a preservação da livre concorrência; daí a sua inserção principiológica na ordem constitucional econômica”. Ob. Cit., p. 259.

²⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 28ª. edição. Jan, 2007, p.795

A livre concorrência tem o sentido de “livre jogo das forças de mercado na disputa da clientela”, sendo papel do Estado fomentar a livre concorrência²⁸⁷, está prevista na Constituição Federal é complementada pelas Leis nº 8.884/94²⁸⁸, que dispõe sobre a prevenção e repressão contra à ordem econômica e a Lei nº 9.279/1996 que nos artigos 195 ao 209 dispõem sobre os crimes de concorrência desleal.

A Constituição Federal ao considerar a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica “trouxe à concepção de abuso do poder econômico o sentido de uma infração contra o mercado”²⁸⁹, uma vez que a Lei nº 8.884/94, chamada Lei Antitruste, tem como um dos principais parâmetros interpretativos a preservação da livre iniciativa, “de modo que mesmo que um agente econômico não seja detentor de posição dominante no mercado poderá incorrer em abuso se o ato praticado prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”²⁹⁰.

O Direito concorrencial busca garantir a efetiva concorrência entre os agentes econômicos sem que exista as relações de poder características das economias liberais, motivo pelo qual o Direito Concorrencial cuida do relacionamento dos agente econômicos no mercado, a fim de impedir a ocorrência de eventual concorrência desleal. Com isto, é possível “assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas de forma mais justa e equilibrada”.²⁹¹

Pode-se dizer que a livre concorrência parte do pressuposto da inexistência de exclusividade de determinados recursos que podem ser explorados no mercado. A concorrência entre empresas do mesmo segmento mercadológico, a circulação dos bens, a eficiência na cadeia de produção e a oferta de preços competitivos aos consumidores é decorrência do princípio da livre concorrência²⁹².

²⁸⁷ Neste sentido Eros Roberto Grau, ob. Cit., p. 209,e, Lafayette Josué Petter, ob. Cit., p. 247 e 250, respectivamente.

²⁸⁸ Importante observar que o parágrafo único do artigo 1º da lei 8.884/94 dispõe que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

²⁸⁹ Ob. cit., p. 256.

²⁹⁰ Idem, p. 250.

²⁹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial - As Condutas**. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 1ª edição, Jan.2003, p.48-49

²⁹² Como se verá nos próximos capítulos o problema é que o Direito Autoral confere o Direito de exclusividade na exploração econômica da obra, sendo, assim, uma limitação à livre concorrência. No entanto, com a informatização, muitas obras comercializadas como produtos e serviços

Pressupõe uma situação de “desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal”²⁹³, pois na concorrência atuam vários agentes econômicos que atuam livremente no mercado ofertando o mesmo produto ou serviço, “de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens e serviços”²⁹⁴.

É importante consignar, ainda, que a concorrência não constitui um fim em si mesma, apresentando um caráter instrumental como observa Paula Forgioni, razão pela qual a legislação antitruste é entendida como “uma técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”²⁹⁵.

Em seus aspectos constitucionais, o Direito da Concorrência leva em conta vários dispositivos constitucionais, não só os previstos no artigo 5º da Constituição Federal, mas também nos artigos 21 e 22, inciso IV que dispõem sobre a competência da União para legislar sobre radiodifusão.

Ao dispor sobre a normatização da radiodifusão, cujas empresas são detentoras de direitos conexos, é possível sustentar que é interesse da política econômica a perfeita noção de serviço público. Assim é que Celso Bandeira de Mello conceitua serviço público como “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios

apresentam caráter utilitário e dependem de outros obras para lançarem novos produtos no mercado, o que por vezes encontra resistência por parte dos titulares de Direito Autoral que ao exercerem o Direito de exclusividade não licenciam a obra, impedindo e ofendendo o princípio da livre concorrência.

²⁹³ Neste sentido, Eros Roberto Grau, ob. Cit., p. 209.

²⁹⁴ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro:Forense, 1993, p. 27.

²⁹⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 23. Ou ainda, como assevera na p. 87, “a análise contemporânea das normas antitruste não pode prescindir de sua consideração como uma técnica, como um instrumento de que lança mão o Estado para atuar determinada política pública”.

no sistema normativo”²⁹⁶.

Por sua vez, o serviço de telecomunicações e de radiodifusão constituem parcelas do serviço público²⁹⁷, razão pela qual o Direito administrativo e o Direito constitucional se entrelaçam, bem como o Direito Autoral, tendo em vista que as empresas de radiodifusão são titulares dos direitos conexos ao de autor.

Além dos dispositivos constitucionais anteriormente citados há que se acrescentar um outro mais, o artigo 175 da Constituição Federal, que dispõe sobre a necessidade de procedimento licitatório para a concessão ou permissão da prestação de serviços públicos. Os serviços de televisão, rádio e telecomunicação estão previstos nos artigos 220 a 224 da Constituição Federal, devendo-se ter uma atenção especial no disposto no parágrafo do artigo 220 tendo em vista que destaca a importância do respeito aos princípios constantes no artigo 5º da Constituição Federal.

Como se vê, a livre concorrência atinge o Direito Autoral na medida em que a existência do princípio permite a expansão e surgimento de novas empresas de radiodifusão, produtores de fonogramas, indústrias de softwares e indústrias culturais, em geral, que põem a disposição dos usuários o consumo de produtos e serviços culturais.

Daí afirmar Lafayette Josué Petter que “quanto mais concorrência, mais benefícios, não só para os consumidores, mas para estes de um modo especial”²⁹⁸, muito embora deva-se

²⁹⁶ MELLO, Celso Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 477. Igualmente citado no voto do Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS. PROGRAMAÇÃO DE REDE ABERTA DE TELEVISÃO. RECUSA DE VENDA. DISCRIMINAÇÃO ENTRE CONCORRENTES. CRIAÇÃO DE DIFICULDADE À ENTRADA, AO FUNCIONAMENTO OU AO DESENVOLVIMENTO DA EMPRESA. INFRAÇÕES PREVISTAS NO ART. 20 C/C O ART. 21 DA LEI Nº 8.884/94, NÃO CONFIGURADAS. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR ATO DA ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, POR INSUBSISTÊNCIA DE DE INFRAÇÃO. RECURSO DE OFÍCIO CONHECIDO E, POR MAIORIA DE VOTOS, IMPROVIDO, MANTENDO O ARQUIVAMENTO. Processo Administrativo nº 53500.000359/99 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Apensa Averiguação preliminar nº 53500.002586/98. REPRESENTANTE: Agência Nacional de Telecomunicações “Ex officio” (TVA Sistema de Televisão S/A – Directv), REPRESENTADA: TV Globo Ltda e Tv Globo São Paulo Ltda. Conselheiro-Relator: João Bosco Leopoldino da Fonseca. Brasília/DF em 20 de junho de 2001, p. 34.

²⁹⁷ Como não constitui objeto do presente trabalho analisar as questões referentes ao Direito administrativo, apenas procurou-se fazer esta ressalva para destacar a complexidade da leitura destes direitos fundamentais, em especial quando postos lado-a-lado num caso concreto.

²⁹⁸ Ob. cit., p. 259.

alertar que o processo concorrencial tem por fim a regulação do mercado²⁹⁹, sendo a defesa do consumidor uma das suas consequências, como se verá no capítulo 4.

Defesa do Consumidor

A defesa do consumidor está prevista em vários dispositivos constitucionais, notadamente, no artigo 5º, inciso XXXII, artigo 24, inciso VIII, artigo 150, parágrafo 5º, artigo 48 das Disposições Transitórias e parágrafo único do inciso II do artigo 175. Aparece, assim, a defesa do consumidor não só como um dos princípios da ordem econômica, mas como um dos direitos fundamentais³⁰⁰ da Constituição Federal brasileira.

O legislador, ao consagrá-lo como Direito fundamental o colocou “a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte instituído”³⁰¹, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º. Sendo oportuno destacar que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, publicada, no jornal oficial das Comunidades Européias, em 18 de dezembro de 2000, prevê no artigo 38º³⁰² a defesa do consumidor.

Eros Roberto Grau entende que a defesa do consumidor é “um modismo modernizante do capitalismo” capaz de afetar todo o exercício da atividade econômica, no sentido de que a própria noção de serviço público estaria subsumida³⁰³ podendo ser

²⁹⁹ Neste sentido Paula Forgioni fala que a concorrência em seu sentido técnico-jurídico está ligado a regulação do mercado, op. Cit., p. 29.

³⁰⁰ O que levou Eros Grau ponderar que um “princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de diretriz (Dworkin) – norma-objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 248.

³⁰¹ Neste sentido, ver MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do Direito do Consumidor; Direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

³⁰² Artigo 38º - “As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”. Outros instrumentos legais foram elaborados e encontram-se em vigor na União Européia, conforme se verá no capítulo 5.

³⁰³ A este respeito observa o autor que: “atividade econômica em sentido amplo conota gênero; atividade econômica em sentido estrito, a espécie”, nesta última se insere o serviço público, onde “toda e qualquer atividade econômica, tal qual toda e qualquer atividade, pressupõe iniciativa”.

constatada no parágrafo único do inciso II do artigo 175 da Constituição Federal.

A partir deste entendimento, três aspectos devem ser levados em consideração acerca da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica: a primeira relacionada as categorias não ortodoxas dos interesses dos consumidores (individual, difuso, coletivo) que promove a atomização do trabalho, a segunda, como reflexo da primeira e que envolve o próprio conceito de consumidor; e o terceiro, relacionado ao fato da defesa constituir “mera expressão da ordem pública”, tendo o caráter interventivo do Estado³⁰⁴.

Estes aspectos foram incorporados na legislação protetiva do consumidor através da Lei nº 8.078/90, que dispõe de normas que ao reconhecerem a vulnerabilidade do consumidor na economia de mercado, busca o “equilíbrio entre as empresas que atuam no mercado e entre estas e os consumidores”³⁰⁵.

Em decorrência desta posição frágil e de subordinação do consumidor em relação ao produtor de produtos e serviços é que a Constituição Federal o coloca como um dos princípios da ordem econômica, além de considerá-lo como fundamental. Porém, como bem observa Bruno Miragem, “ao tempo em que tais princípios assumem caráter conformador da ordem econômica, sujeitam-se em maior ou menor grau a situações práticas de colisão”³⁰⁶, sendo possível a tensão que devem ser dirimidas pelo ordenamento jurídico.

Como princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor está afeta a livre concorrência e, portanto, a liberdade econômica, uma vez que “a competição entre os agentes econômicos atuantes em um determinado mercado”³⁰⁷ pode “gerar inegáveis benefícios aos consumidores”³⁰⁸. Em sentido contrário, o cerceamento da livre concorrência e a concorrência desleal pode acarretar graves consequências aos agentes econômicos e aos consumidores³⁰⁹.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 103-104.

³⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 248-250.

³⁰⁵ PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico – doutrina e questões de concurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 3 ed., 2008, p. 77, no mesmo sentido, PETTER, Lafayette Josué. **Princípios...**, ob. Cit., p. 250.

³⁰⁶ **Direito do Consumidor ...** Ob. cit., p. 41.

³⁰⁷ PETTER, Lafayette Josué. **Princípios...**, ob. Cit., p. 261.

³⁰⁸ Idem, ibidem.

³⁰⁹ No caso Magill, examinado no capítulo 5, fica claro os efeitos danosos causados pela ofensa à

A análise das legislações concorrencial e consumerista são fundamentais para o balanceamento da economia de mercado, pois “nos últimos anos houve substancial incremento do fornecimento de produtos e serviços com contratos celebrados eletronicamente na rede mundial de computadores”³¹⁰. E muitos destes produtos e serviços que estão sendo ofertados no mercado estão protegidos com o manto do Direito Autoral, o que demonstra o poder de mercado explorado pelas indústrias autorais.

Daí concluir-se que a vinculação da livre concorrência e da defesa do consumidor, como princípios da ordem econômica e com o manancial de leis que os estruturam, constituem importante aspecto para delimitar o funcionamento do mercado. Os excessos praticados pelos agentes econômicos no mercado podem e devem ser coibidos por estes ditames constitucionais, visto que a funcionalização da propriedade autoral obriga esta leitura.

2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade está prevista na Constituição Federal brasileira como princípio da ordem econômica, no inciso III, do artigo 170, e como Direito fundamental, no inciso XXIII, do artigo 5º, dispositivos estes que se compatibilizam com o disposto nos incisos III e IV do artigo 1º e inciso I, do artigo 3º. A inserção como princípio da ordem econômica e, ao mesmo tempo, como um Direito fundamental não constitui uma tautologia do legislador, antes, traduz-se numa medida de reforço e esclarecimento aos agentes econômicos acerca dos compromissos sociais assumidos pelo Estado brasileiro.

O ponto fulcral desta observação consiste em saber se é possível afirmar que a função social, como princípio da ordem econômica, humaniza a obtenção do lucro

livre concorrência. Já no âmbito da concorrência desleal e o Direito Autoral Hermano Duval cita como exemplo o caso dos manuais em relação aos Tratados dizendo que “é inegável que, conforme a natureza da obra (v.g., nas obras científicas, dada a qualidade de seu público restrito, ninguém vai tomar o manual como equivalente ao tratado, deste reduzido) o resumo faz concorrência à obra de base ou resumida”. Embora seja caso de concorrência, não se pode vislumbrar a deslealdade ou ofensa ao Direito de exclusiva do autor, uma vez que as idéias não estão protegidas pelo Direito Autoral e a exteriorização do conteúdo presente em outra obra não ofendem as prerrogativas patrimoniais do titular de Direito Autoral. Poderia ocorrer ofensa as prerrogativas morais se fosse o caso do resumo conter trechos da obra sem a devida citação do autor, hipótese que configuraria plágio. DUVAL, Hermano. **Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 73.

³¹⁰ Neste sentido, ver: PETTER, Lafayete Josué. **Princípios...**, ob.cit., p. 264.

compatibilizando-se com a função social, como Direito fundamental, onde o que se busca, em última análise é o respeito à dignidade da pessoa humana. Este aspecto é de extrema importância para a tese, tendo em vista que se procura sustentar que o emprego das normas concorrenciais e consumeristas coíbem as práticas exacerbadas dos titulares de prerrogativas patrimoniais do autor, e que, assim agindo, além de constituírem limitações extrínsecas ao Direito de Autor, conseguem promover a re-humanização do autor e o respeito aos usuários das obras (incluindo os consumidores e não excluindo os potenciais concorrentes no mercado).

E, de pronto, já se defende que no Brasil a função social, na economia de mercado, implica o respeito à dignidade da pessoa humana. Este ponto de vista é uma obviedade³¹¹ e já foi defendida brilhantemente por Lafayette Josué Petter³¹², porém a leitura de re-humanização

³¹¹ É oportuno lembrar que a função social além de não ser uma novidade jurídica, tendo em vista que vem sendo estudada como uma busca de estabelecer um equilíbrio entre os interesses públicos e privados, ele também foi analisada por diversos autoralistas. Fato este que levou Luiz Gonzaga Silva Adolfo observar a existência de “farta produção” de obras a respeito da função social. Entretanto, o ponto de vista aqui sustentado diferencia-se dos estudos dos desenvolvidos pelos diversos autores até o presente momento. Existe, na verdade, um consenso de que a proteção conferida ao autor atende a dignidade da pessoa humana, como sustenta Ângela Kretschmann, que “a proteção conferida pelo Direito Autoral constitui uma condição para o adequado desenvolvimento da potencialidade humana, como a criatividade, de modo ao Direito Autoral propiciar adequado respaldo, resguardo, proteção e incentivo à promoção da dignidade da pessoa humana”. No entanto, sustentamos que um remédio advindo da ordem econômica pode e deve ser empregado para limitar os excessos praticados pelos titulares de Direito Autoral e, que assim agindo, é apto para humanizar o mercado, humanizando todos os sujeitos da relação autoral. Neste sentido, ver ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na sociedade da informação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008, p. 307, e, KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade humana e direitos intelectuais: Re(visitando) o Direito Autoral na era digital**. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008, p. 73. Ainda a respeito do tema recomenda-se as obras de doutorado e mestrado em Direito que abordam exaustivamente o tema da função social do Direito Autoral de CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba:Juruá, 2006 e, SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Campos dos Goytacazes/RJ: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006.

³¹² Lafayette Josué Petter observa que a “propriedade e a apropriação privada dos meios de produção constituem mesmo pressupostos de um regime capitalista”, porém ela está inserida dentro do Estado Social Democrático de Direito. Se ao longo da história a propriedade vem sendo utilizada como “instrumento de supremacia e exclusão”, atualmente ela deve se compatibilizar com os interesses sociais. Motivo pelo qual a previsão como Direito fundamental e como um dos princípios da ordem econômica dá a funcionalização da propriedade “evidente conteúdo semântico e de relevante parâmetro interpretativo a imantar todo o conjunto normativo”. Desta forma, observa o autor que “a propriedade será socialmente funcional quando, respeitando a dignidade da pessoa humana, contribuir para o desenvolvimento nacional e para a diminuição da pobreza e das desigualdades sociais”. Esta funcionalidade não atinge apenas a propriedade, mas também o contrato a empresa e a atividade concorrencial, razão pela qual os seus contornos devem ser assimilados plenamente pelo intérprete/aplicador do direito. O próprio autor destaca que “quanto mais próximo estiver a propriedade do sentido de liberdade a que alude o caput do art. 5º, menor será a possibilidade de interferência estatal interventiva – normativa – em seu conteúdo, mas maior a interferência estimuladora – promocional -, Direito à propriedade. Quanto mais a

a figura do autor por meio do emprego de normas típicas da ordem econômica ainda não foi feita adequadamente.

Dentro de um Estado capitalista é complicado explicar que é possível humanizar o lucro e a obra e, por consequência a figura do autor, porém, quando um país, assumidamente capitalista, como é o caso do Brasil, se compromete socialmente a respeitar os direitos fundamentais, esta possibilidade tem de ser efetivada. Em outras palavras, e valendo-se de um linguajar coloquial, a exploração econômica da propriedade privada que leva a obtenção de riqueza pessoal, não é considerada um “pecado”, porém quando o lucro é obtido sem a preocupação dos interesses sociais, ele se torna uma “heresia” por que não se compatibiliza com a dignidade da pessoa humana.

Paula Forgioni afirma que a busca do lucro na economia de mercado deve ser “acertada em um contexto jurídico que dê concreção aos princípios constitucionais e não ao mero interesse do mercado e dos países desenvolvidos, como se lhes fosse dado subjugar a dignidade da pessoa humana”³¹³. Daí a possibilidade de se compatibilizar a obtenção do lucro com os interesses de todos os partícipes da relação autoral.

Eros Roberto Grau ensina que a funcionalização da propriedade se “justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função”³¹⁴, impondo aos seus titulares a uma obrigação positiva³¹⁵ no exercício do poder que lhes é atribuído pela propriedade³¹⁶. O uso, gozo e sua

propriedade se distanciar desta esfera de individualidade, e isto mais facilmente se verifica na propriedade-empresa, agente econômico que atua em um poder e influência que representa no contexto socioeconômico”. PETTER, Lafayete Josué. **Princípios...**, ob.cit., p. 232, 233, 234, 237 e 238, respectivamente. A proteção da propriedade e sua funcionalização estão previstas na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada no jornal oficial das Comunidades Europeias, em 18 de dezembro de 2000, no Artigo 17º - 1. Todas as pessoas têm o Direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, **excepto por razões de utilidade pública**, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil. **A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral.** (grifei)

³¹³ FORGIONI, Paula A. Acesso ao conhecimento: Que Direito nos reserva o futuro? In: António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenadores). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 355-372, p. 369 a 371.

³¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**, 5ª. Ed., Malheiros, 2000, p. 258.

³¹⁵ Eros Roberto Grau adverte que a funcionalização da propriedade “impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer,

fruição devem ser exercidos em benefício de outrem, além de atingirem toda a “multiplicidade de propriedade”³¹⁷ existente no sistema jurídico, o que inclui a propriedade autoral³¹⁸.

O exercício da propriedade, incluindo a autoral, pelo titular de Direito não é absoluto, prevendo a lei limitações à propriedade, que se encontram delineadas na própria lei e tratam-se de limitações intrínsecas ao conteúdo elaborado pelo legislador. Entretanto, estas limitações não devem ser confundidas com o papel que a função social exerce no direito, pois ela não constitui uma limitação extrínseca tendo em vista que tem por objetivo desinficar a propriedade, o contrato, por exemplo, diante dos compromissos sociais assumidos pelo Estado brasileiro.

Daí o alerta feito por faz Gustavo Tepedino, no sentido de que “a função social não é mera limitação extrínseca à propriedade, mas, precisamente, a causa de sua atribuição”³¹⁹, a funcionalização do direito, como a própria expressão revela, não é considerada um instituto jurídico autônomo, mas sim um importante norte a ser seguido. Por isto, ela exerce um papel desinficador no direito, e porque não dizer, nos institutos jurídicos, como é o caso da concorrência e do consumidor que dela se abeberam para alcançar os objetivos traçados pela Constituição Federal brasileira.

Este aspecto levou Ricardo Aronne a afirmar que, embora muitos continuem

portanto, e não, meramente, de não-fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade”. Eros Grau. **A ordem economia ...**, p. 245.

³¹⁶ Luiz Edson Fachin afirma que a função social atinge o “exercício das faculdades e poderes” que são inerentes à propriedade. FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19.

³¹⁷ Expressão utilizada por Eros Grau. **A ordem economia ...**, p. 236.

³¹⁸ Neste sentido lembra Lafayete Josué Petter que “a fragmentação do gênero propriedade em diversas espécies – a propriedade imaterial, intelectual, artística, a propriedade de marcas etc. - e a conformação, no ápice do sistema normativo, de que a mesma se encontra funcionalizada ao atendimento de um fim social conferiram uma nova significação e conteúdo ao Direito de Propriedade, que, assim posto, confere o uso, gozo e disposição do bem pelo proprietário, mas sem perder de vista os interesses sociais potencializados pela funcionalidade afeta ao exercício daqueles direitos”. **Princípios...**, p. 225.

³¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, p. 281. É oportuno destacar que Luiz Edson Fachin entende que a função social constitui, em sentido amplo, uma limitação imposta ao conteúdo do Direito de Propriedade. Aduz o autor que “a função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável”. Ob. Cit, idem, ibidem.

insistindo em chamar a função social como uma cláusula geral, ela exerce uma função desinificadora no Direito da propriedade e, por isto “se abebera diretamente do núcleo constitucional para ganhar sentido e mesmo para dar sentido ao conteúdo econômico que a Constituição imante aos bens privados ou de mercado”.³²⁰

Os interesses “egoístas” dos titulares de Direito não tem espaço frente à função social, pois a desinificação do Direito de Propriedade pelo princípio da igualdade e da dignidade, previsto na Constituição Federal, acaba por atingir todos os dispositivos deste instituto jurídico. Tanto mais, porque a igualdade é previsto como valor no preâmbulo e como princípio efetivante no artigo 5º na Carta Magna brasileira.³²¹

Quando se fala no princípio da igualdade há que se perceber a abrangência que ele atinge, pois como assevera Ricardo Aronne a “nossa constituição positiva não só um o Estado Democrático de Direito, como também um Estado Social”³²² o que viabiliza a igualdade de oportunidades e opções de vida que atingem diretamente o acesso à cultura, à educação, à informação, o Direito de Propriedade, a garantia da livre concorrência e participação no mercado, apenas para citar alguns exemplos.

Como o princípio da função social é considerado como densificador dos princípios

³²⁰ Para Ricardo Aronne a própria economia para alcançar o bem-estar social com uma política de inclusão e , deve se valer dos direitos fundamentais, pois “jamais dará sentido aos direitos fundamentais, para desnaturá-los e monetarizá-lo, com seu falso determinismo utilitarista. Ao contrário. deve retirar deles o seu sentido; pois algo que fundamenta à si mesmo, autobiografa-se fundamentalista. Para a economia, quando fechada em seu sistema, o último fundamento (grund) afigurar-se-á abismo (abgrund) de um não-fundamento. Simplesmente por sua incapacidade de fundamentar. No Estado Social democrático de direito, não se tratará de uma opção o existencialismo humanista que lhe é inerente”. ARONNE, Ricardo. Uma genealogia civil-constitucional da pertença e do pertencimento. O domínio e as titularidades entre a razão e a fé. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=245

³²¹ Neste sentido ARONNE, Ricardo. Propriedade e Domínio – Reexame sistemático das noções nucleares de Direito reais. Rio de Janeiro;renovar, 1999, p. 199.

³²² Daí afirmar o autor que “é nesse contexto que o princípio da função social da propriedade vem a desinificar o princípio da igualdade, cidadania e o da dignidade da pessoa humana. Pelo esclarecimento recíproco de tais normas conformadoras do sistema jurídico, que se positivarão no caso concreto, topicamente abarcado pelo sistema, os deveres que o proprietário terá em face de sua titularidade”. Desta forma, conclui o autor que a propriedade, “na medida em que se positiva num dever negativo frente aos demais em relação ao titular positiva deveres positivos do titular para com a sociedade, com a comunidade dada a função social que lhe é exigida pela Constituição Federal. E no mesmo sentir segue o domínio que de atender ao bem-social”. Neste sentido ARONNE, Ricardo. Propriedade e Domínio – Reexame sistemático das noções nucleares de Direito reais. Rio de Janeiro;renovar, 1999, p. 203-204 e 210.

da igualdade e da dignidade da pessoa,³²³ previstos no preâmbulo e no caput do artigo 1º e 3º da Constituição Federal, deve ser ele entendido como um princípio que não restringe sua aplicação à propriedade e ao contrato, como já se referiu. Reitera-se, que a função social não está relacionada exclusivamente com o Direito de Propriedade, basta uma simples leitura do inciso III do artigo 170 da Constituição Federal para perceber esta sutileza.

Esta peculiaridade leva a uma conclusão óbvia, e já consolidada entre os doutrinadores, que a sua aplicação não pode ser descontextualizada do momento sócio, econômico e cultural que o caso apresenta, a fim de alcançar a justiça social. Não deve ser utilizada como um mecanismo que atenda interesses meramente políticos, tanto mais porque o princípio é do Estado e não do governo e esta confusão infelizmente se faz, o que pode levar problemas de soluções sócio-políticas para as questões que buscam solucionar os excessos praticados pelos titulares de direito.

A função social, por representar “um avanço em prol do alargamento das instituições”³²⁴ jurídicas, atinge o Direito Autoral que, por sua vez, tem na funcionalização da propriedade e do contrato uma das ferramentas úteis para impedir que o Direito acabe sendo exercido de maneira abusiva³²⁵. No caso da presente tese, que o Direito de exclusiva concedido ao titular de Direito Autoral seja exercido de maneira excessiva, razão pela qual não é possível dissociar a função social do abuso.

O que conduz a assertiva de José de Oliveira Ascensão no sentido de que a “função social não teve vida fácil”³²⁶, pois teve de enfrentar o liberalismo e o individualismo

³²³ Isto porque o Estado Brasileiro busca a justiça social onde o princípio da função social decorre justamente destes princípios conforme esclarece Ricardo Aronne “o princípio da igualdade alcança o sentido de igualdade de oportunidades e condições reais de vida. Em tal ponto, o princípio da igualdade traduz princípio impositivo de uma política de justiça social, de acesso à cultura, saúde, erradicação da miséria, e outras, como contraponto jurídico-constitucional impositivo de compensações de desigualdade de oportunidade e como sancionador da violação da igualdade, cidadania e o da dignidade da pessoa humana. op. Cit. Domínio e propriedade (...), p. 204.

³²⁴ FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 95.

³²⁵ A expressão abuso do Direito não é a mais adequada, porque onde há abuso não há direito, ou como lembra Bruno Miragem “o Direito cessa onde o abuso começa”, no entanto, utiliza-se esta terminologia por já estar consagrada no ordenamento jurídico. MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no Direito privado. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.

³²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **A função social do Direito Autoral e as limitações legais**. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos. Direito da Propriedade Intelectual – estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes (organizadores). Curitiba: Juruá, 2006, p. 89.

econômico a que se opunha, ressurgindo nos dias atuais com “única orientação capaz de afrontar o hiperliberalismo selvagem que nos é imposto”³²⁷.

Impedir os excessos praticados em nome do Direito Autoral é tarefa árdua, mas essencial para garantir o desenvolvimento econômico e cultural³²⁸ da sociedade, porém delinear de maneira clara³²⁹ e objetiva os contornos que a função social deve ter para o Direito Autoral é matéria de difícil regulamentação, pois tende-se a tratá-la como uma limitação extrínseca, que não é, pois ela deve atuar como causa de atribuição do próprio direito, como referido alhures.

O Direito Autoral não é limitado extrinsecamente pela função social, mas sim por direitos diversos, como o da informação, o da cultura, o da concorrência, o do consumidor, dentre outros, que uma vez utilizados, em determinado caso concreto, que colida com os interesses patrimoniais do titular de Direito Autoral, alcançam a funcionalização exigida pelo Estado Social e democrático de Direito.

É evidente, que na prática, existe uma tendência de simplificar a questão dizendo que a função social constitui uma limitação extrínseca ao Direito Autoral, mas não constitui a realidade dos fatos, razão pela qual vai bem Guilherme Carboni quando observa que não se deve confundir “regulamentação da função social do Direito Autoral com as limitações e exceções ditadas na lei”³³⁰, uma vez que a funcionalização deve atingir tanto as limitações

³²⁷ Idem, ibidem.

³²⁸ Neste sentido adverte Guilherme Carboni: “a exacerbação da apropriação privada da informação pelo Direito de Autor, sem uma ampliação de seus limites e sem o direcionamento desse Direito a atendimento da sua função social, pode levar a uma redução das experiências culturais, tornando os recursos culturais artificialmente escassos, tal qual ocorre com os recursos naturais” CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 85

³²⁹ Allan Rocha de Souza aduz que “a função social dos direitos autorais deve pautar-se por princípios claros, que permitam um delineamento justo e claro entre o permitido e o proibido em termos de utilização das obras autorais”, e, para tanto, aponta quatro princípios que devem guiar esta função social, a saber: “a) as atividades não podem ter fins lucrativos, deixando claro que fins lucrativos não incluem a mensalidade escolar regular; b) as finalidades dos usos devem ser instrucionais, culturais ou informativas; c) os usos livres não podem prejudicar injustificadamente a exploração comercial da obra e, d) os direitos autorais devem ser respeitados, pois as limitações aplicam-se apenas aos direitos patrimoniais”. SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**. In: Revista de Direito Autoral, Ano II, número IV, fevereiro de 2006, p.168.

³³⁰ Idem, p. 97. Nesta esteira, cita-se, ainda, Allan Rocha e Souza, que sustenta que “a regulamentação da função social do Direito de Autor tem como base uma forma de interpretação que permite aplicar ao Direito de Autor restrições relativas à extensão da proteção autoral (restrições intrínsecas) – notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como às limitações estabelecidas em lei – além de restrições quanto ao seu exercício

intrínsecas, como as extrínsecas.

Identifica-se plenamente com esta interpretação, pois como o próprio autor menciona não é possível imaginar a funcionalização do Direito Autoral sem que ocorra “a imposição de restrições visando corrigir distorções, excessos e abusos praticados pelo seu titular”, motivo pelo qual o Direito Autoral deve ser examinado à luz dos princípios da função social e do abuso de direito. Esta interpretação é um consenso entre os autoralistas³³¹, o que a presente tese traz é a possibilidade da limitação dos excessos praticados pelo titular de Direito patrimonial do autor, que pretendem eternizar suas titularidades.

Em prol de interesses privados, e, portanto, econômicos, os titulares detentores do exclusivo patrimonial vem se excedendo a ponto de considerarem o autor como uma mera informação adicional ao produto ou serviço que venha a ser comercializado no mercado, além de impedir novos agentes econômicos ingressem no mercado criam obstáculos que dificultam o surgimento de novos bens de consumo a serem ofertados aos usuários e consumidores.

José de Oliveira Ascensão, embora não considere a natureza proprietária no Direito Autoral, porque a exclusiva constituiria uma categoria diferente de direitos, adverte que por ter o Direito Autoral uma função social “o Direito exclusivo está sujeito a limites, que compatibilizam o exercício pelo titular com o interesse social”, tanto mais porque a Constituição Federal “repetidamente” se refere à funcionalização da propriedade, o que leva o autor luso-angolano a ponderar que a “propriedade, no sentido constitucional, não é apenas

(restrições extrínsecas) – como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de Direito e das regras sobre desapropriação para a divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas – visando a correção de distorções, excesso e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que o mesmo possa cumprir a sua função social de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico”. Ob. Cit., p. 89.

³³¹ Pode-se citar, como mais um exemplo, Leonardo Poli, que em obra recente alerta que “o Direito patrimonial do autor não pode mais ser visto sob o prisma exclusivo do interesse do autor, sendo certo que seu exercício deve harmonizar-se com a funcionalidade da Propriedade Intelectual” e, ainda, “as normas constitucionais que asseguram o desenvolvimento nacional, o acesso à informação, à educação, à cultura e à ciência não podem ser vistas apenas como limitações ao Direito patrimonial do autor, mas como causas de sua atribuição. Assim, o exercício dos direitos patrimoniais do autor deve ser meio de garanti-las, não obstáculo a sua efetivação”, pois “tais garantias constitucionais limitam o Direito patrimonial do autor, e qualquer forma de exercício deste que as obste deve ser vista como abuso de direito ou excesso de poder”. Por isto defende-se que é perfeitamente adequado o uso de ferramentas jurídicas típicas da ordem econômica, como é o caso da concorrência e do consumidor, para limitar e impedir os efeitos nocivos que o excesso no exercício da titularidade do conteúdo patrimonial do autor vem causando nas relações jurídicas, a fim de funcionalizar o Direito Autoral. POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral – Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.82-83.

um Direito real entre outros. Não é sequer o conjunto dos direitos reais. **Quando se fala em propriedade na Constituição abrangem-se todos os direitos patrimoniais privados.** São estes que se justificam, que se asseguram, que se limitam. **Os direitos intelectuais exclusivos são sem dúvida direitos patrimoniais privados. A eventual presença de faculdades pessoais não lhes retira essa característica**³³²(grifei).

Pode-se constatar, portanto, que a constitucionalização³³³ do Direito privado alcançou os direitos patrimoniais clássicos, como a propriedade e o contrato, o que inclui o Direito Autoral, como referido por José de Oliveira Ascensão.

Vale destacar, ainda que sumariamente, que o Código Civil, no artigo 421³³⁴ e o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 1º³³⁵, contém dispositivos expressos acerca da funcionalização do contrato, o que constitui reflexo direto dos dispositivos constitucionais que dispõe sobre a função social da propriedade como Direito fundamental e como princípio da ordem econômica. Esta coerência legislativa acaba por humanizar as relações jurídicas contratuais³³⁶, a que o próprio Direito Autoral se sujeita.

³³² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade**. São Paulo: Revista da ABPI, nº 59, jul/ago de 2002, p. 40-49.

³³³ A este respeito, Luis Renato Ferreira da Silva assevera que a constitucionalização do Direito civil pode ser analisada sob o aspecto formal e material. Sob o ponto de vista formal, vê-se a incorporação na Constituição Federal de normas tipicamente civis, e, sob o aspecto material tem-se a “fixação da Constituição como a fonte dos valores que informam as regras de Direito civil (para além do fato de haver regras desta natureza insculpidas no próprio texto constitucional)”. Miguel Reale observa que “o fenômeno da constitucionalização do direito, que entre nós é fruto da Carta de 1988, veio, de fato, influenciar todo o nosso ordenamento, especialmente em virtude dos princípios da eticidade e da socialidade. Aliás, se infere da análise do art. 1º, IV da Constituição Federal, o fundamento constitucional da livre iniciativa que, confrontada com o art. 37, exige da administração pública a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Isso espelha no art. 421 do Código Civil que, se de um lado temos a liberdade contratual, de outro, a mesma deverá ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Também o art. 422 exige que todo o liame contratual seja conduzido dentro dos limites da probidade e a boa-fé. E, é com essa ambigüidade que a Constituição Federal trouxe aos institutos de Direito privado (civil e comercial) ante a unificação das obrigações, o princípio da função social”. SILVA, Luis Renato Ferreira da. **A função Social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. O novo Código Civil e a Constituição. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p.147-148, e, respectivamente, REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2005, p. 262.

³³⁴ Artigo 421 - “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

³³⁵ Artigo 1º - “O resente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

³³⁶ Neste sentido, observa Luciano Benetti Timm que “diverso do que ocorria no Estado Liberal, onde a função social do contrato no Estado Liberal consistia em possibilitar o equilíbrio formal e a

No Brasil, em que pese, o consenso acerca da importância da função social e da teoria do abuso para o Direito Autoral, estes aspectos praticamente não foram utilizados na prática. Encontrou-se uma decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, envolvendo a TV Globo e a TVA, cujo parecer exarado por Miguel Reale e Miguel Reale Júnior³³⁷ discute a função social e o abuso decorrente da recusa de licença da TV Globo à TVA, conforme se analisará no último capítulo da tese, ocasião em que se aprofundará a temática do abuso.

2.3 COEXISTÊNCIA E TENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A problemática envolvendo a coexistência e tensão de normas dentro de um sistema jurídico aberto como o brasileiro, deve ser vista sob a ótica de um pensamento sistemático. Identificar as antinomias existentes no sistema jurídico e ver qual delas deve prevalecer no caso concreto são essenciais para o ordenamento jurídico, motivo pelo qual o Direito se vale da hermenêutica para interpretar os princípios, regras e valores.

Para tanto é necessário compreender alguns conceitos envolvendo o tema, como fez brilhantemente Juarez Freitas³³⁸. Entende o autor por antinomias jurídicas as “incompatibilidades possíveis ou instauradas entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de

autonomia da vontade dos contratantes. Com a mudança de paradigma, a função social concebida ganhou novos relevos, deixando de ser a liberdade do indivíduo, mas a liberdade dos indivíduos da sociedade, enfim, da coletividade”. TIMM, Luciano Benetti. Direito de Empresa e Contratos – estudos dos impactos do novo código civil, Thomson-IOB, 2004, p. 13.

³³⁷ Processo Administrativo nº 53500.000359/99 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Apensa Averiguação preliminar nº 53500.002586/98. REPRESENTANTE: Agência Nacional de Telecomunicações “Ex officio” (TVA Sistema de Televisão S/A – Directv), REPRESENTADA: TV Globo Ltda e Tv Globo São Paulo Ltda. O parecer dos juristas Miguel Reale e Miguel Reale Júnior foram publicados na Revista do IBRAC, v. 8, n.7, 2001.

³³⁸ Neste sentido remete-se a obra de Juarez Freitas. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. Claus-Wilhelm Canaris desenvolveu obra de referência acerca das antinomias jurídicas, analisando a “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 66-158. p. 70

sua teleologia constitucional”³³⁹.

Vale destacar que é a partir da hierarquização de normas, princípios e valores que se torna possível a adequação valorativa dentro do sistema jurídico³⁴⁰.

Ocorre que os elementos que constituem o sistema jurídico estão submetidos a posições hierárquicas diferentes no que diz respeito a sua abstração, onde os princípios encontram-se em posição intermediária entre os valores e as regras.

Então, “o valor conforma o princípio e este, a norma. O valor dá conteúdo ao princípio e por sua vez o princípio dá conteúdo à norma”, por isto José Gomes Canotilho fala que os princípios são “fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função nomogenética fundamentante”³⁴¹.

Os princípios acabam por informar materialmente as demais normas jurídicas. Eros Roberto Grau distingue princípio jurídico dos princípios gerais de direito, onde o primeiro é tido como regra jurídica e os segundos a expressão utilizada pelos juristas³⁴². Enquanto Juarez Freitas entende “por princípio ou objetivo fundamental, entende-se o critério ou a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas”³⁴³.

³³⁹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 70.

³⁴⁰ Juarez Freitas entende por sistema jurídico a “rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição” ob. cit., p. 46.

³⁴¹ A respeito da diferença entre princípio e regra José Gomes canotilho ensina que: “regras, são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção. (Direito definitivo). Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de 'tudo ou nada'; impõe a otimização de um Direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fáctica ou jurídica.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1238.

³⁴² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.79.

³⁴³ ob. cit., p. 47.

Outra inquietude relacionada ao tema da coexistência e tensão dos direitos fundamentais está relacionada com a possibilidade ou não da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Este aspecto é relevante a presente tese, tendo em vista que muitas das colisões se dará entre titular de Direito Autoral e outra pessoa que pretenda aceder a obra para uso privado ou para o desenvolvimento de outra obra que se caracteriza como um novo produto a ser comercializado no mercado.

Merecem destaque duas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas que envolvem o órgão de gestão coletiva de direitos autorais, o Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais – ECAD.

No primeiro, a Segunda Turma, ao analisar a legitimidade de exclusão de sócio pelo ECAD acabou por reconhecer e plena eficácia dos direitos fundamentais entre pessoas físicas ou jurídicas de Direito privado³⁴⁴. Entretanto é curioso observar que em decisão anterior, o

³⁴⁴ Neste sentido: EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. **EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.** RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. **As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de Direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.** II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional Brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. **As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual**

Plenário, ao analisar a natureza jurídica do ECAD que oportunizava problemas de concorrência acabou pondo em dúvida a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas³⁴⁵. Esta mudança no entendimento dos julgadores do Supremo Tribunal

fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Decisão: Após o voto da Ministra-Relatora, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, o julgamento foi suspenso, em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 08.06.2004. Decisão: Depois do voto da Ministra-Relatora, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, e do voto do Ministro Gilmar Mendes, negando-lhe provimento, o julgamento foi suspenso, em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 16.11.2004. Decisão: Depois dos votos da Ministra-Relatora e do Ministro Carlos Velloso, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, e dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa negando-lhe provimento, o julgamento foi suspenso, em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro-Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 26.04.2005. Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Presidente da Turma, o julgamento foi adiado em virtude da ausência, justificada, da Senhora Ministra-Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie. 2ª Turma, 27.09.2005. Decisão: A Turma, por votação majoritária, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos a Senhora Ministra-Relatora e o Senhor Ministro Carlos Velloso, que lhe davam provimento. Redigirá o acórdão o eminente Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 11.10.2005. RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 11/10/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma, publicado em DJ 27-10-2006 PP-00064. Partes: RECTE.: UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES – UBC e RECD.: ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO. (grifei)

³⁴⁵ Veja: EMENTA: I. Liberdade de associação. 1. Liberdade negativa de associação: sua existência, nos textos constitucionais anteriores, como corolário da liberdade positiva de associação e seu alcance e inteligência, na Constituição, quando se cuide de entidade destinada a viabilizar a gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos, cuja forma e organização se remeteram à lei. 2. Direitos autorais e conexos: sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição por meio do ECAD (L 9610/98, art. 99), sem ofensa do art. 5º, XVII e XX, da Constituição, cuja aplicação, na esfera dos direitos autorais e conexos, hão de conciliar-se com o disposto no art. 5º, XXVIII, b, da própria Lei Fundamental. 3. **Liberdade de associação: garantia constitucional de duvidosa extensão às pessoas jurídicas.** II. Ação direta de inconstitucionalidade: não a inviabiliza que à lei anterior, pré-constitucional, se pudesse atribuir a mesma incompatibilidade com a Constituição, se a lei nova, parcialmente questionada, expressamente a revogou por dispositivo não impugnado. III. Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação de partido político não afetada pela perda superveniente de sua representação parlamentar, quando já iniciado o julgamento. Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão, Relator, acolhendo o pedido formulado na inicial da ação direta de inconstitucionalidade para declarar o conflito do artigo 99, cabeça, e § 1º, da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, pediu vista o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 19.06.2002. O Tribunal, por maioria, vencidos o Senhor Ministro Ilmar Galvão, Relator, e o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, julgou improcedente o pedido formulado na inicial da ação e declarou a constitucionalidade do artigo 99, cabeça, e § 1º, da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Plenário, 02.04.2003. ADI 2054 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 02/04/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 17-10-2003. REQTE.: PARTIDO SOCIAL TRABALHISTA

Federal demonstra que o precedente anterior foi superado, ao menos, no que concerne a eficácia dos direitos fundamentais.

Como pretende-se sustentar a necessidade de utilização do princípio da ponderação para garantir a conciliação do Direito Autoral com outros princípios constitucionais como o Direito da cultura, a livre concorrência e a defesa do consumidor, é importante lembrar que os direitos fundamentais devem acompanhar o contexto social, qual seja Sociedade da Informação onde o conceito de cbersistema³⁴⁶ se impõe na soluções dos casos concretos.

A coexistência entre dois direitos humanos fundamentais (direitos autorais e Direito de acesso à informação) que se complementam e interagem em benefício de dois outros direitos que constituem o objetivo da Sociedade da Informação (Direito à cultura e Direito à educação)³⁴⁷ demonstram como a importância da análise da temática da colisão e coexistência de direitos fundamentais.

Da mesma forma, pode-se sustentar que os princípios da ordem econômica, como o Direito da Concorrência e do consumidor constituem aspectos essenciais na temática proposta, tendo em vista que o arcabouço normativo destes institutos jurídicos contém regras destinadas a estabelecer limitações ao monopólio conferido ao titular de direito³⁴⁸ autoral.

– PST, REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA, REQDO.: CONGRESSO NACIONAL.

³⁴⁶ Por cbersistema quer se referir à posição da sociedade atual na Internet, no ciberespaço. Neste sentido, ver: STOCKINGER, Gottfried. A interação entre cbersistemas e sistemas sociais. <http://kneda.iguw.tuwien.gc.at/~godo/cibersistemas.doc>. [capturado em 12.01.2002].

³⁴⁷ Fernando Bondía Rondán a respeito observa que: “En principio, pudiera parecer que estos derechos son contrarios e incompatibles con la propiedad intelectual, pues ésta se basa en un sistema de exclusividad de los derechos de los autores y, en cuanto tal, puede representar un freno u obstáculo a la transmisión de los elementos fundamentales del saber, indispensables para la educación, el progreso de la cultura y la información. Sin embargo, como ya sabemos, la propiedad intelectual es el mejor medio de promover la creatividad y enriquece el acervo de conocimientos y cultura de la sociedad, en la medida en que otorga seguridad para las inversiones necesarias mediante compensaciones pecuniarias, la labor de los 'creadores' de la cultura. La propiedad intelectual y la cultura forman aspectos complementarios de un todo indivisible. (...) Lo mismo cabe decir en relación con el derecho a la información. La propiedad intelectual es la sustancia jurídica de la información en el sentido amplio que pueda darse al término. La conexión jurídica del sujeto activo (autor) y del sujeto receptor (público) de la información 'se efectúa a través de este fluido constante, sustantivo y sustancioso, que es el derecho de autor. Independientemente de la concreta construcción formal del derecho a la información y de la correspondiente articulación de la relación jurídica informativa, la propiedad intelectual forma un elemento fundamental constitutivo de la información que afecta, o debería afectar, a la misma organización de las corrientes de información y, sobre todo, a su control”. BONDÍA RONDÁN, Fernando. Ob. cit., p.98-99.

³⁴⁸ Neste sentido, Manoel Joaquim Pereira dos Santos sintetiza a temática sem olvidar de enfrentar os aspectos econômicos e culturais do tema ao aduzir que “a globalização da economia revelou que os direitos imateriais objetivam estabelecer um equilíbrio ideal, não apenas entre o interesse da coletividade pela difusão do conhecimento, de um lado, e o interesse do particular pela

O crescimento da importância econômica do Direito Autoral impulsionou o seu reconhecimento cultural, o que configura uma situação paradoxal, pois foi através dos fatores econômicos que surgiu, por parte da comunidade internacional, a iniciativa de reconhecê-lo também como um Direito essencial para o desenvolvimento cultural dos povos, daí considerar-se que a aproximação dos direitos autorais aos direitos humanos pode e deve contribuir para um melhor equilíbrio entre interesses econômicos e sociais, entre o contrapeso entre o Direito Autoral ou da informação³⁴⁹.

Neste mesmo sentido, Kamiel Koelman ao analisar os limites do Direito Autoral e a adoção das medidas de proteção tecnológica, sustenta que a compreensão do Direito Autoral como um Direito fundamental consistiria num “bom argumento” para coibir as medidas tecnológicas de proteção. Ademais, uma sociedade democrática não deve dar preponderância aos interesses econômicos dos titulares de Direito Autoral em detrimento dos interesses públicos dos usuários³⁵⁰.

Ora, o Direito Autoral foi acolhido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, com muitas resistências, tendo sido incluído dentro destes com o objetivo de valorizá-lo junto aos demais Direitos Fundamentais, como o direito da cultura, neles inserido à informação e à educação.

Os direitos humanos fundamentais constituem o rol de direitos, liberdades e garantias mais importantes dentro do regramento internacional; a sua posição é de norteador e limitador no plano internacional; assim como no âmbito nacional, a Constituição Federal é a Lei Maior, daí considerar-se os direitos humanos fundamentais como limites. Tanto que a própria Constituição Federal prevê casos aonde haverá a restrição de um Direito fundamental, assim como em outros casos já dispõe acerca da solução para este conflito³⁵¹.

proteção de seu investimento, de outro lado, mas também, de agentes do mercado de forma a assegurar o livre comércio, a livre-iniciativa e o desenvolvimento dos povos”. Ob. Cit., p. 25 e 30.

³⁴⁹ UCHTENHAGEN, Ulrich. Ob. cit., p.17-18.

³⁵⁰ KOELMAN, Kamiel J. **A hard nut to crack: The protection of technological measures.** <http://www.ivir.nl/publications/koelman/hardnut.html>.

³⁵¹ Idem, ibidem. Como exemplo pode-se citar o Direito de Propriedade (art.5º, inciso XXII) convive com a possibilidade de desapropriação, condicionada à necessidade ou utilidade pública, ou ao interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art.5º, inciso XXIV).

Como observa Sérgio Cadermatori “os direitos fundamentais, ao serem limitadores dos poderes do Estado, conformarão o que se conhece hoje como Estado de Direito”³⁵², motivo pelo qual os constitucionalistas, como José Afonso da Silva afirmarem que eles atuam “como limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”³⁵³.

Se é possível dizer que os “direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição, é preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas”, como observa Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. Estes limites advêm da própria Constituição Federal e referem-se “tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do Direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”³⁵⁴.

O entendimento acima mencionado se compatibiliza com a legislação interna e externa, tendo em vista que a maioria dos instrumentos internacionais incorporaram os direitos humanos em suas Constituições. Razão pela qual é possível sustentar que os direitos humanos elencados na Declaração Universal do Homem atuam como limitadores do poder soberano dos Estados frente à Comunidade Internacional.

José Gomes Canotilho defende que “a interpretação dos direitos, liberdades e garantias deve, *prima facie*, ser feita de acordo com uma compreensão de *âmbito normativo alargado*”³⁵⁵. Assim, a eficácia dos direitos fundamentais atinge entes públicos e privados, a hermenêutica exige aplicação imediata e interpretação restritiva as antinomias, que serão analisadas no caso concreto através “dos princípios da constitucionalidade, da legalidade, da

³⁵² CADERMATORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade – uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 33.

³⁵³ Idem, *ibidem*,

³⁵⁴ Neste sentido, ver: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 314-315.

³⁵⁵ Neste sentido canotilho apoiado por Andreas von Arnould. CANOTILHO, J. J. Gomes et MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e a liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 11. Quanto a noção de “âmbito normativo alargado”, Canotilho se apoia em C. Edwin Baker para esclarecer que “os direitos fundamentais não deixam de estar ao serviço da difusão pluralística do poder e da democracia participativa, na medida em que subordinam a comunidade política a um princípio fundamental de descentralização da autoridade até à unidade mais pequena com capacidade de decisão: o indivíduo” in: CANOTILHO, J. J. Gomes et MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e a liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 10-11.

proporcionalidade, da igualdade e da protecção da confiança”³⁵⁶.

Daí afirmar José Gomes Canotilho que as reais dimensões de aplicação dos direitos fundamentais verdadeiramente só se compreendem a partir do princípio “de que a liberdade é a regra e a restrição é a exceção”, porque tem aplicações práticas, alertando que “os direitos, liberdades e garantias são demasiadamente importantes para serem colocados na disponibilidade de actos legislativos provenientes de uma maioria política conjectural ou de uma qualquer coligação moral-maioritária ou de bloco central”³⁵⁷.

Sem dúvida, a coexistência destes direitos humanos fundamentais como limites dos limites induz a uma pergunta: no caso de colisão entre ambos, os limites estabelecidos pelas leis autorais na esfera nacional e internacional são suficientes para resolverem este problema, ou pode-se socorrer a outros princípios, como o da proporcionalidade para garantir a coexistência dos mesmos?

José Gomes Canotilho responde a questão dizendo que estes direitos “devem subordinar-se aos pressupostos materiais e formais da restrição destes direitos fundamentais, entre os quais pontifica a concordância prática e harmonização entre bens em confronto, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido amplo”³⁵⁸.

Como afirmado logo no início do presente trabalho, por não existirem direitos fundamentais absolutos é necessário uma harmonização entre as normas a fim de limitá-las, pois como lembra Ingo Sarlet “o princípio da unidade da Constituição”³⁵⁹ não admite que o intérprete simplesmente opte por uma norma e despreze outra também aplicável em tese, como se houvesse hierarquia entre elas”.³⁶⁰

Esta limitação ou restrição ocorre quando um titular de um Direito fundamental ao

³⁵⁶ Idem, ibidem.

³⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes et MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e a liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 12.

³⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes et MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e a liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 32.

³⁵⁹ José Gomes Canotilho observa que “o princípio da unidade da constituição, significa que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...)”. Ob. Cit., p.1207.

³⁶⁰ Op.cit.; p.71.

exercê-lo acaba colidindo com o legítimo exercício de um Direito fundamental de um outro titular.³⁶¹ Para a solução dos conflitos na seara do Direito Constitucional devem buscar a harmonização destes direitos e, se necessário, “na prevalência de um Direito ou bem em relação a outro”³⁶², mas a prevalência somente pode ocorrer diante do exame do caso concreto, oportunidade em que será possível averiguar se um Direito pesa ou prefere mais que o outro.

Portanto a colisão pode se dar no exercício entre dois direitos fundamentais e também pode ocorrer quando a norma de Direito fundamental colide com “a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente”³⁶³. A ocorrência da colisão de direitos se dá porque as normas de caráter fundamentais não se esgotam no plano da interpretação abstrata, pois é justamente quando elas se concretizam que se pode constatar a mobilidade e abertura que apresentam, conforme leciona Wilson Steinmetz³⁶⁴.

Por isto, reitera-se a idéia de que para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais utiliza-se a aplicação dos princípios, como o da proporcionalidade, para dirimir este conflito sem que para tanto uma norma pereça em favor de outra.³⁶⁵

Esta leitura é necessária porque, atualmente, vivencia-se uma posição de interesses diferentes no Direito Autoral. Não se diria que são interesses propriamente conflitantes ou antagônicos, pois ambos estão protegidos como direitos fundamentais e são capazes de conviver plenamente desde que não estejam em situação de colisão.

De um lado o titular do Direito Autoral exige a prevalência de seus direitos, em especial o exercício do exclusivo, e de outro há dois interesses dos usuários e/ou consumidores que querem ter acesso às obras, aos produtos e serviços culturais com todas as garantias principiológicas conferidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela própria

³⁶¹ Neste sentido CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional**. Editora Almedina. 1997. p. 1253

³⁶² Idem, ibidem.

³⁶³ FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. edição atualizada. Porto Alegre: S.A Fabris, 2000, p.116.

³⁶⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001, p.63

³⁶⁵ op.cit. p.69

Constituição. Bem como esta pressão é vista pelo Direito da Concorrência, onde os titulares de Direito Autoral, com base no exclusivo que lhes é conferido pelo Estado, impedem ou apresentam grandes embaraços para que surjam no mercado novos agentes econômicos que dependem de obras pré-existentes para criarem novas obras que podem ser consumidas pela sociedade.

A dificuldade que o intérprete/aplicador do Direito encontra é saber ponderar estes direitos fundamentais, porque não há como prever uma regra específica para a solução. A análise de cada caso, utilizando os princípios de cada instituto, dos princípios constitucionais, dos princípios gerais do Direito e do uso do princípio da proporcionalidade é que se poderá resolver os problemas que venham a surgir.

No que se refere especificamente a questão do “conflito” entre dois valores tutelados pela Carta Magna, quais sejam, o Direito Autoral e a livre concorrência, é crucial a compreensão do Direito da Propriedade Intelectual, tanto no seu aspecto moral como patrimonial, como sendo expressão da livre iniciativa.

A este respeito Celso Capilongo aduz que o Direito da Propriedade Intelectual se trata de um Direito de natureza liberal, enquanto a livre concorrência “exige do Estado uma efetiva ação de restrição à liberdade de iniciativa”³⁶⁶. Por isto os órgãos administrativos tem o dever atuar nos casos em que envolvam conflitos entre direitos fundamentais, a fim de preservar ambos direitos.

Neste sentido, assevera o mesmo autor que “em nome dos princípios da ordem econômica, previstos no artigo 170 da Constituição, o CADE deve impedir o uso abusivo de direitos individuais, limitando o seu alcance quando necessário. Não é outro o sentido da tutela da concorrência. Portanto, não há, na verdade, conflito entre estes princípios, mas uma necessária harmonização entre eles”³⁶⁷.

³⁶⁶ Processo Administrativo nº 53500.000359/99, Apenso: Averiguação Preliminar nº 53500.002586/98 Representante: TVA Sistema de Televisão S/A Advogados: Lourival José dos Santos, Luis Carlos Guizelini Galieiro, Luiz Carlos Paschoalique Representada: TV Globo Ltda e TV Globo São Paulo Ltda. Relator: Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca. VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO CELSO CAMPILONGO - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO <http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/Julgados/directv.asp>, fl. 1401.

³⁶⁷ Idem, ibidem.

A dificuldade está em alcançar o balanceamento interno entre os interesses privados dos autores e/ou titulares de Direito Autoral e os interesses públicos dos usuários e do próprio Estado, sob o ponto de vista do Direito da Concorrência e do Consumidor. O enfrentamento deste tema vem chamando atenção de diversos países desenvolvidos, como é o caso dos Estados Unidos e dos que fazem parte da União Européia, tendo em vista o impacto econômico e cultural que podem ocorrer.

O exercício das titularidades pelas indústrias culturais, na atualidade, vem fortalecendo estes monopólios “constitucionais” e causando conseqüências econômicas gravosas para a economia de mercado, face aos excessos praticados pelos titulares de Direito Autoral. Estas ocorrências estão levando os países da União Européia e dos Estados Unidos a buscarem a solução destes conflitos no Poder Judiciário, bem como se postula a necessidade de regulação e intervenção externa de órgãos estatais que analisem as relações entre a concorrência e o consumidor individual.³⁶⁸

Como se vê a dificuldade está saber se o Direito Autoral e o da concorrência e do consumidor são complementares ou “conflitantes antagonistas” no plano concreto, como ponderou corretamente o Conselho Superior de Propriedade Literária e Artística da França.³⁶⁹

³⁶⁸ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>

³⁶⁹ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>. Da mesma forma, pondera José Gomes Canotilho que “tanto razões de princípio, como considerações de natureza tecnológica e económica, têm levado a doutrina e a jurisprudência constitucionais, contrariamente ao sustentado pelo paradigma até há pouco dominante, a considerar que existe um verdadeiro *Direito subjetivo individual* ao exercício da actividade de radiodifusão em sentido amplo, sendo necessário examinar se os fundamentos tradicionalmente invocados para justificar a regulação e limitação do seu exercício verdadeiramente se justificam, do ponto de vista constitucional”. Diz ainda Canotilho que “o facto de a regulação dos audiovisuais ser tendencialmente mais restritiva do que a da imprensa, longe de ser considerado inteiramente justificado pelos factos, é visto como parte de uma tendência mais geral no sentido de, historicamente, a censura ser a filha bastarda da tecnologia”, tanto mais, porque como se viu alhures a atividade televisiva é considerada na União Européia como sendo um Direito fundamental. Partindo-se do princípio que o Direito de radiodifusão tem por fundamento o Direito à liberdade de expressão em sentido amplo, adverte José Gomes Canotilho que “embora o Estado possa restringir a liberdade de radiodifusão, colocando o seu exercício sob reserva de licença ou de autorização prévias e impondo algumas obrigações programáticas e organizatórias básicas em ordem à garantia do interesse público e do pluralismo, tais restrições devem limitar-se ao

Por isto a aplicação do princípio da proporcionalidade é fundamental para resolver os conflitos entre direitos fundamentais, pois esta é a melhor maneira de preservar a convivência de normas de mesma grandeza. O princípio da proporcionalidade tem por objetivo solucionar uma tensão existente entre normas de direitos fundamentais dando preferência a uma delas no caso concreto³⁷⁰.

É importante destacar que a aplicação do princípio da proporcionalidade atinge a tensão das normas em relação ao “peso” que elas vão apresentar no caso concreto, não as atingindo no campo da validade, pois as duas normas de Direito são válidas, porém no exame do caso em concreto somente uma delas é que pode preponderar. Como observa Wilson Steinmetz “a ponderação concreta de bens, na colisão de direitos fundamentais, realiza-se mediante o controle de proporcionalidade em sentido amplo, de modo especial ou propriamente dito por meio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito”.³⁷¹

E quando se fala em princípio da proporcionalidade, está a se falar dos três princípios parciais que o compõe: o princípio da adequação, o princípio da necessidade (exigibilidade ou indispensabilidade) e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da adequação obriga que a restrição ao Direito fundamental seja adequada e idônea ao fim proposto dentro dos fundamentos do interesse público. O princípio da necessidade busca a utilização do meio menos gravoso para atingir seu objetivo e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é aplicado após a verificação da adequação e da necessidade, tendo em conta que este visa o equilíbrio e balanceamento dos bens no caso concreto causando efeitos mínimos aos demais direitos³⁷².

É interessante pontuar que a própria Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada no jornal oficial das Comunidades Europeias, em 18 de dezembro de

estritamente necessário para a salvaguarda dos bens constitucionais pertinentes, não podendo transformar os operadores privados em quase-concessionários do serviço público”. CANOTILHO, J. J. Gomes et MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e a liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 21 e 27.

³⁷⁰ Neste sentido STEINMETZ faz a seguinte observação “a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não realização do outro; (2) a inexistência de uma hierarquia abstrata, *a priori*, entre os direitos em colisão; isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva *ex ante*, prescindindo das circunstâncias do caso concreto”. Ob. Cit, p. 142.

³⁷¹ Ob. cit., p.144.

³⁷² Ob. cit., p.149.

2000, consagra o uso do princípio da proporcionalidade³⁷³ para dirimir eventuais tensões ou conflitos que possam restringir um Direito de mesma grandeza.

Os países da União Européia já vem adotando o princípio da proporcionalidade para resolverem as tensões entre o Direito Autoral e o Direito da Concorrência e do Consumidor. Parece ser oportuno que o intérprete/aplicador do Direito brasileiro fique atento às decisões das instâncias européias, visto que os problemas vivenciados pelo Direito Autoral além de apresentam caráter internacional, constituem importante fator de concretude dos compromissos sociais assumidos pelo Estado Social.

Adstrito a isto, reconhecem o papel limitador que o Direito da Concorrência e do Consumidor dão ao Direito Autoral, parecendo ser oportuno a utilização destes limites extrínsecos ao Direito Autoral como meio capaz de coibir, no Brasil, os excessos praticados pelos titulares de Direito Autoral. Defende-se, assim, o emprego do princípio da proporcionalidade para alcançar o equilíbrio entre estes direitos e princípios constantes da Constituição Federal.

Como observa Flávia Piovesan “(...) via de regra, o conflito não envolve os direitos do autor versus os direitos sociais de toda uma coletividade; mas, sim, o conflito entre os direitos de exploração comercial (por vezes abusiva) e os direitos sociais da coletividade”, razão pela qual é defensável o uso do Direito da Concorrência e do consumidor como limitadores do Direito Autoral. Estes direitos, mediante uma interpretação à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade, são capazes de coibir os excessos praticados pelos titulares de Direito Autoral, que deveria ser entendido como uma propriedade

³⁷³ Neste sentido dispõe o artigo 52º - “1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros. 2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiem nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos. 3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o Direito da União confira uma protecção mais ampla”.

funcionalizada³⁷⁴.

Este entendimento não se traduz em algo original³⁷⁵, pois a maioria dos doutrinadores concorda com esta hermenêutica, no entanto, focam o problema sob o aspecto da funcionalização do Direito Autoral e na defesa do acesso à informação. No entanto, a originalidade da presente tese está na contribuição de que o Direito Autoral dentro de uma perspectiva jurídica e econômica pode ser limitado pelo Direito da Concorrência e do consumidor, conseguindo dar efetividade a funcionalidade da propriedade autoral nos termos da Constituição Federal. É o que se defende.

O Tribunal de Justiça da União Européia já vem examinando a viabilidade desta aplicação nos casos de tensões entre direitos da mesma grandeza. Assim é que no caso Magill³⁷⁶ foi examinado o princípio da proporcionalidade e, portanto foi necessário definir o

³⁷⁴ A este respeito Flávia Piovesan diz: “daí, novamente, a exigência de se alcançar um balanço razoável e adequado entre, de um lado, a proteção aos direitos do autor/inventor, e, por outro, a promoção e a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Este juízo de ponderação deve ser balizado pelos princípios da dignidade humana e proporcionalidade, compreendido em sua tripla dimensão – a adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; a necessidade e a exigibilidade da medida adotada; e a proporcionalidade estrita, havendo a proibição de excesso (a evitar que determinada medida restritiva ultrapasse o estritamente necessário, esvaziando, em nome da máxima proteção a um direito, demais direitos). Esse processo suscita a redefinição dos delineamentos conceituais do Direito à Propriedade Intelectual, considerando a necessária proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais”. PIOESAN, Flávia. **Direitos humanos e Propriedade Intelectual: proteção internacional e constitucional**. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Org.). Propriedade Intelectual – estudos em homenagem à professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2008, p. 37.

³⁷⁵ Neste sentido, dentre outros autores veja o que diz Flávia Piovesan: “a vertente protetiva ao Direito exclusivo do autor/inventor de utilização de sua criação intelectual e do aproveitamento econômico dela decorrente. Todavia, por outro lado, impõe a Constituição sejam também considerados o interesse social e o desenvolvimento tecnológico nacional. Uma vez mais, emerge a necessária ponderação de bens constitucionalmente tutelados, tal como ocorre no âmbito internacional”, entendendo que “neste juízo de ponderação de bens, há que se acrescentar outros componentes, como a tutela constitucional dos direitos humanos a partir de sua universalidade, indivisibilidade e independência, com ênfase aos direitos econômicos, sociais e culturais (como o Direito à saúde e à educação, dentre outros); e a incorporação em grau constitucional dos instrumentos internacionais de direitos humanos, com destaque ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e das obrigações internacionalmente nele previstas. A este raciocínio somem-se as previsões constitucionais atinentes à exigência da função social da propriedade etc.” PIOESAN, Flávia. **Direitos humanos e Propriedade Intelectual: proteção internacional e constitucional**. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Org.). Propriedade Intelectual – estudos em homenagem à professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2008, p. 36.

³⁷⁶ O Advogado-Geral Claus Gilmann, designado para o caso diz em suas conclusões que “se impõe ao poder judiciário o ônus de definir o núcleo essencial dos direitos de Propriedade Intelectual e, na justa ponderação dos interesses conflitantes, estabelece limites adequados à compressão de interesses juridicamente protegidos. (...) o exercício mental de definição do núcleo do Direito juridicamente protegido, é extremamente importante para a aplicação do princípio da proporcionalidade e tem estado sempre presente na resolução dos conflitos entre o Direito da Concorrência e os direitos de Propriedade Intelectual”. Neste sentido, ver: Conclusões do

núcleo essencial do Direito Autoral . Esta doutrina foi debatida pela primeira vez pelo Tribunal de Justiça da União Européia, no caso da Deutsche Grammophon mbH, v. Polydor.

Pode-se dizer que o princípio do núcleo essencial³⁷⁷ do Direito Autoral é o exclusivo. Sendo o exclusivo o núcleo essencial do Direito Autoral , a aplicação do princípio da proporcionalidade irá restringir o exercício do exclusivo pelo titular do direito. Observe-se que não vai retirar o Direito exclusivo, apenas vai restringi-lo no caso concreto em que se identifique uma tensão entre normas constitucionais.

Nas conclusões extraídas do caso acima mencionado, o Advogado-Geral afirma que “a imposição de conceder licenças significa (...) colidir com prerrogativas que são abrangidas pelo objecto específico. O titular do Direito de Autor deixa de poder manter o Direito exclusivo de reprodução da obra protegida, devendo contentar-se em cobrar royalties”³⁷⁸.

Os dois casos citados envolvem conflitos entre o Direito Autoral e o da concorrência, e deles se extrai a admissibilidade da restrição a livre concorrência quando justificadas pela salvaguarda do núcleo essencial do Direito Autoral . E, por isto, “(...) o ponto de partida deve ser a definição do objecto específico do Direito de Autor, conceito que é utilizado na jurisprudência do Tribuna de Justiça como sinônimo dos conceitos da própria substância do Direito de autor e de prerrogativas essenciais do titular do Direito de Autor”³⁷⁹.

É evidente que o uso da doutrina do núcleo essencial não pode afetar a essência do Direito Autoral sem que ocorra um excesso de titularidade³⁸⁰ que impeça a livre concorrência e a defesa do consumidor, pois este ato acaba por ofender os princípios basilares

Advogado-Geral Claus Gulmann apresentadas no Acórdão Rádio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP), cit, parágrafo 40.

³⁷⁷ Acerca da doutrina sobre a proteção do núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade ver: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 315 e seguintes.

³⁷⁸ Neste sentido, ver: Conclusões do Advogado-Geral Claus Gulmann apresentadas no Acórdão Rádio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP), cit, parágrafo 40. Caso Magill

³⁷⁹ Idem, parágrafo 32.

³⁸⁰ Neste sentido pondera o Advogado-Geral: “a doutrina do núcleo essencial determina que os limites ao Direito Autoral não poderão ser tais que afetem a essência do próprio direito. **Todavia, se o respectivo titular decidir usá-lo para além do seu objeto específico, com vista a reforçar a sua posição no mercado, tal conduta pode ser considerada ilícita, nomeadamente, anticoncorrencial**”, o que se traduz em excesso de titularidade. (grifei) Idem, ibidem.

da Constituição.

Como se vê, trata-se de situações jurídicas complexas e sutis a que o ordenamento jurídico brasileiro não tem dado a devida atenção, pois os excessos praticados pelos titulares de Direito Autoral persistem.

O lobby³⁸¹ feito pela indústrias culturais e o desconhecimento do Direito Autoral pela maioria dos intérpretes/aplicadores do Direito são fatores que agravam o quadro atual. Melhor seria que a Lei de introdução ao Código Civil deixasse claro ao intérprete/aplicador do Direito que deveriam se valer do princípio da proporcionalidade nos casos de colisão entre normas fundamentais. Esta sugestão não busca denigrir a figura do juiz, ao contrário procura dar concretude a sua atuação em casos tão complexos como os postos pelo excesso de titularidade no exercício das prerrogativas econômicas decorrentes do Direito Autoral .

Por isto a adoção de cláusulas gerais para resolver os problemas que acabem por restringir o núcleo essencial do Direito Autoral não é o mais adequado, porque as limitações devem ser interpretadas restritivamente. Vale dizer que as limitações do Direito Autoral não se restringem ao rol do artigo 46 e os casos dos artigos 47 e 48 da Lei Autoral, mas encontram suas limitações no conflito entre o exclusivo do Direito Autoral e outros direitos constitucionalmente consagrados, como a concorrência e o consumidor. Estes constituem os limites de atuação do julgador em matéria autoral.

Daí o alerta de José Gomes Canotilho no sentido de que as reais dimensões de

³⁸¹ Aqui uma preocupação da pós-modernidade citada por Zygmunt Bauman e apoiada em Hauke Brnkhorst e que traduz o receio da utilização inclusive das cláusulas gerais como se verá no item abaixo quando analisa o Direito global que vale sua transcrição *ipsis litteris*: “O que quer que possa passar por “Direito global” não pode ser utilizado numa corte de justiça, só podendo ser aplicado em casos muito raros. De forma comparável ao antigo Direito civil romano, a aplicação do Direito internacional depende da vontade dos que têm o poder de aplicá-lo”. E segue afirmando ele próprio: “Todos os outros – parceiros e jogadores menores – não têm opção a não ser bajular os poderosos. Na melhor das hipóteses, o “sistema jurídico” global é constituído de patronos e dependentes, e hoje apresenta (de fato, se não na teoria) uma colcha de retalhos de privilégios e privações. São os jogadores mais poderosos que distribuem, de maneira esparsa, e de olho na preservação de seu monopólio, o Direito de buscar a proteção da lei. Não é que as máfias globais operem nos interstícios das estruturas jurídicas monitoradas e obedecidas pelos Estados-nações; é que, uma vez liberta de restrições legais efetivas e dependendo unicamente do diferencial de poder em vigor, todas as operações no espaço global seguem (segundo o planejado ou por falha) o padrão até aqui associado às máfias, ou à corrupção das normas da lei ao estilo mafioso” BAUMANN, Zygmunt.. Vidas desperdiçadas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2005, p. 83 e 84.

aplicação dos direitos fundamentais verdadeiramente só se compreendem a partir do princípio “de que a liberdade é a regra e a restrição é a exceção”, porque tem aplicações práticas³⁸². Motivo pelo qual o papel do intérprete/aplicador do direito, nos casos de conflitos de direitos fundamentais, notadamente, que envolve o Direito Autoral, é de extrema relevância e deve ser observado pelos juízes, pois como disse Zygmunt Bauman, na atualidade, “a confiança é substituída pela suspeita global”³⁸³ e isto inclusive no que diz respeito a segurança jurídica e na interpretação judicial.

³⁸² Neste sentido, adverte José Gomes Canotilho: “os direitos, liberdades e garantias são demasiadamente importantes para serem colocados na disponibilidade de actos legislativos provenientes de uma maioria política conjectural ou de uma qualquer coligação moral-maioritária ou de “bloco central”. Do mesmo modo, não poderão estar sujeitos a “leituras morais” subjetivamente consideradas melhores. Também daqui resultam importantes refracções para o problema sub judice”. CANOTILHO, J. J. Gomes et MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e a liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 12.

³⁸³ Ob. Cit., p. 115.

3 RIQUEZA AUTURAL E TUTELA PROPRIETÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

Por esse movimento essencial do espetáculo, que consiste em retomar nele tudo o que existia na atividade humana *em estado fluído*, para possuí-lo em estado coagulado, como coisas que se tornaram o valor exclusivo em virtude da *formulação pelo avesso* do valor vivido, é que reconhecemos nossa velha inimiga, a qual sabe tão bem, à primeira vista, mostrar-se como algo trivial e fácil de compreender, mesmo sendo tão complexa e cheia de sutilezas metafísicas, *a mercadoria*³⁸⁴.

Guy Debord

Sempre que surge uma nova tecnologia, capaz de pôr em risco os interesses econômicos dos titulares de Direito Autoral, crescem, igualmente, os estudos acerca das expectativas futuras deste ramo do direito. Há quem chegue a sustentar o fim do Direito Autoral, e outros observam a sua transformação, porém estas reflexões são recorrentes ao longo da história, pois estas questões sempre foram apontadas quando do surgimento de novas tecnologias que facilitavam a reprodução de uma obra, como foi o caso da invenção da imprensa por Gutemberg e da fita de vídeo cassete, pela Sony³⁸⁵.

Entretanto, o impacto que o Direito Autoral sofreu com o desenvolvimento da informatização e da *internet* supera em muito os casos recorrentes, pois as atuais tecnologias permitem a reprodução fidedigna da obra através de um clique. A quantidade de cópias privadas tem crescido no ambiente virtual, o que vêm acarretando os alegados prejuízos econômicos aos titulares de Direito Autoral que, por sua vez, procuram coibir esta prática através da imposição de limitações sujeitas à compensação equitativa e a medidas tecnológicas de proteção.

³⁸⁴ [DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo – comentários sobre a sociedade do espetáculo. Tradução Estela dos Santos. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 27.](#)

³⁸⁵ Neste sentido, é elucidativo o caso Sony Corp of Amer. v. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC., 464 US 417 (1984) v. Universal City Studios, Inc., 464 E.U. 417 (1984). A Universal Studios e a Walt Disney sustentavam que a fita betamax VTR da Sony possibilitava a gravação e a reprodução de obras radiofundidas através de um vídeo cassete o que era prejudicial aos interesses dos autores, ofendendo os direitos autorais. A Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que não havia violação ao Direito Autoral, pois a comercialização das fitas era de interesse dos consumidores e que o Direito à cópia privada se enquadrava no caso de *fair use*. Disponível em: <http://w2.eff.org/legal/cases/betamax/betamax_supreme_ct.pdf>. Acesso em: 18 Jun 2008. O caso Sony Betamax vai ser examinado no Capítulo 4.

Como se observou no capítulo 2, os instrumentos legais internacionais estão indo ao encontro dos interesses dos titulares que vislumbram um novo meio de exploração econômica, em que pese a urgência de equacionar o balanceamento entre os interesses de todos os partícipes da relação autoral. Adstrito a isto, o surgimento de outras criações intelectuais, decorrentes da informatização, vem promovendo situações antes inimagináveis para o Direito Autoral, como a possibilidade de se considerar uma pessoa jurídica como autor e estender a proteção autoral a criações intelectuais, desprovidas de originalidade.

Esta situação pôs em xeque a própria razão de ser do Direito Autoral, o que torna o momento atual diferente dos demais casos históricos que promoveram o debate da relação autoral em razão do surgimento de novas tecnologias. Isto porque a riqueza autoral está na habilidade de tutelar a propriedade autoral, de forma a atender todos os interesses envolvidos de maneira equilibrada.

Se esta tarefa já foi difícil em circunstâncias normais, o desafio é maior ainda com a tecnologia digital, eis que o Direito Autoral tem como objeto específico a proteção dos aspectos morais e patrimoniais que devem estar de acordo com o bem-estar social, e a *internet* comprometeu sobremaneira este equilíbrio de interesses. Esta complexidade, no objeto da tutela proprietária autoral, é reconhecida nos textos legais, razão pela qual a solução dos problemas que o Direito Autoral vem enfrentando com a tecnologia digital passam pelas orientações constitucionais e pelos acordos internacionais que o Brasil é signatário.

A legislação autoral brasileira está sendo afetada pela tecnologia digital. A metamorfose do Direito Autoral deve ficar atenta ao objeto central de sua tutela, para não cair na armadilha de considerar como sujeito de Direito o titular ou a obra e não mais o autor.

Observar que a propriedade autoral busca a produção de novas obras, a fim de propiciar à sociedade um crescimento do bem-estar social é tão fundamental, quanto a proteção das prerrogativas morais e patrimoniais que asseguram a remuneração pelo esforço criativo. Daí ser importante rever os principais elementos do Direito Autoral, a iniciar pelo seu objeto, com o estudo das características que fazem uma criação intelectual ser protegida como obra, passando, após, para a análise das perspectivas atuais da autoria e titularidade e, finalmente, o poder econômico do Direito Autoral em duas análises cruciais para a tese: as limitações e o problema do exclusivo.

Esta análise é necessária para demonstrar a transformação que o Direito Autoral vem sofrendo, a tal ponto que alguns doutrinadores preferem abandonar a expressão, tendo em vista que as alterações, propiciadas pela tecnologia digital, são complexas. Tanto que diversos autores já propuseram nova nomenclatura, como é o caso de Alexandre Dias Pereira que fala em “propriedade tecnodigital”³⁸⁶, seguido por Leonardo Macedo Poli que defendeu tese, sustentando a tripartição do Direito da Propriedade Intelectual em propriedade industrial, Direito Autoral e “propriedade tecnodigital”³⁸⁷, e Alberto de Sá e Melo que chega a falar em “Direito das obras intelectuais”³⁸⁸.

3.1 CRIAÇÃO INTELECTUAL: OBJETO, AUTORIA E TITULARIDADE NO DIREITO AUTORAL

A proteção jurídica autoral visa recompensar economicamente o autor, a fim de que este continue produzindo obras que farão parte do acervo cultural do país, uma vez que o patrimônio cultural é constituído pelo acervo das obras produzidas pelos autores³⁸⁹. Daí afirmar-se que o Direito Autoral tem como objetivo estimular o desenvolvimento da cultura, aumentando o padrão de criatividade e originalidade das obras, que constituem objeto deste

³⁸⁶ Expressão utilizada por Alexandre Dias Pereira, ao falar sobre as criações intelectuais, que são fruto da informatização. PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade tecnodigital**. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 781 e seguintes.

³⁸⁷ A expressão, utilizada por Leonardo Macedo Poli, é a mesma do citado professor luso. A ressystematização do Direito Autoral passaria necessariamente pelo surgimento de um novo ramo do Direito da Propriedade Intelectual, capaz de proporcionar a devida “adequação do Direito Autoral à tecnologia digital”, através de legislação específica. Como diz o autor: “Para a solução de tais problemas e a reconstrução das instituições e conceitos de Direito Autoral, é importante empreender-se a ressystematização do Direito Autoral, ou seja, a tripartição da Propriedade Intelectual em três ramos, propriedade industrial, Direito Autoral e propriedade tecnodigital, que comungariam das mesmas normas fundamentais” (POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral – Parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 143-144).

³⁸⁸ O autor sustenta que “O Direito de Autor (melhor se diria então, o Direito das Obras Intelectuais) será então o conjunto de comandos e permissões normativas que regula o aproveitamento da obra intelectual para os fins de utilização pelos sujeitos que, por lei ou vontade do autor-criador, se definem como titulares de direitos subjectivos relativos à exploração económica deste bem jurídico”. MELO, Alberto de Sá e. **Contrato de Direito de Autor: a autonomia contratual na formação do Direito de Autor**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 23.

³⁸⁹ Os países anglo-saxões desenvolveram a doutrina do “sweat of the brown”, para explicar esta peculiaridade do Direito Autoral, esclarecendo que é a originalidade é o aspecto principal para dizer se uma criação intelectual é ou não objeto de tutela autoral, como estuda exemplarmente Teresa Scassa. SCASSA, Teresa. Originality and Utilitarian Works: The Uneasy Relationship between Copyright Law and Unfair Competition. *university of ottawa law & technology journal*, v. 51, 2003-2004, p. 66 e ss.

direito.

Esta interação entre o incremento cultural através da recompensa econômica ao autor, originariamente, impulsionou o surgimento de obras com elevado teor criativo, porém, com a informatização, fruto da sociedade informacional, este objetivo do Direito Autoral revelou uma faceta paradoxal. Ao mesmo tempo em que se observa a mercantilização da obra, como um produto ou serviço de alto valor, igualmente, se constata que o padrão de criatividade das “obras” baixou e está em forte declínio.

A riqueza que pode ser gerada pela exploração das obras é tão grande que os maiores beneficiários da relação autoral são os titulares das prerrogativas patrimoniais do Direito Autoral, ficando a margem a figura do autor e dos usuários e/ou consumidores. Prova disto é a criação de um novo órgão de regime jurídico internacional, para resolver as soluções de conflitos de Propriedade Intelectual, a Organização Mundial do Comércio, ao invés de se centrar no outro órgão já existe e ligado à UNESCO, qual seja, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, como recorda José de Oliveira Ascensão³⁹⁰.

Daí falar o autor luso que o Direito Autoral está vivenciando um processo de autofagismo³⁹¹ que se caracteriza pelos excessos praticados pelos titulares do exclusivo patrimonial do autor, que buscam perpetuar os seus ganhos, alargando categorias de obras, limitando o acesso a elas e, impedindo o seu uso transformativo, quer para fins privados como econômicos.

O propósito de buscar ferramentas jurídicas para garantir de forma individualista estes bens intelectuais acabam desvirtuando a noção de obra, tornando-a como um mero bem econômico que não obedece a sua função social primígena. Não há mal que a obra seja objeto

³⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Prefácio**. In: CRIBARI, Isabela. Produção cultural e Propriedade Intelectual. São Paulo: Editora Massangana, 2008, p. 15.

³⁹¹ José de Oliveira Ascensão acaba por citar como exemplos deste processo de autofagia entre o Direito Autoral e a cultura ao se questionar sobre os problemas atuais que a propriedade autoral vem enfrentando. Assim diz: “Pois o que há senão autofagia, quando os direitos autorais desanimam ou impossibilitam mesmo a produção multimídia, perante a soma de autorizações que se torna necessário reunir? Ou quando as possibilidades de difusão cultural são cerceadas por dispositivos tecnológicos que impedem, por exemplo, a realização de cópias? Ou quando a iniciativa europeia de criar uma biblioteca digital que mobilize o acervo existente nos países-membros encontra como um dos principais obstáculos a legislação sobre Direito de Autor? Mas no meio disto, onde pára o autor? Não é ele o destinatário da proteção?” ASCENSÃO, José de Oliveira. **Prefácio**. In: CRIBARI, Isabela. Produção cultural e Propriedade Intelectual. São Paulo: Editora Massangana, 2008, p. 16.

de mercantilização, o problema está no afastamento de seu núcleo essencial que consiste no exclusivo tanto em seu aspecto patrimonial, como o moral.

Uma das principais preocupações advindas com a Sociedade da Informação é o avanço das tecnologias de informação e comunicação que propiciaram um novo ambiente, chamado digital, aonde os conhecimento e informação³⁹² são inseridos de maneira fácil na rede e com a mesma rapidez são retirados de circulação.

O interessante é que grande parte deste conhecimento e informações estão protegidos pelo manto do Direito Autoral, mas reitera-se, grande parte, mas não tudo. Então a dificuldade não está mais em identificar o que seria obra dentro do ambiente digital, mas o que vem a ser considerado como tal na atualidade.

Ora, se não é possível perder a noção que grande parte das informações e dos conhecimentos que circulam na rede digital constituem verdadeiros produtos³⁹³ que estão protegidos pelos direitos autorais, e que, por reconhecimento internacional, são considerados bens imateriais detentores de tutela jurídica específica. Da mesma forma não se pode esquecer que a informação é um bem livre e essencial para as pessoas adquirirem cultura, como falou-se alhures.

A construção do conhecimento depende do acesso à informação. Como afirma Paula Forgioni o “acesso ao conhecimento significa capacidade de produzir novo conhecimento. Ao reverso, sua obstrução implica colmatção da capacidade futura de evolução” e, conclui dizendo que “o conhecimento somente pode se desenvolver sobre o conhecimento, em um

³⁹² Conhecimento e informação são expressões que não se confundem, embora estejam correlacionadas. Edgar Morin, citado por Henrique Gandelman, afirma que “o primeiro significado da palavra conhecimento é informação; é óbvio que quem tiver informação tem vantagens. O segundo significado é conhecimento que classifica as informações. Porém, um conhecimento supersegmentado, como o de especialistas, incapazes de contextualizá-lo, não é capaz de atingir este dito de PASCAL: ‘é necessário conhecer as partes para entender o todo, mas é necessário conhecer o todo para entender as partes’. Estamos vivendo num período em que o conhecimento só se torna significativo quando está situado num contexto. O terceiro significado tem a ver com inteligência, consciência ou sabedoria. A inteligência é a arte de vincular conhecimento de maneira útil e pertinente; consciência e sabedoria envolvem reflexão”. GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet – direitos autorais na Era digital**. Rio de Janeiro, 1997, p. 21.

³⁹³ A este respeito, José de Oliveira Ascensão destaca que “a informação é também fundamental no aspecto económico. Por isso se diz que a informação se tornou um bem de produção na sociedade em que vivemos; ou, mais compreensivelmente para os não iniciados, que a utilização da informação tornada conhecimento marca a diferença no desempenho económico dos vários países”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias**, ano I, número I, ago. 2004, p. 29.

processo de retroalimentação que alija aqueles que a ele não têm acesso”³⁹⁴.

Através das informações e dos conhecimentos pré-existentes é que as obras se criam, mas quando a informação, o conhecimento e a obra passam a ser considerados bens econômicos e protegidos juridicamente pela Lei Autoral, por exemplo, é que os problemas de caráter monopolístico começam a surgir.

O inevitável apego econômico e a necessidade de restringir a propriedade para usufruir ao máximo o gozo do exclusivo da exploração econômica da obra, surgem novas indagações jurídicas como as propostas nesta tese. A notar, que no Direito Autoral, verifica-se uma tendência social de se passar a usar a expressão “conteúdo” como sinônimo de “obra”, o mesmo podendo-se dizer do termo “criatividade” como substituto da “originalidade”, quando constituem expressões autônomas, mas interdependentes.

O homem desde os tempos mais remotos sempre soube utilizar a sua capacidade criativa no campo da técnica e da estética, ora buscando soluções para problemas técnicos como os primeiros instrumentos produzidos para a agricultura, ora exteriorizando através de desenhos, pinturas, esculturas as suas impressões acerca de sua realidade, e com isto teve condições de satisfazer as suas necessidades materiais e espirituais³⁹⁵.

No entanto, estas criações eram de domínio público, constituíam-se bens públicos e assim se mantiveram por quase toda a história da humanidade, pois foi com a modernidade que surgiu a criação de exclusivos sobre bens intelectuais, como observa José de Oliveira Ascensão: “não obstante tudo estar no domínio público, realizaram-se durante milênios criações intelectuais e inventos espantosos. O que por si demonstra que os exclusivos sobre bens intelectuais não só ao final indispensáveis para o progresso das ciências e das artes”³⁹⁶.

³⁹⁴ Neste sentido FORGIONI, Paula A. Acesso ao conhecimento: Que Direito nos reserva o futuro? In: Antônio José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenadores). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 358.

³⁹⁵ Neste sentido SILVEIRA, Newton. A Propriedade Intelectual e a nova lei de propriedade industrial – Lei n. 9.279/96, de 14-5-1996. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1-3. Idem em SILVEIRA, Newton. Propriedade Intelectual – propriedade industrial, Direito de Autor, software, cultivares. 3ª de. Barueri: Manole, 2005, p.1-3.

³⁹⁶ Neste sentido ASCENSÃO, José de Oliveira. **A questão do domínio público**. I: Propriedade Intelectual – estudos em homenagem à professora Maristela Basso. CARVALHO, Patrícia Luciane de. Curitiba:Juruá, V. II, p. 173.

Newton Silveira, quando aborda a estética e a técnica na criação intelectual observa que mesmo sendo possível delimitar os campos da arte e da invenção, eles apresentam distinções claras, pois “ao passo em que a técnica se objetiva na natureza, a arte, ao contrário, atua no mundo do homem, inventando novas formas destinadas unicamente a estimular o sentimento estético”³⁹⁷.

O valor de uma obra está no sentimento estético que ela traduz e não na utilidade prática que, eventualmente, ela possa ter, motivo pelo qual a obra não vai deixar de ser considerada como tal pelo fato de, aos olhos de um grupo de pessoas, causar um sentimento negativo (feiura, repulsa) ou positivo (beleza, atração) relativo a sua estética. Da mesma forma, não deixará de ser considerada obra pelo fato de não apresentar qualquer utilidade, que não o sentimento de estética. O que importa para o autor é que sua obra atinja o sentimento interior de cada pessoa, seja ele qual for³⁹⁸.

Se a criação intelectual apresentar além do caráter artístico, o utilitário, este fato não desconfigura a proteção autoral, nos termos literais da legislação atual, pois existem obras que apresentam o caráter utilitário, como é o caso dos programas de computadores e as bases de dados.

Esta peculiaridade traz para o Direito da Propriedade Intelectual uma série de questionamentos sobre a proteção jurídica a que deve ser conferida a determinada criação, tendo em vista que no Direito Autoral cria-se um obra, enquanto que no Direito do Inventor cria-se uma solução para um problema técnico.

É evidente que nem todas as criações humanas fazem parte do escopo de proteção do Direito Autoral, tanto que se fala, normalmente, em criações estéticas (tradicionais) e utilitárias, as primeiras de proteção autoral as segundas de proteção da propriedade industrial. O problema está no fato da informatização ter alargado o escopo de proteção do objeto autoral às criações utilitárias, pois é sobre estas que recaem os interesses econômicos, que, por sua vez, acarretam consequências para a concorrência.

³⁹⁷ Neste sentido SILVEIRA, Newton. **A Propriedade Intelectual e a nova lei de propriedade industrial – Lei n. 9.279/96, de 14-5-1996**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3-4. Idem em SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual – propriedade industrial**, Direito de Autor, software, cultivares. 3ª de. Barueri: Manole, 2005, p 3-4.

³⁹⁸ Idem, p. 4

Afirma Newton Silveira que “a criatividade do homem se exerce ora no campo da técnica, ora no campo da estética”, o que justificaria a divisão da criatividade em dois ramos, o Direito Autoral que cuida da criação estética e a propriedade industrial que cuida da invenção técnica.³⁹⁹

Daí não ser incomum a criação intelectual apresentar zonas limítrofes de proteção, que podem, eventualmente, e de acordo com a legislação de cada país, permitir a sua duplicidade de proteção, como é o caso das obras de artes plásticas aplicadas, o desenho industrial, as marcas figurativas e tridimensionais. Ademais, é forte a tendência de dar proteção às criações desprovidas de originalidade, como é o caso das fotografias e bases de dados não criativas, mas que, na atualidade, têm alto valor econômico. Temas estes que por si só poderiam ser objeto de outro trabalho, motivo pelo qual apenas optou-se por citá-las a título de exemplo.

Isto se traduz numa constatação importante para o presente trabalho, pois, tradicionalmente, a distinção clássica entre Direito Autoral e Direito do inventor era a contraposição entre a estética e a utilidade, entre o que era útil ou não. A evolução tecnológica, colocou por terra esta distinção e, vem demonstrando que esta contraposição não é capaz de justificar a proteção de novas criações, seja no Direito Autoral - com o surgimento de obras de caráter utilitário e sem elemento estético - , como no Direito do inventor - onde a proteção conferida ao desenho industrial se dá em relação à nova forma do produto e o seu aspecto ornamental e estético, podendo estar relacionada a um objeto útil ou não⁴⁰⁰.

Estas peculiaridades no Direito Autoral são de grande relevância, eis que a concepção de obra no Direito Autoral estava alicerçada no sentimento estético, tanto mais porque não havia na época obras com caráter utilitário. E, portanto, as soluções pensadas na época não se adequam perfeitamente com a situação atual do Direito Autoral.

A metamorfose do Direito Autoral surgiu com o advento da informática, daí dizer

³⁹⁹ Neste sentido SILVEIRA, Newton. **A Propriedade Intelectual e a nova lei de propriedade industrial – Lei n. 9.279/96, de 14-5-1996**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5. *idem* em SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual – propriedade industrial, Direito de Autor, software, cultivares**. 3ª ed. Barueri: Manole, 2005, p. 5.

⁴⁰⁰ *Idem*, p. 6-8.

José de Oliveira Ascensão que “a metamorfose do Direito de Autor, assim anunciada, consumou-se nos tempos mais recentes” tendo como “elemento catalisador” a invasão da informática no domínio do Direito Autoral . Mas como diz o autor:

o resultado, para o que nos interessa, está consolidado. Mas devemos procurar compreendê-lo e apresenta várias justificações: - o Direito de Autor outorga a mais ampla proteção no domínio dos direitos intelectuais; - o Direito de Autor concede proteção automática logo com a criação, independente de registro; - o Direito de Autor não obriga a desvelar o algoritmo que está na base do programa, ao contrário do que aconteceria se a proteção fosse feita por meio de patente de invenção; - o Direito de Autor permite obter proteção independentemente da emissão de leis novas, dando assim uma espécie de protecção retroativa⁴⁰¹.

Rudolf Frieling ao falar sobre o patrimônio digital faz uma reflexão final: “Há algo, no entanto, que nós podemos **descartar**: um retorno a nossas origens analógicas”(grifei)⁴⁰². A informatização é uma realidade que, a par dos problemas trazidos para o Direito Autoral , trouxe muitas vantagens para a sociedade, então estas consequências devem ser enfrentadas pelos juristas.

A primeira questão a ser enfrentada é a compreensão de objeto do Direito Autoral : a obra⁴⁰³. De forma concisa pode-se dizer que a obra é a exteriorização de uma criação intelectual que possui a originalidade advinda das características pessoais do autor.

Lexicalmente obra estaria ligada a noção de arte, mas, no direito, a estética não é decisiva para que uma criação seja considerada como tal. Juridicamente entende-se a obra intelectual como “uma manifestação da vontade do criador, que exterioriza, pela razão, um conteúdo (seja uma sensação de uma percepção do espírito) que toma forma, perceptível ao ser humano”⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Neste sentido ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Intelectual em Metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, ano II, número IV, fev. 2006, p. 09-10.

⁴⁰² Neste sentido FRIELING, Rudolf. **Patrimônio digital**. In: Arte, ciência e tecnologia: passado presente e desafios. DOMINGUES, Diana, organizadora; SARETTA, Flávia Gisele et alli, tradutores. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p.207-217. p. 217

⁴⁰³ Neste sentido HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3ª ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 51-57.

⁴⁰⁴ Neste sentido Eduardo Pimenta. [PIMENTA, Eduardo. Princípios de direitos autorais – um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998](#). Livro 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

A Convenção de Berna fala em obras literárias, artísticas e científicas. O objeto de proteção é a obra, ou seja, consideram-se obras todas as produções de domínio literário, artístico e científico, independente da forma ou modo de expressão (artigo 2) e os beneficiários são os autores e/ou titulares destes direitos, muito embora a Convenção de Berna não defina o que vem a ser autor. O Glossário da Organização Mundial de Propriedade Intelectual acaba por definir o que é obra literária, artística e científica em termos jurídicos:

Obra literária: 'se entiende que generalmente alude a todas las formas escritas originales, sean de carácter literario, científico, técnico meramente práctico, prescindiendo de su valor y finalidad. Es un concepto más amplio que el que em un sentido estricto se entiende por tal'. Obra artística: 'es una creación cuya finalidad es apelar al sentido estético de la persona que la contempla (pinturas, dibujos, esculturas, grabados y, para algunas legislaciones, las obras de arquitectura, fotográficas, las obras musicales y las de arte aplicado)'. Obra científica: 'referindose a la interpretación del término 'científica' em él ámbito del derecho de autor, Apad Bogsh, em su obra El Derecho de Autor según la Convención Universal, señala: La utilización de la palabra 'científica' es desafortunada. El carácter científico de una obra no tiene importancia desde el punto de vista del derecho de autor. Un libro de medicina, un mapa estadístico, un film geográfico, están protegidos por ser un libro, un dibujo, o una película cinematográfica, y no porque traten de medicina, estadística o de geografía. Por su parte, el Glossário OMPI expressa que obra científica es 'uma obra que trata los problemas de una manera adaptada a los requisitos del método científico. El ámbito de esta categoría de obras no se restringe em modo alguno al campo de las ciencias naturales ni a las obras literarias de campo de las ciencias naturales ni las obras literarias de carácter científico. Em determinadas circunstancias, también un programa de ordenador puede ser una obra científica.⁴⁰⁵

A Lei nº 9.610/98, em seu artigo 7º,⁴⁰⁶ elenca, de forma exemplificativa, o que se

[2004, p.51 e 52.](#)

⁴⁰⁵ Idem, [p.51-2.](#)

⁴⁰⁶ Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura,

entende por obra e, no artigo 8º⁴⁰⁷ o que não é objeto de proteção por Direito Autoral, embora fosse possível identificar a originalidade e reconhecer a autoria de muitas delas. Fica claro nestes dispositivos que as idéias não são protegidas pelo Direito Autoral o que está protegido é a forma de expressão destas idéias. Aliás, são requisitos da obra a exteriorização e originalidade da criação.

Quando o artigo 7º utiliza a expressão “tais como” pretende, com isto, deixar claro que a criatividade humana não é estanque, podendo-se introduzir novas criações, desde que apresentem os requisitos de originalidade e exteriorização. Com o forte desenvolvimento tecnológico, efetivamente, novas obras surgiram e foram protegidas pela Lei Autoral brasileira, que seguiu a esteira dos instrumentos internacionais recentes, em especial, o ADPIC/TRIPS, que deu proteção autoral aos programas de computadores e as bases de dados que na lei anterior (Lei nº 5.988/73) não eram previstos⁴⁰⁸.

O exercício da criatividade⁴⁰⁹, por si só, não constitui elemento suficiente para se

escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis. § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras. § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

⁴⁰⁷ Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais: II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

⁴⁰⁸ Recomenda-se a leitura das seguintes obras de HAMMES, Bruno Jorge Hammes. **Elementos básicos do Direito de Autor Brasileiro**. São Leopoldo: Unisinos, 1995, p. 12-32 que foi a Tese defendida pelo autor no Instituto Max Planck e, HAMMES, Bruno Jorge. **Objeto do Direito de Autor**. São Leopoldo: **Estudos Jurídicos**, n. 26, p. 39-45.

⁴⁰⁹ Neste sentido, Eduardo Pimenta amparado em Isidro Satanowsky que “o processo de criação é precedido de uma manifestação de livre arbítrio, quando o autor dedica a sua atenção a um assunto eleito, no qual empenha um esforço do cérebro, iniciando a elaboração mental da criação. Consistindo numa evolutiva assimilação da percepção humana correlacionada com as mais comuns circunstâncias da vida, em que se tem a alma livre como que desprendida do corpo (a matéria), que em estado de equilíbrio aguça a intuição e a inspiração, gerando naturalmente a idéia”. PIMENTA, Eduardo. **Princípios de direitos autorais – um século de proteção autoral no**

poder qualificar a criatividade como originalidade, da mesma forma como não se pode dizer que todo conteúdo é uma obra, pois um conteúdo que apresente informações e conhecimento pode ser criativo, mas não original.

Originalidade, em seu conceito léxico, significa “tudo aquilo que não ocorreu, nem existiu”⁴¹⁰, estando equivocado Daniel Rocha ao afirmar que a obra original seria a que não se deriva de nenhuma outra, devendo ser realmente uma invenção do autor,” isto porque além de utilizar expressões típicas da propriedade industrial, a verdade é que, grande parte de obras são criadas justamente através de outras preexistentes, daí falar-se em obra derivada.⁴¹¹

Aspecto importante a observar é que a originalidade se diferencia da novidade⁴¹². Nem tudo que é original é novo, em termos de Direito Autoral, pois a novidade deve ser entendida como um conhecimento que é inédito e, portanto, desconhecido para a sociedade. Já a originalidade deve ser entendida como sendo o reflexo da personalidade da pessoa, assim, como as idéias não são protegidas, é possível a existência concomitante de inúmeras obras que versem sobre o mesmo tema, cuja obra é original, mas não é nova.

Daniel Rocha fala que “a idéia, o tema, o assunto é propriedade comum da humanidade”⁴¹³, é um bem público, mas quando exteriorizados através da criação intelectual do homem acabam sendo protegidos pelo Direito Autoral. Embora não sejam protegidos, a

Brasil – 1898-1998. Livro 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.60.

⁴¹⁰ HOLLANDA, Aurélio B. Dicionário de língua portuguesa.

⁴¹¹ Ob. cit., p. 61

⁴¹² Newton Silveira, a respeito da diferenciação entre novidade e originalidade assim expõe: “a originalidade deve ser entendida em sentido subjetivo, em relação à esfera pessoal do autor. Já objetivamente nova é a criação ainda desconhecida como situação de fato. Assim, em sentido subjetivo, a novidade representa um novo conhecimento para o próprio sujeito, enquanto, em sentido objetivo, representa um novo conhecimento para toda a coletividade. Objetivamente novo é aquilo que ainda não existia; subjetivamente novo é aquilo que era ignorado pelo autor no momento do ato criativo”. SILVEIRA, Newton. **A Propriedade Intelectual e a nova lei de propriedade industrial – Lei n. 9.279/96, de 14-5-1996**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 9. Idem em SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual – propriedade industrial, Direito de Autor, software, cultivares**. 3ª de. Barueri: Manole, 2005, p. 9.

⁴¹³ A originalidade, portanto, deve ser tomada “aspecto subjetivo da palavra, sem que se exija que a obra seja nova no sentido integral de originalidade”, em que pese esta estar presente nos desenhos industriais. Assim é que Daniel Rocha lembra bem que as idéias, os sentimentos e as emoções são as ferramentas básicas do autor e, por isto, “o conflito de sentimentos é permanente – sempre os mesmos: ódio, amor ciúme, avareza, inveja, ambição, etc – mas a forma de explorar esse conflito vai até o infinito”. “E aí surge o aspecto objetivo da originalidade, que é a novidade que o autor pode lograr até mesmo utilizando o mais repisado e explorado dos temas. O autor estará criando uma obra nova, uma obra original (desde que não reproduza forma antecedente – sequência de situações, similaridade dos diálogos). Não é a idéia que prestigia ou valoriza um autor, mas é a forma como o autor a desenvolve e o êxito que alcança com seu trabalho”. Daniel Rocha, Ob. cit. p. 62-63.

fonte de inspiração das obras, geralmente, é a mesma, e decorrem dos sentimentos e sensações que o homem experimenta na vida.

Daí que muitas obras são semelhantes, pois a origem do processo de criação é o mesmo. O que vai diferenciá-las é a originalidade, razão pela qual Michael Murray fala que a originalidade é a “condição sine qua non do Direito Autoral”, o que significa dizer que ele não foi copiado de outro e, que a semelhança de uma obra em relação a outra não é resultado de plágio. Para se falar em originalidade há que estar presente o elemento criatividade, ainda que esta se dê em um nível baixo⁴¹⁴.

Esta distinção é importante dentro das obras utilitárias, pois os níveis de criatividade podem oscilar entre extremos. André Bertrand, ao falar dos programas de computador, adverte que a originalidade não pode ser considerada como sinônimo de atividade inventiva como ocorre nas patentes. Portanto, o programa de computador original é aquele que “não tiver anterioridade e cuja elaboração, longe de se limitar à expressão de uma lógica automática e obrigatória, supôs uma escolha subjetiva dentre diversos modos de apresentação e de expressão”⁴¹⁵.

A noção de obra envolve outros aspectos como a originalidade, criatividade e sua exteriorização, já o conteúdo é o aspecto intrínseco da obra e, portanto, pode abarcar todo tipo de informação, incluído outras obras.

Vive-se um momento de forte criatividade, mas não necessariamente de originalidade⁴¹⁶, a cultura do “lixo”⁴¹⁷ ou do “telelixo”⁴¹⁸ é transmitida às pessoas como bens

⁴¹⁴ Neste sentido Michael Murray destaca que “The Supreme Court anticipates that the ‘vast majority of works will make the grade quite easily, as they possess some creative spark, ‘no matter how crude, humble or obvious’ it might be.” MURRAY, Michael. **Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrines for Visual Works**. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series Research Paper No. 06-09, May 24, 2006, p. 03-121.p. 10-11.

⁴¹⁵ Esclarece, ainda que todos aqueles elementos diferenciadores que constituem o programa e que, portanto, são marcados pela personalidade do autor podem obter a proteção autoral, tais como, o programa-fonte, a arquitetura do programa, organogramas etc, sendo “considerado original todo programa de computador cuja forma traduz a marca da personalidade de seu autor. Ao contrário, não é original o programa de computador que apenas reproduz um outro programa preexistente ou cuja forma – interna ou externa – é imposta por exigências funcionais ou legais que o autor não pôde desviar e marcar com sua personalidade”. Neste sentido BERTRAND, André. A proteção jurídica dos programas de computadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 61.

⁴¹⁶ Veja toda a discussão entre o SBT e a TV globo acerca da casa os artistas e o big brother e o debate para verificar se este “formato” era ou não uma obra dentro dos termos legais, eis que já havia uma experiência realizada, em Montreal, Canadá, onde pessoas e cientistas viviam numa redoma

culturais, mas na verdade buscam o apelo do fulgaz e do volátil.

Desta forma, é equivocado e preocupante considerar que o conteúdo da obra é apenas um mero reflexo da atividade criativa do autor, cuja originalidade foi exteriorizada através da obra. A obra é feita por conteúdos, mas não é o conteúdo. Caso contrário, os dados, as informações e as obras utilizadas no conteúdo da obra gerariam um monopólio deste, cuja utilização somente seria passível mediante autorização do titular de Direito Autoral.

As obras criadas por Dante Alighieri, Cervantes e Shakespeare são reconhecidas mundialmente, muito em parte pelo grau de criatividade e originalidade que apresentam, contudo, como lembra o saudoso Padre Bruno Jorge Hammes suas obras jamais “tiveram um Direito de Autor, nem patrimonial nem moral, porque na época em que viveram e criaram obras, não havia Direito de Autor”⁴¹⁹.

Vale dizer que é a lei ao determinar as prerrogativas do Direito Autoral e as características necessárias para que uma criação intelectual seja considerada como obra. Assim como, a produção de obras era infinitamente maior antes da proteção jurídica internacional do Direito Autoral, hoje, a proteção possibilita a riqueza do autor e/ou titular de Direito que tenha criado uma obra ou um conjunto de obras de sucesso mundial.

O estímulo que o Direito de exclusiva deveria dar ao autor e/ou titular de Direito Autoral não está mais presente na atualidade, o que reflete no alargamento do escopo de proteção autoral a meros conteúdos dotados de valor econômico e, por vezes, com baixo nível de criatividade. Este quadro atual afeta o mercado, no qual os bens culturais estão inseridos. Assistiu-se, nos últimos anos, uma campanha para obtenção da proteção jurídica de conteúdos empobrecidos de criatividade e desprovidos de originalidade, mas com alto valor econômico.

de vidro. Hoje é um dos atrativos turísticos da bela Montreal.

⁴¹⁷ Neste sentido recomenda-se a leitura de _____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2005 de Zygmunt Bauman que expõe estas peculiaridades da modernidade líquida.

⁴¹⁸ Expressão utilizada por Canotilho com base no autor Stephen Huster que trabalha com a idéia da ecologia cultural, p. 77. CANOTILHO, J. J. Gomes et MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e a liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p.5. Que faz a seguir observação: “entre nós como lá fora, as posições oscilam entre a censura éticojurídica dos “big-brothers” e a abertura de programação. De um lado, o coro contra o “telelixo” e a degradação da dignidade das pessoas. Do outro lado, o decisivo aplauso à experimentação televisiva dos “reality shows”.

⁴¹⁹ Veja HAMMES, Bruno Jorge. **Perduram os direitos morais de autor de Dante Alighieri, de Cervantes, de Shakspeare?** In: Anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 105.

A falta de proteção destas criações propiciou grandes perdas econômicas para as indústrias de programas de computadores e de bases de dados, fazendo com que os Estados Unidos levassem este problema para as negociações internacionais sobre comércio internacional de bens de Propriedade Intelectual. Estes dados são fornecidos por Daryl Lim, que após discorrer sobre o ADPIC/TRIPS fala sobre a inserção das bases de dados e programas de computadores neste instrumento internacional, o que confere uma proteção forte a estas criações, com a concessão de direitos exclusivos.⁴²⁰

Denota-se, assim, que as obras utilitárias, tais como os produtos informáticos, por serem objeto de comércio dentro da chamada economia da informação já criou e vem criando tensões no que respeita a interpretação da legislação do Direito Autoral.⁴²¹

As obras utilitárias⁴²² diferenciam-se das tradicionais. As primeiras, os elementos funcionais fazem com que a criação tenha uma “aplicação prática direta, imediata, perseguindo uma finalidade material na vida cotidiana”⁴²³, nas segundas, a preocupação é voltada para o elemento estético da criação, “atendendo a finalidades exclusivamente intelectuais, possuindo valor estético autônomo, que se revela na própria forma, independente de seu uso”⁴²⁴.

⁴²⁰ LIM, Daryl. **Copyright under siege: an economic analysis of the essential facilities doctrine and the compulsory licensing of copyrighted works**. Albany Law Journal of Science and Technology, 2007, V. 17, p. 481-558. 495.

⁴²¹ Neste sentido, Teresa Scassa pondera: “The increasing importance of utilitarian works, such as “information products,” as objects of commerce in an information economy has already created tensions with respect to the interpretation of copyright legislation”. SCASSA, Teresa. **Originality and Utilitarian Works: The Uneasy Relationship between Copyright Law and Unfair Competition**. University of Ottawa Law & Technology Journal, v. 51, 2003-2004, p. 63.

⁴²² É interessante observar que a distinção entre obra estética e utilitária tem sua importância prática, que já foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça que forneceu ao ordenamento Brasileiro um lamentável precedente na seara do Direito Autoral, ao confundir utilitário com literário. Neste sentido veja a seguinte ementa: DIREITO AUTOREAL. Petição inicial. Trabalho forense. Por seu caráter utilitário, a petição inicial somente estará protegida pela legislação sobre Direito Autoral se constituir criação literária, fato negado pelas instâncias ordinárias. Súmula 7/STJ. Recurso não conhecido. Acórdão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Esp 351358 / DF, RECURSO ESPECIAL, 2001/0110946-6, Relator(a) Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA, Data do Julgamento 04/06/2002, Data da Publicação/Fonte DJ 16/09/2002 p. 192.

⁴²³ Neste sentido SALINAS, Rodrigo Kopke. Introdução ao Direito Autoral. In: CRIBARI, Isabela. **Produção cultural e Propriedade Intelectual**. São Paulo: Editora Massangana, 2008, p. 25.

⁴²⁴ Idem, ibidem.

Pode-se dizer que as obras utilitárias constituem obras sem expressão criativa ou artística, no entanto, são vocacionadas para desempenhar atividade funcional ou utilitária. Elas são criadas como produtos comerciais, cuja maioria se trata ou está relacionado a bens informáticos, e é por isto que Teresa Scassa afirma que o Direito Autoral ao admitir as criações utilitárias dentro das categorias de obras, como se fossem as tradicionais, trouxe grandes desafios na atualidade⁴²⁵.

A inclusão das obras utilitárias foi se incluindo aos poucos no Direito Autoral, primeiro vieram o reconhecimento dos mapas, das cartas geográficas, que, originariamente eram tratados como obras literárias, embora apresentassem, em seu conteúdo, espécies de diagramas ao invés de um texto literal. Evidentemente, as obras referidas já apresentavam um viés utilitário, pois serviam para servir a um propósito funcional, onde os aspectos estéticos eram secundários.

Teresa Scassa observa que a Lei Autoral ao considerar mapas na definição de trabalho literário contribuiu para que através da interpretação judicial, o rol de categorias de obras se alargasse sem uma análise qualitativa da criação em si⁴²⁶ e das consequências dela decorrentes. Como observa José de Oliveira Ascensão “a obra literária ou artística caracteriza-se pela criatividade no modo de expressão. Mas aqui, o modo de expressão não é criativo, mas servil. Criativo poderá ser o processo; mas este, não é objeto idôneo do Direito e autor”⁴²⁷.

Neste sentido alerta Andre Lupi que a discussão acerca do caráter estético ser inerente ao Direito Autoral foi acirrada no campo da doutrina e da jurisprudência. Para o autor, esta discussão trata-se mais de uma questão semântica que jurídica, tendo em vista que

⁴²⁵ Nestes termo diz Teresa Scassa: “Utilitarian works are defined in this paper as works that do not have creative or artistic expression as their primary purpose. Instead, they are intended to perform a practical or useful function. Generally speaking, they are created as commercial products. Utilitarian works can include telephone directories, computer software, race-track forms, tax forms, brochures, menus, lottery tickets, case reporters and indices, to give a few examples. Many utilitarian works are “information products.” Indeed, it is no accident that the illustrations listed above are all ones that would fall under the category of “literary works”; in the information age it is in the area of “literary works” that the greatest challenges to copyright have arisen. SCASSA, Teresa. **Originality and Utilitarian Works: The Uneasy Relationship between Copyright Law and Unfair Competition**. University of Ottawa Law & Technology Journal, v. 51, 2003-2004, p. 53-54

⁴²⁶ SCASSA, Teresa. **Originality and Utilitarian Works: The Uneasy Relationship between Copyright Law and Unfair Competition**. University of Ottawa Law & Technology Journal, v. 51, 2003-2004, p. 60.

⁴²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro:Renovar, 2ª ed., 1997, p. 667

os doutrinadores que entendem ser necessário a existência de uma substância estética nas obras fundamentam-se no significado da palavra estética no sentido de percepção, apreciação ao ser humano.⁴²⁸

Já outros doutrinadores dão um contorno mais moderno ao significado da palavra estética como sendo o sinônimo do que vem a ser belo, entretanto, não é plausível, pois o objeto da proteção autoral é a expressão da criação intelectual, dotada de originalidade. André Lupi, cita em sua obra, o exemplo de proteção autoral desprovida de “beleza”, por uma grande parte das pessoas, mas nem por isto, deixa de ser obra e com sucesso comercial⁴²⁹.

O fato é que, independente do elemento estético, a rápida proliferação das obras utilitárias para as quais se procura a proteção autoral na Era da informação colocou a Lei Autoral sobre forte pressão no que diz respeito a tutela jurídica destas obras, trazendo o que Teresa Scassa diz ser uma luta para definir as limitações do Direito Autoral em decorrência das obras utilitárias, cujo Direito Autoral é o primariamente apropriado num contexto de concorrencial⁴³⁰.

Sem dúvida, um dos setores do Direito Autoral mais suscetíveis de levantar problemas relacionados ao Direito da Concorrência é o de programas de computador, pois grande parte do equilíbrio entre este e o Direito Autoral se refere nas condições materiais relacionadas a descompilação para efeitos de interoperabilidade exigida pela Diretiva de 14 de maio de 1991. Isto porque o regime de descompilação refletia as preocupações da concorrência da indústria de computadores de 1980⁴³¹.

⁴²⁸ LUPU, André Lipp Pinto Basto. **Proteção jurídica do software – eficácia e adequação**. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 71.

⁴²⁹ Neste sentido diz o autor que “o livro de Baudelarie certamente possui uma estética apreciável enquanto uma tese em seis tomos sobre a evolução das lavras não necessariamente a possui e nem por isso deixa de ser protegida pelo Direito Autoral, até porque é pacífico o entendimento de que a lei não deve julgar a qualidade das obras, pois apenas verificando objetivamente se ela se enquadra em alguma das categorias previstas na lei e atende aos seus requisitos, há proteção. Basta que as obras representem uma criação intelectual individual”. LUPU, André Lipp Pinto Basto. **Proteção jurídica do software – eficácia e adequação**. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 71.

⁴³⁰ Neste sentido são os ensinamentos de Teresa Scassa: “The rapid proliferation of utilitarian works for which copyright protection is sought in the “information age” has placed copyright law under increasing strain with respect to the protection of these works. Recent case law in the United States and Canada illustrates the struggle to define the limits of copyright law in relation to utilitarian works, the content of which is primarily appropriated in a context of business competition”. SCASSA, Teresa. **Originality and Utilitarian Works: The Uneasy Relationship between Copyright Law and Unfair Competition**. University of Ottawa Law & Technology Journal, v. 51, 2003-2004, p. 53.

⁴³¹ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la

Igualmente outro setor do Direito Autoral suscetível de problemas concorrenciais são as bases de dados, pois os titulares de Direito acabam por ter a reserva sobre a extração e a utilização comercial dos conteúdos destas obras. José de Oliveira Ascensão fala que as bases de dados se tratam de “puro Direito sobre a informação. Mas proibir a reutilização da informação atinge gravemente a disponibilidade das fontes, na sociedade da informação”⁴³².

Bases de dados e programas de computadores, sob o ponto de vista econômico, constituem grande fonte de riqueza para seus titulares, mas que, sob o aspecto jurídico, vem causando problemas sérios para os usuários e/ou consumidores de bens culturais no mercado. Estas obras utilitárias podem estar direcionadas aos consumidores, causando problemas de ordem concorrencial para o Direito Autoral, pois a eventual formação de mercado relevante num destes seguimentos acarretará lesão não só aos concorrentes em potencial, mas também aos consumidores propriamente dito.

Autoria e titularidade

Adstrito a isto, as obras utilitárias apontam um outro problema para o Direito Autoral : a autoria e a titularidade destas criações.

As próprias expressões autor e titular podem gerar confusão se não forem bem compreendidas pelos operadores do direito. A observação é oportuna, porque a tese fala em “excesso de titularidades” no Direito Autoral , cujo alcance é facilmente perceptível aos especialistas da área, mas podendo não ser este o entendimento para outros doutos que não usam no seu dia-a-dia esta terminologia tão própria do Direito de Propriedade Intelectual.

Por cautela adverte-se que na ciência do Direito a expressão “excesso de titularidade” apresenta os mesmos problemas que o termo “abuso de direito”, conforme foi referido anteriormente, pois em ambos a existência de um anula o outro. Se há Direito não há que se falar em abuso, da mesma forma, se existe titularidade não há que se falar em excesso.

propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence.<http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>

⁴³² Neste sentido ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias**, ano I, número I, ago. 2004, p. 30.

Partindo-se do pressuposto que o sujeito de Direito “figura ativamente na relação jurídica fundamental ou nas relações jurídicas que são efeitos ulteriores”, pode-se dizer que o sujeito está relacionado ao Direito que lhe é atribuído pelo fato de ser pessoa, em decorrência da titularidade de direitos e obrigações que a lei lhe confere ao nascer com vida.⁴³³

A titularidade, dentro de um preciosismo jurídico, nunca será excessiva, pois como ensina Francisco Cavalcante Pontes de Miranda “não importa se esse Direito está subjetivado, se é munido de pretensão ou ação, ou de exceção. Mas importa que haja direito”⁴³⁴. Por isto não seria correto falar em excesso de titularidade no Direito Autoral porque, o exercício do Direito não advém do fato de ser sujeito. Na verdade, ser sujeito implica apenas em ter titularidade sobre o direito.

Em que pese ser correto o raciocínio jurídico acima exposto, o Direito Autoral apresenta a peculiaridade de apresentar duas prerrogativas em um único direito, uma de ordem moral e outra patrimonial, o que dificulta o uso do rigor técnico jurídico. A titularidade dos aspectos morais não são objeto de transmissão quer por ato inter vivos ou mortis, o que não ocorre com o conteúdo patrimonial, e é sobre eles que se está a tratar quando se fala em “excesso de titularidade”.

Como visto no primeiro capítulo, as faculdades morais são exercidas pelo autor da obra e as patrimoniais, inicialmente pelo criador, a que se chama titular originário da obra e, posteriormente esta prerrogativa econômica, se cedida a terceiro, este passa a exercê-la como titular derivado. Por isto Cláudia Trabuco explica que

é da consideração destes interesses, quer pessoais ou estritamente pecuniários, que resulta o fundamento, pelo menos em parte, da proteção atribuída aos titulares de Direito de Autor. Mas é também a partir de uma ponderação dos interesses em presença que se extrai a definição dos limites àqueles direitos”⁴³⁵.

⁴³³ Neste sentido Pontes de Miranda. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito privado: Parte Geral**. Tomo I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 160.

⁴³⁴ Idem, pág. 166.

⁴³⁵ TRABUCO, Cláudia. **O Direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 164.

Este aspecto tem o elemento complicador, se analisado sob o ponto de vista da teoria monista, adotada na Alemanha, preferindo-se não adentrar no assunto, sob pena de se desviar do tema proposto na tese. Ademais, no Brasil se adota a teoria dualista, com a possibilidade do exercício de titularidades morais e patrimoniais como exposto no parágrafo anterior.

A tese pretende demonstrar a possibilidade do uso do Direito da Concorrência e do Consumidor como limitadores do excesso de titularidade no Direito Autoral. Assim, quando se fala em “titularidade” está a se falar única e exclusivamente nas prerrogativas ou faculdades patrimoniais que o sujeito tem em razão do exclusivo de exploração econômica da obra concedida por lei, titularidade esta, que vem sendo exercida de forma excessiva.

Feito o acordo semântico sobre a expressão “excesso de titularidade”, pode-se continuar afirmando que o conceito de titularidade é eminentemente jurídico, enquanto que a noção de exclusivo é especificamente de ordem econômica, patrimonial. A titularidade diz respeito ao aspecto do exercício do exclusivo do Direito Autoral a que o legislador ao formular o conteúdo patrimonial escolheu algumas situações para limitar o exercício desta titularidade. Enquanto que é do exclusivo que se chega a noção do monopólio que é tratado pelo Direito da Concorrência.

Ocorre que, na atualidade, é possível que o Direito Autoral se constitua na titularidade de um não autor, tese trabalhada por Alberto de Sá e Mello⁴³⁶, reportando-se a indagação, anteriormente, feita por José de Oliveira Ascensão: “Poderá o criador intelectual despojar-se do seu direito, de tal modo que ele surja desde o início da titularidade de terceira pessoa? Neste caso, o criador intelectual nunca seria, juridicamente, autor”⁴³⁷.

Estas questões permeiam aqueles casos em que se identifica com clareza a titularidade, mas não a autoria. Considerando que a lei entende que autor é o criador – pessoa física - da obra intelectual, não é possível imputar autoria a uma pessoa jurídica, exceto por ficção jurídica. Mesmo não se aprofundando o tema, até porque, já foi objeto de teses jurídicas, este descompasso entre a titularidade originária e autoria é típica das obras que

⁴³⁶ MELLO, Alberto de Sá e. **Contrato de Direito de Autor**: a autonomia contratual na formação do Direito de Autor. Coimbra: Almedina, 2008, p. 27 a 44.

⁴³⁷ Veja a obra de José de Oliveira Ascensão. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

apresentam um forte apelo econômico, tais como as obras coletivas, os programas de computadores e as bases de dados.

Alberto Sá e Mello ao constatar que a titularidade originária do Direito não coincide necessariamente com a autoria, aduz que não se trata de titularidade originária, mas de uma situação jusautoral que revela conteúdo distinto do moral, razão pela qual “deve-se reconhecer a obra como bem jurídico inteiramente separado da pessoa do seu criador, visto que pode proporcionar um exclusivo de aproveitamento da sua utilização estranho aos interesses do autor”⁴³⁸. Observa, ainda, que tradicionalmente, na Convenção de Berna, a criação da obra pertence em exclusivo como consequência natural da imputação dessa autoria, mas com a evolução e surgimento de obras utilitárias, este aspecto mudou e atingiu os interesses econômicos, daí concluir que:

O carácter humano da autoria parece questionado pelo acolhimento sob o Direito de Autor de obras imputáveis a empresas, bem como pelo que certos ordenamentos jurídicos supõem ser 'obras geradas por instrumentos da acção humana, como os programas de computador'. Nada é assim. (...) afirmar que a autoria de uma obra é imputável a uma empresa – e não que a esta é atribuída uma titularidade originária do Direito de Autor – figura tão só uma 'autoria não humana' que é menos improvável do que conceber uma 'obra intelectual sem autor' – e que confirma que os contornos da personalidade jurídica não se esgotam em centros de imputação de índole naturalista; além de que, numa realidade dita de cariz 'empresarial', não é de forma alguma desprezível o elemento humano, ainda que humano plural ou orgânico.⁴³⁹

Assiste-se, na atualidade, a mudanças profundas nos elementos basilares do Direito Autoral. Porém, para delinear o problema e demonstrar as transformações⁴⁴⁰ que o Direito

⁴³⁸ A respeito: MELLO, Alberto de Sá e. **Contrato de Direito de Autor: a autonomia contratual na formação do Direito de Autor**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 41.

⁴³⁹ Idem, p. 41 e 42.

⁴⁴⁰ Como bem observa José de Oliveira Ascensão, quando se equipararem direitos de autor e direitos conexos, ou quando se protegem banalidades sem um mínimo de criatividade, o Direito de Autor permanece; mas o autor deixou de ser o ponto essencial de referência. Protegem-se afinal produções “culturais”, haja ou não autor. Por isso, não há morte no Direito de Autor, mas há a realidade ainda mais perigosa do Direito de Autor sem autor. Este Direito de Autor sem autor não pode deixar de ser sujeito a uma revisão profunda, porque deixou de ser fundado no elevado grau de criatividade que conduziu à outorga de tão ambicioso nível de protecção. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias**, ano I,

Autoral está passando optou-se por analisar, ainda que sumariamente, a temática do objeto, autoria e titularidade do Direito Autoral .

3.2 DIREITO AUTURAL: O EXCLUSIVO E O MONOPÓLIO

A noção do monopólio é inerente ao mercado, diferente do exclusivo que pode se tornar um problema para o mercado, quando o titular se excede no exercício de seu Direito passando a ser um problema para a concorrência. Daí ser importante lembrar que o poder econômico é importante para o Direito Autoral , uma vez que este constitui um fenômeno normal dentro do processo de produção e circulação da riqueza.

O que se tem em mente quando da abordagem da defesa da concorrência é qual o limite que o sistema jurídico impõe a este poder, para além do qual incorrerá em abuso, com prejuízo para a liberdade econômica e para a justiça econômica, como destaca Lafayette Josué Petter⁴⁴¹.

Bárbara Rosenberg, de uma forma simplificada, define o poder de mercado, como sendo “a capacidade de impor, de maneira lucrativa e duradoura, preços superiores aos competitivos, com redução da quantidade ofertada a um nível inferior ao eficiente”⁴⁴².

Já Denis Borges Barbosa define poder econômico como “a capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais de mercado”⁴⁴³.

número I, ago. 2004, p. 31.

⁴⁴¹ Elucida o autor que o fenômeno do poder econômico pode ser considerado uma das condições para que os abusos sejam praticados no mercado, no entanto, para ser possível avaliar o grau de poder econômico e de abusividade das práticas que se atribui a determinado agente econômico utiliza-se “a noção de mercado relevante, em suas dimensões de produto, geográfico e temporal, que se constitui em tarefa prévia para a verificação da abusividade. Lafayette Josué Petter, ob. Cit., p. 251 e 253, respectivamente.

⁴⁴² ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p. 179.

⁴⁴³ BARBOSA, Denis Borges. **Abuso de direitos na Propriedade Intelectual – patentes e direitos autorais**. In: Revista de Direito Autoral . São Paulo: Lumen Juris. Ano II, número III, agosto de

A relação dos titulares de bens intelectuais com a concorrência vem sendo experimentada pelo Direito da Propriedade Industrial, em especial, com as invenções, o mesmo não se pode dizer com o Direito Autoral .

A invenção e o Direito Autoral , atualmente, estão se aproximando cada vez mais um do outro, o que facilita análise de aspectos voltados para o exclusivo e o monopólio. Ambos sistemas funcionam como retribuição do esforço pela criação intelectual produzida, tendo o Direito Autoral uma preocupação voltada para a figura do autor e para a sociedade, enquanto que o Direito do inventor se volta para a solução de problemas de ordem técnica que propiciam o desenvolvimento tecnológico e social.

Nos dois, o aspecto econômico é acentuado. A peculiaridade que vem surgindo, nos últimos tempos, decorre do surgimento de obras utilitárias no Direito Autoral , cujas criações, pelo caráter funcional, faziam parte do Direito do inventor.

Tanto no Direito do inventor, quanto no autoral, o Estado concede aos titulares destes, o Direito exclusivo de explorar economicamente a criação como incentivo. Para isto o exclusivo interfere na livre concorrência, a fim de propiciar uma espécie de privilégio temporário àqueles que desenvolveram criações intelectuais.

Mas o exclusivo não é sinônimo de monopólio, este é nocivo para a sociedade, enquanto que aquele promove o desenvolvimento econômico-social através da garantia dada aos titulares de excluírem terceiros que tenham um interesse parasitário na criação. Vale dizer, que o exclusivo, ao reservar a exploração econômica a um titular, impede que terceiros mal intencionados copiem ou usufruam patrimonialmente da criação intelectual, sem a autorização do titular. Neste sentido adverte Bárbara Rosenberg:

Há quem afirme que a tal exclusividade corresponderia a uma espécie de monopólio temporário, não obstante tal exclusividade não gere, necessariamente, monopólio sob a perspectiva econômica, já que é possível que diversos direitos de Propriedade Intelectual concorram entre si. É inegável, contudo, que a exclusividade em questão limita a

2005, p. 41-58, p.56-57. Ob. Cit.,

concorrência no momento imediato (concorrência estática), por vezes criando monopólios temporários, ainda que no longo prazo, a proteção fomente a concorrência de uma perspectiva dinâmica⁴⁴⁴.

Ao contrário do que se possa imaginar, ser detentor de exclusivo é bom, o que não é positivo é que o exercício desta titularidade acabe por gerar uma situação monopolística no mercado a ponto de impedir que novos produtos sejam desenvolvidos. Neste caso poderá ocorrer o excesso, o abuso do exclusivo que lhe foi alcançado por lei, a ser coibido pelo Direito da Concorrência. Daí afirmar Bárbara Rosenberg que a existência de monopólios é considerada nociva, sob o ponto de vista da aplicação da Lei Antitruste, pois “as situações de concorrência são usualmente consideradas superiores, em termos da geração de benefícios ao bem-estar social, às situações de monopólio, e, por isso, mais desejáveis”⁴⁴⁵.

A propriedade gera o exclusivo, portanto na propriedade autoral o exclusivo confere ao titular um Direito de excluir de outros o objeto tutelado pelo direito, e no monopólio existe um verdadeiro poder de mercado. Como referido acima, quando se fala de poder de mercado, no Direito Autoral, há que se verificar a existência de um mercado de bem relevante, o mercado geográfico e, ainda, a existência ou não de bens substitutos. Esta é a razão pela qual o Direito Autoral não confere um monopólio,

pois permite a existência desde que independente e original, de um bem idêntico e não confere qualquer proteção contra bens substitutos. Provavelmente existirão situações em que a existência de um Direito de Autor levará à existência de monopólios, mas estas situações devem ser tratadas pelas regras da concorrência⁴⁴⁶.

Claro está que o exclusivo não é monopólio e o emprego destas expressões como sinônimas é um equívoco⁴⁴⁷. A questão agora envolve saber como resolver a aparente tensão

⁴⁴⁴ ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p. 169-189. p. 172.

⁴⁴⁵ Idem, p. 173.

⁴⁴⁶ PAIAS, Patrícia Rebello da Silva. **O regime jurídico das bases de dados- Direito de Autor versus copyright- direito sui generis**. Relatório apresentado no curso de mestrado em Direito intelectual na disciplina de Direito da Sociedade da Informação da Faculdade de Direito de Lisboa em 2005, sob coordenação dos Professores Doutores Dário Moura Vicente e José Alberto Vieira, 45 p., p.17.

⁴⁴⁷ A este respeito ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os direitos

entre o Direito Autoral e o da concorrência⁴⁴⁸. Não há propriamente tensão entre os dois direitos, antes existe é uma relação de interação, como destaca Bárbara Rosenberg: “o mau emprego – do ponto de vista do Direito antitruste – do termo monopólio no contexto da aplicação da legislação de proteção da Propriedade Intelectual, e dos mal-entendidos decorrentes da utilização inapropriada”⁴⁴⁹.

A questão do exclusivo, em si, constitui uma excepcionalidade para a concorrência, por isto se desenvolveu a teoria dos baldios, a que se refere José de Oliveira Ascensão, pois

se os bens intelectuais estivessem desapropriados, certamente elas não seriam devidamente cuidados; como se afirma que o não são as terras de propriedade coletiva dos habitantes dum lugar que constituem terrenos baldios. Os direitos exclusivos potenciarão a valia dos bens intelectuais e a análise econômica do Direito sobre a matéria, em relação aos programas de computadores enalteceu os grandes benefícios que resultariam da apropriação destes programas.(...) se houvesse essas vantagens todas, então a consequência lógica seria a da perpetuidade dos direitos intelectuais! Nunca deveriam cair em domínio público⁴⁵⁰.

Assevera o autor luso que a perpetuidade do exclusivo em Direito Autoral já existiu na Espanha e Portugal, tendo se constatado que as “consequências foram calamitosas. Assim, obras já clássicas de uso obrigatório no ensino, que eram da titularidade de editoras, foram exploradas através de edições más e caras, porque não sofriam concorrência. A situação só terminou com o Código de Autor de 1966”⁴⁵¹. O que demonstra que o monopólio econômico

de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p. 180.

⁴⁴⁸ Conforme adverte Bárbara Rosenberg “de um lado há o incentivo estatal à situação de exclusividade temporária (por vezes, monopólio) quando do reconhecimento de direitos de Propriedade Intelectual; de outro, o aparato estatal, por meio das autoridades competentes, busca fomentar a concorrência, coibindo as situações de monopólio, porque estas são tidas, de forma geral, como socialmente ineficientes”. ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p. 169-189. p. 174.

⁴⁴⁹ ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p. 169-189. p. 1174

⁴⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **A questão do domínio público**. I: Propriedade Intelectual – estudos em homenagem à professora Maristela Basso. CARVALHO, Patrícia Luciane de. Curitiba:Juruá, V. II, p.173.

⁴⁵¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **A questão do domínio público**. I: Propriedade Intelectual –

é nocivo para a sociedade e, por isto o Estado tem o poder de intervir diretamente contra práticas monopolísticas, a fim de regular a economia do mercado e propiciar o bem-estar social.

Se o monopólio é nocivo para o mercado, fica difícil sustentar, na atualidade, e de acordo com os compromissos sociais que o Estado brasileiro assumiu constitucionalmente, o exclusivo dos titulares de Direito da Propriedade Intelectual. Por esta razão, toma-se emprestada a indagação feita por José de Oliveira Ascensão: “a apropriação exclusiva valoriza a obra intelectual? A experiência portuguesa diz que sim. Mas infelizmente, essa valorização não foi para a cultura, para o público ou sequer para o autor: reverteu para os empresários”⁴⁵².

O exclusivo de exploração econômica, nada mais é do que uma solução dada pelo Estado, a fim de atender os interesses privados dos titulares de Direito e, ao mesmo tempo alcançar o bem-estar social. A lei, ao conceder o exclusivo, acaba criando artificialmente a rivalidade do consumo de bens que, a rigor, não poderiam ser apropriados, porque originariamente são públicos. Entretanto, o exclusivo permite o incentivo da produção de bens intelectuais, que após a duração de exploração econômica poderiam ser usufruídos livremente pelas pessoas, fomentando a concorrência. Daí dizer precisamente Karin Grau-Luntz que a garantia do exclusivo traz algumas consequências importantes, a saber:

O exclusivo é um meio para que se possa atingir um fim econômico, assim estimular a concorrência é promover condições para que o Estado possa gerar um bem estar social. A ordem jurídica não assegura um Direito exclusivo sobre o bem intelectual com o fim de enriquecer o seu titular, mas sim com a intenção de que esse Direito exclusivo venha a ser aplicado no mercado, desencadeando um processo econômico que se supõe gerador de eficiência, do que resultaria bem estar social. A proteção exclusiva não é assim um fim em si mesma, porém garantida dentro de uma lógica econômica que pressupõe a dinâmica concorrencial. É diferente de exclusividade que também pode ocorrer na Propriedade Intelectual, pelo viés fragmentário que apresenta. O exclusivo, considerado de forma destacada do mercado, não consubstancia nenhuma garantia de remuneração. A percepção do prêmio prometido ao titular do Direito exclusivo depende necessariamente de sua participação ativa no mercado. Dizendo de outra maneira, é no mercado que o prêmio do titular das faculdades patrimoniais ganhará corpo e dimensão. Quem dá a medida do prêmio pelo oferecimento do bem ao mercado é o próprio mercado. Ao

estudos em homenagem à professora Maristela Basso. CARVALHO, Patrícia Luciane de. Curitiba: Juruá, V. II, p.174.

⁴⁵² Idem, ibidem.

garantir o Direito exclusivo o Estado apenas transforma a informação (algo não passível de apropriação), em um bem intelectual (apropriável). O pressuposto estímulo concorrencial esperado pela concessão não é uma consequência direta dessa “transformação” mas, ao contrário, só surgirá quando e na intensidade da interação do bem intelectual à realidade do mercado⁴⁵³.

A dimensão do caráter exclusivo consiste em duas coisas, como lembra José Gomes Canotilho: “exclusividade de exercer as prerrogativas patrimoniais e o de impedir que outros utilizem a obra sem a sua autorização”⁴⁵⁴, mas ele pode vir a ser limitado frente aos abusos praticados por seus titulares.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar acerca do exclusivo no Direito Autoral, entretanto, a decisão não foi a mais adequada, pois entendeu que o exclusivo é absoluto e não pode ser derogado ou limitado, mesmo que isto implique prejuízos aos consumidores com o ingresso de novo produto no mercado. Assim, entenderam que a Lei Autoral somente admite as limitações previstas nos exatos termos da lei, olvidando-se que diante de abuso o Direito deve ceder.⁴⁵⁵

Outro julgado interessante do Supremo Tribunal Federal diz respeito ao notório monopólio exercido pelo Escritório Central de Arrecadação, que foi examinado alhures⁴⁵⁶.

⁴⁵³ GRAU-KUNTZ, Karin. **Direito de Autor e concorrência: uma visão dinâmica**. Slides da aula ministrada, em 2009, na Escola Superior de Magistratura do Distrito Federal – ESMARDF, fornecido, gentilmente pela autora.

⁴⁵⁴ Neste sentido: CANOTILHO, J.J.Gomes. **Liberdade e exclusivo na Constituição**. In: CANOTILHO, J.J.Gomes (coordenador). *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 224.

⁴⁵⁵ Neste sentido: DIREITO AUTORAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 666, I, DO COD. CIVIL, DIANTE DO ART. 153, PAR. 25, DA CONSTITUIÇÃO. DERROGAÇÃO DA REGRA DE DIREITO SUBSTANTIVO, NO TOCANTE AS COMPILAÇÕES, POR CONTRARIAR O PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ASSEGURA AOS AUTORES DE OBRAS LITERARIAS O DIREITO EXCLUSIVO DE UTILIZÁ-LAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. RE 83294 / RJ - RIO DE JANEIRO, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. BILAC, PINTO, Julgamento: 31/05/1977, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Publicação DJ 01-07-1977.

⁴⁵⁶ Neste sentido EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ECAD. ART. 99 E § 1º DA LEI Nº 9.610/98. ARTS. 5º, INCS. XVII E XX, E 173, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ente que não se dedica à exploração de atividade econômica, não podendo, por isso, representar ameaça de dominação dos mercados, de eliminação da concorrência e de aumento arbitrário de lucros, práticas vedadas pelo último dispositivo constitucional sob enfoque. De outra parte, a experiência demonstrou representar ele instrumento imprescindível à proteção dos direitos autorais, preconizada no inc. XXVIII e suas alíneas a e b do art. 5º da Constituição, garantia que, no caso, tem preferência sobre o princípio da livre associação (incs. XVII e XX do mesmo artigo) apontado como ofendido. Cautelar indeferida. ADI 2054 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, MEDIDA

Acredita-se, que a medida em que os conflitos entre Direito Autoral e da Concorrência forem postos ao jugo do poder judiciário, as decisões irão apreciar de forma mais precisa estas questões.

Por fim, reitera-se que o Direito exclusivo dá ao titular a possibilidade de “excluir” terceiros de seu acesso ou fruição da obra, mas sua atitude não pode ser abusiva. Assim, o emprego da expressão “monopólio” como direitos exclusivos sobre criações intelectuais consiste numa consideração de prevalência entre o interesse público em detrimento dos interesses privados.

Porém, como bem observa Denis Borges Barbosa, monopólio jurídico equivaleria ao exclusivo, o que não ocorre com a noção de monopólio econômico, pois como esclarece o autor “a exclusividade recai sobre um meio de se explorar o mercado, sem evitar que, por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade de mercado”.⁴⁵⁷

Daí a necessidade de se conhecer os meios capazes de coibir o excesso de titularidades dentro do sistema jurídico brasileiro e que perpassam pelo reconhecimento da função social e da concretização dos direitos fundamentais. Ao contrário de se negar a influência da economia é necessário destacar que constitui obrigação do Estado Social uma análise humanizada do problema e não uma visão estritamente mercantil.

A propriedade deve atender a sua função social, com o objetivo de garantir o bem-estar da sociedade, pois esta responsabilidade social não pertence somente ao Estado, mas também aos particulares. Como recorda Denis Borges Barbosa o “Estado Social significa não apenas obrigação social da comunidade em relação aos seus membros, como ainda obrigação social destes entre si e perante a comunidade como um todo”.⁴⁵⁸

Como se pôde observar anteriormente, o artigo 5º, incisos XXVIII e XXIX não

CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Julgamento: 17/11/1999, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 10-03-2000 PP-00003, REQTE.: PARTIDO SOCIAL TRABALHISTA – PST, REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA, REQDO.: CONGRESSO NACIONAL. Curiosa é a interpretação desta decisão face a outra decisão apresentada no capítulo anterior.

⁴⁵⁷ BARBOSA, Denis Borges. A Criação de um Ambiente Competitivo no campo da Propriedade Intelectual – O caso sul americano. Novembro de 2005. <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/Barbosa%20FINAL%20formatado.pdf>.

⁴⁵⁸ Idem, ibidem.

previram textualmente a obrigatoriedade de atenção à função social como o fez em relação às invenções. Contudo, a própria redação retoma toda a controvérsia acerca da natureza jurídica do Direito Autoral, se é propriedade ou não, em especial quando se atenta para o aspecto personalíssimo que nem sequer foi previsto de forma expressa a nível constitucional. Porém como se optou desde o início do trabalho em considerar o Direito Autoral como sendo um Direito de Propriedade, no sentido de ser suscetível de apropriação privada em caráter funcional, não há como renegar-lhe a obrigatoriedade do cumprimento da função social como se referiu no capítulo anterior.

Da mesma forma, quando o artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal garante o Direito de Propriedade, esta norma deve ser analisada em conjunto com o inciso XXIII onde se prevê que a propriedade deve atender à sua função social. E isto tudo sem esquecer que no artigo 170 a propriedade privada é considerada princípio da ordem econômica o que por si só a condiciona a sua função social.

O exercício do exclusivo pelos seus titulares vem entrando em conflito com outros interesses constitucionalmente protegidos, fenómeno que não é exclusivo do Brasil, uma vez que a União Europeia e os Estados Unidos já vêm identificando este problema.

3.3 LIMITAÇÕES NO DIREITO AUTURAL

Os diversos interesses que estão presentes na relação autoral obrigam que o intérprete/aplicador do Direito tenha o alcance exato destes, para que, no caso concreto, possa analisar os problemas relativos à sua limitação partindo de premissas corretas⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ Neste sentido Allan Rocha de Souza destaca que “entre os diversos interesses que devem ser coordenados pode-se apontar como essenciais os seguintes: a) o interesse geral, pelo qual o Direito de Autor destina-se a servir para o desenvolvimento cultural, que também é educacional; b) o interesse dos consumidores, a quem afinal não cabe apenas o papel de absorver passivamente os postulados dos titulares; c) o interesse empresarial, que consubstancia na equação entre investimento, risco, tempo e lucro, devendo ser diretamente admitido, e não travestido como interesse do criador; d) os interesses das entidades de gestão coletiva, que são diversos de seus representados, ainda mais quando sua adesão é forçosa; o interesse de prestadores de atividades culturais, que são os titulares dos direitos conexos e inclui todos os casos de prestações relevantes na coordenação, utilização e exploração dos bens intelectuais, e, e) os interesses do criador intelectual, que será valorizado quando estiverem claramente todos os interesses expostos, lucrando o autor com o afastamento de interesses alheios fazendo passar por de autores, permitindo o ultrapassar da situação de minoridade onde encontra-se como pessoa de quem se fala e por quem se fala, e raramente sendo a pessoa que fala”. SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**. In: Revista de Direito Autoral, Ano II, número IV, fevereiro de 2006, p.151-152.

As limitações e exceções dos direitos autorais podem ser praticamente consideradas como sinônimas. Contudo, é bom destacar que as limitações estão mais relacionadas a um certo grau de redução do Direito exclusivo do autor, enquanto que as exceções relacionam-se à supressão deste Direito exclusivo que está previsto na legislação interna⁴⁶⁰. Em termos práticos, esta diferenciação não é de suma importância, tanto que a maioria das legislações utilizam ambas expressões. Apesar disso, prefere-se utilizar a expressão limitação ou restrição, pois a exceção atua de fora para dentro.

Outro aspecto a ser apontado é o uso equivocado das expressões limitação como sinônimo de licença, pois elas apresentam diferenças. A limitação pressupõe uma intervenção do Estado no Direito exclusivo concedido ao titular de Direito Autoral em prol do interesse público. As limitações implicam ausência de pagamento de royalties e devem ser toleradas pelos titulares. Já na licença, o titular do Direito tem de se manifestar acerca da autorização do uso da obra ao interessado, concedendo-a ou não, de forma gratuita ou onerosa.

Feitas estas breves observações, é oportuno destacar que um dos temas mais melindrosos na atual Sociedade da Informação é o de estabelecer o equilíbrio entre a liberdade de acesso à informação e os direitos exclusivos dos autores e/ou titulares de direitos, tanto mais porque o reconhecimento do sistema do Direito de Autor (regra dos três passos) acarreta a enumeração taxativa e interpretação restrita dos limites estabelecidos nas legislações que, por sua vez, as disciplinam de forma variada. No Brasil o capítulo das limitações e exceções está prevista nos artigos 46 a 48 da Lei nº 9.610/98, seguindo as orientações da Convenção de Berna.

Esta situação complexa obriga ao uso de um artigo muito interessante, de autoria de um dos maiores autoristas da atualidade, Peter Bernt Hugenholtz, intitulado "Rights, limitations and exceptions: striking a proper balance", no qual o professor holandês estrutura todo o seu trabalho sobre os limites e exceções dos direitos autorais na Sociedade da Informação em um filme: "Fierce Creatures" (no Brasil, "Ferocidade Máxima"), que se passa em um zoológico, com animais ferozes, inofensivos e estranhos. Segundo o autor, o zoológico corresponderia ao instituto do Direito Autoral e os animais aos limites e exceções impostos a

⁴⁶⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. La protección internacional del derecho de autor y los derechos conexos. Ob. cit., p.37.

este direito⁴⁶¹.

Como não poderia deixar de ser, a existência de limites e exceções dos direitos autorais, independente dos motivos pelos quais eles foram impostos, torna-os verdadeiras ferramentas que a Sociedade da Informação dispõe para dirimir o contrapeso existente entre a proteção do Direito exclusivo do autor e o Direito à liberdade de acesso e uso das obras protegidas⁴⁶².

Diante do que foi acima transcrito, mister conhecer estes "animais" fundamentais para o equilíbrio do sistema do Direito Autoral na Sociedade da Informação, a começar por algumas considerações gerais sobre estes.

Noções gerais sobre os limites e exceções dos direitos autorais

O princípio da liberdade norteia toda a base do Estado Democrático de Direito, atingindo assim todos os interessados, nomeadamente o autor, que tem o Direito exclusivo de escolher a forma e o procedimento como sua obra será explorada⁴⁶³. Esta liberdade por vezes entra em conflito com o interesse social de acesso a estas obras. Para resolver esta colisão, de princípios fundamentais do Direito a solução passa pela esfera legislativa e jurídica, com o estabelecimento de limitações e a aplicação/interpretação das mesmas feitas pelos

⁴⁶¹ Textualmente, o autor diz em sua introdução: "In this most recent movie (Fierce Creature, a sequel to A fish called Wanda) John Clesse plays the role of a zookeeper with a mission. His mission to make the zoo more commercial. To this end a business plan is developed, including a number of money making schemes, some obvious (animals may carry advertising), some less so. The film turns on the plan's most controversial proposal: to exterminate all harmless animals, preserving, only the fierce creatures (that bite). The film reminds me, somehow, of today's and tomorrow's conference theme. Copyright exceptions are curious animals, they come in a wide and wild variety. Some exceptions are harmless, some strange, some stink; some are essential, some can be missed; some are friendly, others bite. Let's have a look at a few of the stranger species in this zoo" (HUGENHOLTZ, Bernt. Rights, limitations and exceptions: striking a proper balance. Ob. cit.).

⁴⁶² Destaca Peter Bernt Hugenholtz em sua conclusão: Will exemptions be preserved or are they heading for extinction? Nature tells us the answer. For a healthy equilibrium we need not only cows and sheep, but lions, monkeys and an occasional wolf. Exemptions may bite, from time to time, but they serve an important cause. Let's keep them in our zoo! Nature teaches us another lesson. Diversity is a sine qua non for evolution. As the examples in the beginning of my speech have demonstrated, many exemptions have their origin in diverse social or cultural circumstances. Efforts to harmonize the law on a regional or global level must take these differences into account. I therefore would strongly oppose any instrument of harmonization in which exemption are enumerated in an exhaustive manner. We must not, as they say in the Netherlands, 'shave all sheep over the same comb'. Ibid.

⁴⁶³ Neste sentido, ver: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.166.

Tribunais⁴⁶⁴.

As limitações impostas ao Direito Autoral⁴⁶⁵ restringem-se ao Direito exclusivo do autor e/ou titular de direitos ou beneficiários de direitos conexos de explorar economicamente a sua obra, ou seja, as limitações referem-se aos direitos patrimoniais, uma vez que os direitos morais, pelo menos os básicos (paternidade e integridade), devem ser respeitados independentemente do ambiente ser digital ou não. Os motivos da imposição destes limites estão relacionados ao interesse público que o próprio Estado tem de conceder acesso das obras à sociedade⁴⁶⁶.

Desde que surgiu a proteção autoral, sempre foi óbvio que a concessão de exclusivo ao titular de Direito implicava restrição da liberdade de acesso às criações, por razões de interesse público como dito acima, pois como lembra José de Oliveira Ascensão “justificavam-se por a atribuição dos direitos, recompensando o autor, estimular a criatividade”⁴⁶⁷.

Ademais, a preponderância dos interesses públicos em relação ao privado se dava com o regresso da obra ao domínio público fazendo com que “a extensão da protecção não era ditada por estes, mas pelo benefício público decorrente da outorga temporária do exclusivo”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Quando se fala em aplicação/interpretação dos tribunais, quer-se fazer duas observações: primeiro, entende-se que a aplicação da lei implica interpretação da mesma; segundo, que, apesar dos limites dos direitos autorais estarem submetidos no plano internacional a um sistema taxativo e de interpretação restritiva, entende-se que esta regra não deve ser absoluta, podendo e devendo os operadores do Direito utilizar-se de princípios gerais do direito, como o do uso lícito, quando se deparem com conflitos entre Direito autorais e Direito à informação, tanto mais na atual Era do Conhecimento.

⁴⁶⁵ Vale destacar que é possível encontrar limitações ao Direito moral do autor na legislação Brasileira, contudo ela não se encontra em capítulo específico, porque as prerrogativas morais do autor têm, dentre outras características, a inalienabilidade, imprescritibilidades, permanecendo sempre com o autor da obra. Por esta razão quando se fala em limitações ao Direito de Autor está a se falar das exceções ao exercício pleno do Direito exclusivo do autor e/ou titular do direito, portanto do seu aspecto patrimonial. A respeito vale a leitura da tese de Bruno Lewicki e as observações de José de Oliveira Ascensão.

⁴⁶⁶ Neste sentido, aduz Delia Dipszyc que “Algunas han sido motivadas por razones de política social (las necesidades de la sociedad en materia de conocimiento e información), otras por la necesidad de asegurar el acceso a las obras y su difusión a fin de satisfacer el interés público general. Como enseña Delgado, su justificación, en la mayoría de los casos, radica en una composición equitativa, cuando no legítima, de la tríada de intereses concurrentes en las producciones intelectuales, a saber, los del autor, los de los explotadores empresariales de las obras y los del público en general”. LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Ob. cit., p.219.

⁴⁶⁷ Neste sentido ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Intelectual em Metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, ano II, número IV, fev. 2006, p. 04

⁴⁶⁸ Idem, p. 05.

Porém, os mesmos interesses públicos fizeram com que o legislador, ao definir o conteúdo da Lei Autoral, introduzisse limitações do exercício do exclusivo ao titular de Direito Autoral. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho “a lei proíbe o autor de proibir, certos actos de utilização da sua obra. Por via de lei, ele perde o Direito de exclusiva, assim como o Direito à remuneração”⁴⁶⁹.

Outro aspecto que não pode deixar de ser observado é que as limitações estão sujeitas a uma interpretação restritiva e submetidas a uma enumeração fechada⁴⁷⁰, não afetando os direitos morais, motivo pelo qual as limitações somente podem ser aplicadas após a primeira publicação, ou seja, após o exercício do Direito de divulgação⁴⁷¹.

A interpretação restritiva e a sujeição a uma enumeração taxativa devem ser bem entendidas pelos intérpretes/aplicadores do direito, sob pena de causarem uma grave lesão a outros direitos fundamentais, por se esquecerem que o absoluto cede diante da exceção. Se esta exceção decorre de outros direitos fundamentais, que atendem ao interesse público, é adequado e necessário que o interesse particular do titular de Direito Autoral não deve prevalecer no caso que for apreciado.

Assim, a interpretação é restritiva no sentido de que a própria Lei Autoral é uma lei excepcional frente a outras, o que exige uma análise apurada dos direitos postos em jogo num caso concreto. O mesmo se diga em relação a enumeração taxativa. Quando se fala em *numerus clausus* está a se falar em hipóteses de limitações intrínsecas previstas na Lei Autoral, mas isto não quer dizer que constituem elas as únicas hipóteses de limitações, como lembra Bruno Lewicki:

o jurista, ao efetivar a interpretação sistemática das limitações aos direitos do autor – e tendo em mente que tais limites são as mais visíveis demonstrações da relativização dos institutos autorais – não

⁴⁶⁹ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Liberdade e exclusivo na Constituição**. In: CANOTILHO, J.J.Gomes (coordenador). Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 228-229.

⁴⁷⁰ É evidente que esta interpretação restritiva pode e deve ser ponderada pelos Tribunais quando existir hipótese de conflito entre direitos fundamentais, como por exemplo, o Direito de acesso à educação, à informação e à cultura. Para tanto utiliza-se o princípio da proporcionalidade para verificar no caso concreto quais das normas devem preponderar, e a preponderância de uma delas não acarretará o desaparecimento ou subjunção da outra sempre, mas apenas indica a preponderância de uma em relação a outra no caso específico.

⁴⁷¹ Ibid., p.219-220.

pode deixar de levar em conta a mais evidente face do movimento de perda do caráter absoluto dos direitos, qual seja, o abuso do direito. O abuso do direito, por si só, já tornaria inócua a discussão sobre se são, ou não, “taxativas” as limitações da Lei nº 9.610/98.⁴⁷²

De fato, é insustentável admitir uma “interpretação restritiva” do que o Direito Autoral entende por enumeração taxativa das limitações e sua interpretação restritiva. A notar que a presente tese sustenta, justamente, a possibilidade de restrição do exclusivo pelas chamadas limitações extrínsecas.

Quanto à classificação, Delia Lipszyc orienta que as limitações se dividem em de utilização livre e gratuita e sujeitas à remuneração, podendo analisá-las sob três aspectos: a primeira, quanto à sua extensão (se de utilização livre e gratuita e submetidas a licenças não-voluntárias), a segunda quanto às razões que as motivam (de ordem educativa, cultural, humanitária, liberdade de expressão, *etc.*) e a terceira quanto ao âmbito em que se pode realizar a utilização autorizada (destinação para uso público ou privado)⁴⁷³.

Outros autores, como Bernt Hugenholtz, as dividem em três categorias: as relacionadas aos direitos fundamentais (*e.g.*, liberdade de expressão, paródias, uso privado, informação, *etc.*), aos interesses públicos (ensino, cultura, bibliotecas, arquivos, *etc.*) e por necessidades do mercado (para venda de aparelhos de música, imagem, em restaurantes, *etc.*)⁴⁷⁴.

Por questões pragmáticas, prefere-se seguir a linha da professora argentina, dividindo as limitações em duas grandes categorias: as de utilização livre e gratuita e as sujeitas à remuneração (licenças compulsórias), inserindo nas mesmas as modalidades comumente encontradas nas legislações internacionais.

Das limitações de utilização livre e gratuita

Nas limitações de utilização livre e gratuita é permitida a utilização da obra sem a

⁴⁷² LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos direitos do autor**: releitura na perspectiva do Direito civil contemporâneo. Tese de Direito defendida na Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007. p. 222.

⁴⁷³ *Ibid.*, p.220-221.

⁴⁷⁴ HUGENHOLTZ, Bernt. **Rights, limitations and exceptions: striking a proper balance**. Ob. cit.

necessidade de autorização e de obrigação de pagamento ao autor e/ou titulares de direitos pelo uso das mesmas⁴⁷⁵.

Uma vez respeitados os direitos morais clássicos, admite-se a utilização de obras, independente da autorização do autor e/ou titular de direitos e de pagamento correspondente.

Limitações não-voluntárias ou compulsórias

Consideram-se licenças não voluntárias ou compulsórias, aquelas que permitem a utilização das obras sem a autorização do autor, mas com a obrigação de remunerar, compensar economicamente o autor e/ou titular dos direitos. Subdividem-se em licença legal e licença obrigatória. Conforme destaca Bruno Jorge Hammes, “as primeiras são constituídas pelos casos em que a lei permite a utilização por terceiros, sem a autorização do autor, mas exige que se pague uma retribuição adequada. As últimas seriam impostas pelo magistrado ou autoridade administrativa (p. ex. INPI) em certos casos concretos para reprimir monopólios”⁴⁷⁶.

O Brasil não tem esta espécie de limitação⁴⁷⁷ e, em regra geral, assim ocorre nas legislações dos países latinos, com exceção de Cuba (artigo 40), com amparo no Anexo da Convenção de Berna e em sua própria legislação interna, Colômbia (artigos 71 e seguintes) e Equador (artigos 105 e seguintes), que previram a remuneração por cópia privada⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ A este respeito, adverte Delia Lipszyc que “las utilizaciones libres y gratuitas están siempre sometidas al cumplimiento de ciertas condiciones fijadas por la ley, sobre todo en lo concerniente a las modalidades y el alcance de la utilización y a la protección del derecho moral del autor. Por consiguiente, el uso puede hacerse dentro de los límites estrictos de la excepción, y el usuario debe mencionar el nombre del autor, del título de la obra y de la fuente de publicación y abstenerse de efectuar modificaciones a la obra”. LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Ob. cit., p.222.

⁴⁷⁶ HAMMES, Bruno Jorge. Ob. cit., p.89.

⁴⁷⁷ Neste sentido, ver HAMMES, Bruno Jorge. Ibid., p.89.

⁴⁷⁸ Delia lipszyc aponta os requisitos das licenças não-voluntárias “1) Las licencias no voluntarias pueden conferir únicamente un derecho exclusivo. 2) Son inaccesibles. 3) No deben lesionar, en ningún caso, el derecho moral del autor. 4) Deben asegurar el derecho del autor a recibir una remuneración equitativa mediante la fijación de tarifas o bien instituyendo una instancia judicial o arbitral encargada de establecerlos en caso de que las partes no arriben a un acuerdo amistoso. 5) Sus efectos se limitan al país que las ha establecido”. LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Ob. cit., p.240-241.

Os casos de licenças compulsórias (legais ou obrigatórias), como se viu, são poucos. Contudo, a Diretiva da União Européia sobre a harmonização de determinados aspectos dos direitos de autor e conexos para a Sociedade da Informação estabeleceu limitações legais a praticamente todas as obras que eram, até então, de uso livre e gratuito. No entanto, nos casos em que a remuneração compensatória não foi estabelecida, foram impostas medidas tecnológicas de modo a impedir a utilização das obras pelos usuários no ambiente digital, pois está condicionado ao acesso restrito e à remuneração equitativa.

Em termos gerais, as utilizações compulsórias referem-se à remuneração por cópia privada, por licenças não-voluntárias para a reprodução mecânica e licenças não-voluntárias para a radiodifusão e distribuição por cabo de programas radiofônicos. Como destaca Mónica Torres Cadena, a remuneração por cópia privada objetiva diminuir os prejuízos causados aos editores, autores, artistas intérpretes ou executantes face ao uso privado, que dispensa autorização e pagamento a estes beneficiários⁴⁷⁹.

Já no que diz respeito à reprodução mecânica de fonogramas, se limita ao território em que foi concedida a licença, a radiodifusão e distribuição por cabo de programas radiodifundidos devem ser transmitidas simultaneamente, de forma inalterada e dentro do território que foi concedida a licença. Em ambos os casos busca-se facilitar a difusão das informações (obras).

Há ainda a figura da licença compulsória que é remunerada, ao contrário do que ocorre no Direito Autoral, onde inexistente esta possibilidade. A Lei nº 9.279/96 dispõe, de forma detalhada, os casos que permitem a licença compulsória e o seu processamento⁴⁸⁰.

Por fim cabe lembrar que o ADPIC/TRIPS impõe requisitos específicos para a concessão da licença compulsória⁴⁸¹. Da mesma forma vale lembrar que em matéria de

⁴⁷⁹ TORRES CADENA, Mónica. Excepciones y limitaciones relativas a los derechos de autor y conexos. Los problemas de la "regla de los tres pasos". Particular referencia al derecho de remuneración equitativa por la copia para uso personal de las obras impresas. In: **El derecho de autor y los derechos conexos y su gestión colectiva en la sociedad de la información (Octavo curso académico regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina)**. Santa Cruz de la Sierra: OMPI/SGAE, octubre de 2001.

⁴⁸⁰ Veja artigos 68 a 74 da Lei nº 9.279/96. Para maiores detalhes veja TINOCO SOARES, José Carlos. **Lei de patentes, marcas e direitos conexos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 111 a 123.

⁴⁸¹ **SEÇÃO 8: CONTROLE DE PRÁTICAS DE CONCORRÊNCIA DESLEAL EM CONTRATOS DE**

patentes o TRIPS dispõe regras semelhantes a regra dos três passos⁴⁸².

Limitações intrínsecas e extrínsecas

José de Oliveira Ascensão faz uma análise preciosa acerca dos problemas atuais das limitações frente o Direito exclusivo concedido ao titular de Direito Autoral :

Aliás, vimos já que na Constituição o aspecto pessoal é praticamente omitido. Mesmo na lei ordinária as faculdades pessoais estão claramente deprimidas, em confronto com as patrimoniais. Os direitos exclusivos têm pois limites; e não podem deixar de os ter, por força do princípio constitucional da função social da propriedade. **Os direitos exclusivos, que são criados tendo em vista um interesse social, não podem na sua existência ignorar a função social que os justifica. Assiste-se porém, também neste domínio, a uma evolução anômala. Já dissemos que se desencadeou uma ofensiva geral contra os limites dos direitos exclusivos. Ou então, transformam-se esses limites em direitos de remuneração, o que significa do**

LICENÇAS ARTIGO 40 1 - Os Membros concordam que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de Propriedade Intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia. 2 - Nenhuma disposição deste Acordo impedirá que os Membros especifiquem em suas legislações condições ou práticas de licenciamento que possam, em determinados casos, constituir um abuso dos direitos de Propriedade Intelectual que tenha efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante. Conforme estabelecido acima, um Membro pode adotar, de forma compatível com as outras disposições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, **que podem incluir, por exemplo, condições de cessão exclusiva, condições que impeçam impugnações da validade e pacotes de licenças coercitivos, à luz das leis e regulamentos pertinentes desse Membro.** 3 - Cada Membro aceitará participar de consultas quando solicitado por qualquer outro Membro que tenha motivo para acreditar que um titular de direitos de Propriedade Intelectual, que seja nacional ou domiciliado no Membro ao qual o pedido de consultas tenha sido dirigido, esteja adotando práticas relativas à matéria da presente Seção, em violação às leis e regulamentos do Membro que solicitou as consultas e que deseja assegurar o cumprimento dessa legislação, sem prejuízo de qualquer ação legal e da plena liberdade de uma decisão final por um ou outro Membro. O Membro ao qual tenha sido dirigida a solicitação dispensará consideração plena e receptiva às consultas com o Membro solicitante, propiciará adequada oportunidade para sua realização e cooperará mediante o fornecimento de informações não confidenciais, publicamente disponíveis, que sejam de relevância para o assunto em questão, e de outras informações de que disponha o Membro, sujeito à sua legislação interna e à conclusão de acordos mutuamente satisfatórios relativos à salvaguarda do seu caráter confidencial pelo Membro solicitante.

⁴⁸² **Em matéria de marcas, ARTIGO 17 Exceções** Os Membros poderão estabelecer exceções limitadas aos direitos conferidos para uma marca, tal como o uso adequado de termos descritivos, desde que tais exceções levem em conta os legítimos interesses do titular da marca e de terceiros. E em matéria de patentes **ARTIGO 30 Exceções aos Direitos Conferidos** Os Membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando em conta os interesses legítimos de terceiros.

mesmo modo pôr termo a uma zona de liberdade. Invocam-se argumentos absurdos, desde logo a própria qualificação como propriedade que tornaria tais direitos absolutos - quando justamente sobre a propriedade recai expressamente o princípio constitucional da função social. Por maioria de razão, os direitos de exclusivo, que representam em si indesejáveis monopólios, não podem deixar de estar sujeitos a limites que os reconduzem ao interesse social. Mas também neste domínio a Comunidade Européia chegou a um máximo. Não temos dúvidas em afirmar que no Brasil uma restrição drástica dos limites dos direitos de exclusivo, nomeadamente no que respeita ao uso privado, contrariaria o princípio constitucional da função social⁴⁸³. (grifei)

As limitações intrínsecas ao Direito Autoral são aquelas hipóteses previstas na própria Lei Autoral, enquanto que as extrínsecas são as que decorrem do exercício de outros direitos frente ao autoral, como é o caso dos direitos humanos, da concorrência e do consumidor, apenas para citar alguns exemplos.

Como adverte José de Oliveira Ascensão as limitações extrínsecas estão “fundadas em noções de ordem pública, de segurança e defesa dos bons costumes, que atinjam o exercício dos direitos, de forma a excluí-los ou limitá-los”⁴⁸⁴, podendo ver que o Direito Autoral não as exclui quando observa que

A existência de um Direito de Autor nunca é argumento contra estas restrições. A própria Convenção de Berna o reconhece no art. 17, ao dispor que a Convenção não atinge o Direito dos governos de permitir, vigiar ou proibir, por disposições legislativas ou de polícia interna, a circulação, a representação ou a exposição de qualquer obra ou produção”⁴⁸⁵.

José de Oliveira Ascensão, ainda sobre o tema, observa que com a tendência mundial de redução das limitações intrínsecas, vem surgindo, aos poucos, a necessidade da aplicação das extrínsecas, a fim de coibir os excessos praticados pelos titulares de direito; a notar que a própria “Court of Appeal advertiu expressamente que poderiam ser necessárias novas

⁴⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade**. São Paulo: Revista da ABPI, nº 59, jul/ago de 2002, p. 40-49.

⁴⁸⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 269.

⁴⁸⁵ Idem, ibidem.

restrições dos direitos exclusivos para a protecção de direitos humanos”⁴⁸⁶.

Os direitos autorais sofreram um forte impacto no que diz respeito às limitações e exceções no ambiente digital, observando-se uma tendência da comunidade internacional em torná-los cada vez mais taxativos, ao estabelecer uma enorme lista de restrições, mas permitindo na prática a supressão de muitas destas mediante o emprego de dispositivos tecnológicos, o que vai contra o dinamismo, atualmente, exigido.

Estes são os motivos pelos quais as limitações extrínsecas não se encontram dentro do ordenamento autoral, mas sim em outros ramos do direito, notadamente, no Direito da informação, do consumidor e da concorrência.

No que respeita ao Direito da informação, o paradoxo entre este e o Direito Autoral é um fato incontestável, existindo a coexistência de direitos diferentes: um de ordem particular (autoral) e outro de ordem público (usuários em geral). As legislações atuais, como a Diretriz que busca harmonizar os direitos autorais na sociedade da informação acabaram por restringir o acesso às obras que circulam na internet, de tal maneira que as limitações intrínsecas praticamente deixaram de existir. Isto porque, as que estão permitidas, também estão restritas por medidas tecnológicas.

Em relação ao Direito do Consumidor, pouco se fala, em razão de não se pensar no usuário da obra protegida como verdadeiro consumidor das obras colocadas à disposição na Internet.

O Direito da Concorrência, que tomou relevância para o Direito Autoral com o surgimento da Internet, apresenta inúmeros questionamentos. Ele atinge o Direito Autoral para coibir a voracidade econômica com que os titulares de Direito Autoral vêm exercendo na sociedade.

A utilização de limitações extrínsecas é necessária para coibir estes excessos praticados pelos titulares de Direito Autoral também no Brasil, pois contrariam os compromissos sociais assumidos pelo Estado na Constituição Federal. O excesso de

⁴⁸⁶ Neste sentido ASCENSÃO, José de Oliveira. **O fair use no Direito Autoral**. Direito da sociedade da informação:Coimbra, v. VI, p. 105.

titularidade é uma recente preocupação dos autoralistas, que, aos poucos vem reconhecendo a sua necessidade de utilização, como se pode notar das palavras de Leonardo Poli:

Trilhando tais caminhos não se poderá mais falar em proteção do autor, mas em proteção do fornecedor de bens culturais ou tecnológicos. A tutela deixa de se estímulo à criação e se constitui estímulo à comercialização. (...) **essa excessiva proteção aos direitos patrimoniais, restringindo o uso privado, é prejudicial tanto aos interesses individuais quanto aos interesses sociais.** Segundo Klein, graças à excessiva proteção, o abuso do Direito Autoral é uma indústria crescente. São constantes os abusos praticados por titulares de direitos autorais, chamados de fanfarrões do Copyright. (...) A lesão aos interesses sociais se apresenta no momento em que a excessiva proteção gera uma espécie de censura privada: privatiza-se a linguagem, o discurso e a cultura. É lamentável constatar a vocação colonial de nosso legislador que começa a infiltrar em nossa legislação a concepção comercialista do copyright justo no momento em que ela começa a ser revista em seu país de origem (EUA) onde o instituto do fair use ganha mais força. Dessa forma, ao passo que o Direito patrimonial do autor tem sido visto sob o prisma do liberalismo, como um poder ilimitado do autor sobre a obra, a enumeração legal de seus respectivas limitações tem sido interpretada restritivamente como se os casos ali previstos já implicassem ônus excessivo para o autor. Ocorre que, cada uma das limitações previstas na LDA decorrem da recepção legal de um ou outro princípio constitucionalmente garantido, que em determinadas situações pode ser considerado o Direito á intimidade (...)”⁴⁸⁷.(grifei)

A ameaça do desaparecimento destes limites em favor dos usuários faz nascer e fortalecer a presença dos limites extrínsecos de natureza diversas, que vão assumir o papel das limitações intrínsecas que estão sendo retirados pelos legisladores à mercê dos interesses dos usuários como consumidores de obras protegidas, como usuários que tem acesso à informação que é transmitida na rede e pelos atos anticoncorrenciais que os usuários e autores vêm sofrendo de maneira impune.

Este quadro atual vem demonstrar que o Direito Autoral está sofrendo interferências exteriores que já estão provocando um novo desenho deste instituto jurídico, como os apontados ao longo deste capítulo, e é sobre ele que os principais autoralistas estão se

⁴⁸⁷ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral – Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 80-81.

voltando.

No caso do Direito da Concorrência, em específico, a Comunidade Européia já vem conjugando a “finalidade primária” de defesa da livre concorrência com o exclusivo assegurado pelos direitos intelectuais⁴⁸⁸.

No emblemático caso Magill a invocação do Direito Autoral foi afastada por consideração ao abuso de posição dominante. Este caso, como se examinará no próximo capítulo, envolveu a publicação de guias semanais de programação de televisão e a as emissoras envolvidas, dentro de uma lógica do copyright, se valeram do Direito exclusivo para impedir o uso de sua obra protegida. Embora não se tenha rejeitado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias o Direito exclusivo do titular, entenderam que a proibição excedia o que era necessário para assegurar a protecção do Direito de Autor, e com isso, incorria num abuso de posição dominante⁴⁸⁹.

Já no que diz respeito ao Direito do Consumidor, além da interface clara que ele assume com o Direito Autoral e o próprio Direito da Concorrência, como se pode constatar no citado caso Magill, com o impossibilidade de surgimento de novo produto no mercado, há ainda outras hipóteses de incidência⁴⁹⁰.

Tanto o Direito Autoral como os direitos à informação ou Direito de acesso à informação e Direito da cultura podem ser considerados um caminho pelo qual as pessoas adquirem cultura e os povos se desenvolvem. Diz-se cultura, primeiro porque resguarda o Direito do autor e/ou titular do Direito que cria a obra, e o segundo porque, com a custódia e a contribuição, a difusão do mesmo aflora uma noção de equilíbrio. O que se busca, através dos limites impostos pelas leis e tratados, em última análise, é o desenvolvimento da pessoa humana e da coletividade.

Fair use e regra dos três passos

Ainda, é oportuno destacar que em matéria de limitações o sistema do copyright

⁴⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O fair use no Direito Autoral**. Direito da sociedade da informação:Coimbra, v. VI, p. 105.

⁴⁸⁹ Idem, p. 106.

⁴⁹⁰ Idem, ibidem.

apresenta peculiaridades em relação ao do *droit d'auteur*, sistema adotado no Brasil.

O sistema de *copyright* é utilizado em países cuja tradição jurídica é a da *common law*, tais como os Estados Unidos, o Canadá, a Inglaterra, a Austrália, entre outros, que em matéria de Direito de Autor estão mais direcionados à atividade de exploração das obras e à comercialização destas; já o sistema de Direito de Autor está inserido dentro de uma concepção jurídica romano-germânica, sendo adotada pelos países que acompanham esta opção legislativa que, ao contrário do sistema do *copyright*, confere uma proteção mais individualista centrada na figura do autor da obra.

Daí a necessidade de se estabelecer uma diferenciação entre estes sistemas de proteção, basicamente no que diz respeito à finalidade de proteção, ao objeto de proteção, ao conceito de obras, à autoria e titularidade, aos direitos morais, às formalidades, aos direitos patrimoniais e às limitações e exceções dos direitos autorais⁴⁹¹.

Estabelecer estas diferenciações é importante, porque muitos doutrinadores⁴⁹², diante da falta de uma regulamentação do ciberespaço, buscam as soluções dos limites dos direitos autorais com base no sistema de *copyright*, o que é perigoso, pois o alicerce da proteção mundial dos direitos autorais está calcado no sistema do Direito de Autor.

De regra, as limitações impostas aos direitos autorais se subdividem em duas categorias: as relativas ao uso público, quando existe a obrigatoriedade de autorização do autor e respectivo pagamento pelo uso da obra, e as relativas ao uso privado, onde não há necessidade do pagamento e autorização prévia do autor, pois a utilização se dá em ambiente familiar, para fins religiosos, de educação, enfim, em locais onde não existe a noção do

⁴⁹¹ As diferenciações examinadas nos itens seguintes foram elaboradas a partir das seguintes obras: LIPSZYC, Delia. Ob. cit., p.39-54; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Propiedad intelectual, derecho de autor y derechos conexos. Ob. cit., p.16-19; HAMMES, Bruno Jorge. Ob. cit., p.161-168; HERNÁNDEZ ARROYO, Pablo. Ob. cit.

⁴⁹² É o caso de Isaac Pilati, que aduz: "Na verdade, a Internet está decretando a dessuetude da legislação vigente, de direitos autorais; as demandas judiciais, especialmente aquelas travadas nos Estados Unidos, deverão indicar novos caminhos a tomar" (PILATI, Isaac. Ob. cit.). Contudo, concorda-se com o autor no sentido de que o importante é estar atento à defesa dos interesses gerais da liberdade na Internet (a censura nunca foi boa parceira) e da cultura (no que respeita aos direitos autorais). A tendência parece apontar para uma redefinição das limitações ao Direito Autoral e para o barateamento da utilização, em face da massificação e dos baixos custos de distribuição.

público⁴⁹³.

Esta observação é oportuna, porque utiliza-se o termo *fair use* para designar os limites relativos ao uso privado, seja no sistema do *copyright* ou no do Direito de Autor, o que constitui um perigo, tendo em vista as características diferenciadoras entre ambos sistemas, inclusive no aspecto dos limites dos direitos autorais.

Os termos *fair use* e *fair dealing* apresentam pequenas diferenças, que não serão aqui apontadas, sendo o primeiro mais conhecido e adotado pelos Estados Unidos, já o segundo é utilizado por países como a Austrália, mas ambos representam a exceção ao uso honesto ou leal, que constitui uma regra limitadora dos direitos autorais, construída pelos tribunais americanos a partir das chamadas *rules of thumb* (direitos fundamentais) da doutrina do *fair use* constante na lei de Direito Autoral estadunidense.

Os limites dos direitos autorais são construídos a partir desta doutrina do *fair use* (uso honesto) pelos tribunais, seguindo toda a tradição da *common law*; portanto, não se constituem em uma enumeração taxativa e interpretação restritiva⁴⁹⁴.

No sistema do *droit d'auteur* adota-se a doutrina dos usos honrados ou a doutrina da regra dos três passos. Estão consagrados na Convenção de Berna (art. 9.2), segundo o qual o Direito exclusivo do autor pode sofrer limitações e exceções desde que incida em "certos casos especiais, que não prejudique a exploração normal da obra e nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor".

A doutrina é a predominante não só dentro do sistema do Direito de Autor, mas está

⁴⁹³ Neste sentido, ver: GANDELMAN, Silvia. A Propriedade Intelectual na era digital. A difícil relação entre a Internet e a lei. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, XVI. Anais... São Paulo: ABPI, p.138, 19-20 de agosto de 1996.

⁴⁹⁴ Neste sentido, adverte Plínio Cabral: A legislação americana proíbe a reprodução de obras protegidas. Mas, ao lado disso, há uma tradição de servir a coletividade e colocar à sua disposição as obras de criação literária, dentro de certos limites. É o que determinou a criação de um conceito qualificado como **fair use**. Trata-se do uso leal, de boa-fé, com intuito social e rigorosamente sem objetivos comerciais. Isto tem provocado muitos problemas e os próprios tribunais americanos estão empenhados em definir, realmente, o que é **fair use** e qual sua extensão. E, a seguir, o autor aponta os requisitos utilizados para tanto: – o fim e o tipo de utilização, inclusive se tal uso é de natureza comercial ou se sua finalidade é didática e não lucrativa; – a natureza da obra protegida; – o volume e a importância a parte utilizada em comparação com o conjunto da obra protegida; e – a influência dessa utilização no mercado da obra protegida ou o seu valor. CABRAL, Plínio. **Revolução tecnológica e Direito Autoral**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1988, p.112.

presente em todos os Acordos internacionais sobre os direitos autorais, desde a Convenção de Berna⁴⁹⁵ de 1886 até os Tratados da OMPI de 1996⁴⁹⁶, sem mencionar a recente diretiva europeia que harmoniza certos aspectos relativos aos direitos de autor e conexos na Sociedade da Informação.

Esta regra dos três passos, portanto, é de fundamental importância, tendo em vista que nos acordos internacionais citados e na própria União Europeia há países oriundos dos dois sistemas jurídicos de proteção autoral, mas que no plano internacional devem obedecer a esta regra. Exemplo disto foi a solicitação expressa feita à OMC para o estabelecimento de um grupo especial representado pelas Comunidades Europeias e seus Estados-Membros, com

⁴⁹⁵ Na convenção de Berna e em seu anexo, quanto às limitações dos direitos autorais, elas referem-se aos limites do exercício dos direitos patrimoniais do autor que, a princípio, tem o Direito exclusivo de exploração de suas obras. No artigo 9.2, está consagrada a regra dos três passos (usos honrados) e, no geral, estas limitações encontram-se em diversos artigos da Convenção de Berna. Importante disposição é a constante no Anexo da Convenção de Berna, introduzida pela Ata de Paris de 1971, relativa às limitações não-voluntárias em benefício dos países em desenvolvimento. De acordo com este Anexo, os países considerados pelas Nações Unidas como países em desenvolvimento poderão, em certas condições, obter o Direito de reprodução e de tradução de obras, sem a autorização do autor ou titular do direito, constituindo licenças obrigatórias. No que diz respeito às limitações e exceções, o artigo 15/1.2 dispõe expressamente que os Estados podem livremente prever limites que permitam o uso privado, a utilização de breves fragmentos por motivos de informações sobre acontecimentos da atualidade, a fixação efêmera realizada por um organismo de radiodifusão, por seus próprios meios e para utilização própria e utilização destinada exclusivamente ao ensino ou à pesquisa científica; além da possibilidade de estabelecer limitações da mesma natureza que as estabelecidas na legislação nacional, no que respeita à proteção do Direito do autor, exceto no caso de licenças obrigatórias; além destas, o artigo 19 prevê outra hipótese de limitação. Neste sentido, observe: Desde el punto de vista de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, el Artículo 19 de la Convención estipula una limitación significativa que ocupa el segundo lugar de importancia, después del Artículo 12, en la controversia que ha generado con el corte de los años desde que se creara disposiciones de la presente Convención. El Artículo 19 establece lo siguiente: 'no obstante cualesquiera otras disposiciones de la presente Convención, una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, dejará de ser aplicable el artículo 7 (que establece los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes)'. El artículo 19 tenía por objeto asegurar que la Convención no se aplicase a la industria cinematográfica porque los productores cinematográficos tenían el menoscabo de sus películas. Sin embargo, el Artículo 19 no afecta la libertad de contrato de los artistas intérpretes o ejecutantes en relación con la realización de fijaciones audiovisuales. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. La protección internacional del derecho de autor y los derechos conexos. Ob. cit., p.14.

⁴⁹⁶ No que se refere às limitações e exceções, o TODAWCT seguiu a regra dos três passos, também reconhecida pelo AADPIC/TRIPS, segundo a qual as limitações podem ser impostas em determinados casos especiais que não atentem à exploração normal da obra e nem causem prejuízo injustificado ao autor. Esclarece a declaração concertada do artigo 10 que os Estados-Membros poderão aplicar e ampliar estas limitações no âmbito digital, em suas legislações nacionais, podendo, assim, estabelecer outros tipos de exceções que entendam ser oportunas no ambiente digital, na Internet. No TOIEF/WPPT, quanto às limitações, prevaleceu o disposto no TODAWCT, ou seja, a regra dos três passos, podendo as Partes Contratantes estabelecer os mesmos tipos de limitações e exceções previstas em suas legislações nacionais não pertinentes aos direitos dos autores, entendendo, ainda, que podem ser introduzidas em novos tipos de limitações que sejam adequados para o ambiente digital (Internet).

manifestação de vários países, incluindo o Brasil, a respeito do artigo 13 do ADPIC/TRIPS, que aborda as questões dos limites e exceções dos direitos autorais, face ao artigo 110(5) da Lei dos Estados Unidos⁴⁹⁷.

Este documento da OMC esclarece detalhadamente o que significa os "usos honrados", inicialmente destacando que as três regras devem estar presentes para que haja limitação e exceção do Direito exclusivo dos autores. Para tanto, faz uma análise detalhada de cada palavra da regra, assim o fazendo com as expressões "determinados casos especiais"⁴⁹⁸, "que não prejudique a exploração normal da obra" e "nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor"⁴⁹⁹, não havendo análise mais detalhada, pois qualquer paráfrase a respeito corresponderia a uma perda no conteúdo informativo.

⁴⁹⁷ A solicitação foi feita em 16 de abril de 1999 e o parecer conclusivo exarado em 12 de dezembro de 2000, no qual se concluiu que a lei americana em parte está de acordo com os termos do artigo 13 do TRIPS, devendo providenciar as alterações devidas, e que foram implementadas pela legislação americana em julho de 2001. In: Documento da Organización Mundial del Comercio, Estados Unidos, artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, fornecida pelo Coordenador Nacional de Direito Autoral, Otávio Afonso, do Ministério da Cultura.

⁴⁹⁸ No documento da OMC, p.37, parágrafo 6.108: "El sentido corriente de 'determinado' es 'conocido y particularizado, pero no identificado explícitamente', 'fijo, no variable; definido, preciso, exacto'. En otras palabras, el término significa que, con arreglo a la primera condición, una excepción o limitación prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida. Sin embargo, no es necesario identificar explícitamente todas y cada una de las situaciones posibles a las que podría aplicarse la excepción siempre que su alcance sea conocido y particularizado. Esto garantiza un grado suficiente de certidumbre jurídica". 6.109 – "También debemos dar plena vigencia al sentido corriente de la segunda palabra de la primera condición. El término 'especial' significa 'que tiene una aplicación o propósito individual o limitado', 'que contiene detalles precisos, específicos', 'excepcional en calidad o en grado; inusual; fuera de lo ordinario' o 'característico de alguna manera'. Este término significa que se requiere algo más que una definición clara a fin de cumplir la norma de la primera condición. Además, las excepciones o limitaciones deben ser limitadas en cuanto a su campo de aplicación o excepcionales en su alcance. En otras palabras, una excepción o limitación debe ser estricta en sentido cuantitativo y en el cualitativo. Esto sugiere un ámbito reducido así como un objetivo excepcional o característico. Para situar este aspecto de la primera condición en el contexto de la segunda condición ('que no atenten contra la explotación normal'), las excepciones o limitaciones deben ser lo contrario de un caso que no sea especial, es decir de su caso normal". 6.110 – "El sentido corriente del término 'caso' se refiere a 'suceso', 'circunstancia' o 'acontecimiento' o 'hecho'". 6.111 – "Por ejemplo, en el contexto de la presente diferencia, el 'caso' podría describirse en términos de los beneficiarios de las excepciones, el equipo utilizado, las clases de obras, o de otros factores" (p.50).

⁴⁹⁹ "Entendemos que esto significaría que la 'explotación normal' equivale a las prácticas de 'remuneración normal' existentes en un determinado momento en un determinado mercado o jurisdicción. Si estas excepciones se permitieran **per se**, sería posible congelar toda situación actual o grado de ejercicio de un derecho exclusivo por los titulares de derechos. En nuestra opinión, es posible abusar de este argumento para justificar cualquier excepción o limitación, puesto que los titulares de derechos no podrían razonablemente esperar nunca una remuneración por usos que no están comprendidos en los derechos exclusivos previstos en la legislación nacional. Lógicamente, no podría deducirse que se atentaba contra la explotación normal. A nuestro parecer, el perjuicio de los intereses legítimos de los titulares de derechos llega a un nivel injustificado si una excepción o limitación causa o puede causar una pérdida de ingresos injustificada al titular del derecho de autor" (Documento da OMC, p.50).

Contudo o ADPIC/TRIPS fez uma alteração sutil, mas de efeito devastador para a interpretação da regra, pois substitui a palavra “autor”, por “titular”, o que denota o interesse claro de dar força ao titular do Direito Autoral que nem sempre é o autor da obra, privilegiando o alcance desta limitação aos titulares de obras utilitárias⁵⁰⁰.

Podendo-se observar o mesmo, no artigo 42 do ADPIC/TRIPS, que inclui como titular de direitos, para tomar medidas administrativas e jurídicas, as federações e associações que possuam capacidade legal para exercerem seus direitos. Se por um lado pode auxiliar os usuários consumidores, de outro dá poderes excessivos às indústrias culturais⁵⁰¹.

Esta pequena alteração percebida no ADPIC/TRIPS aponta a urgência do estudo e da efetiva aplicação das limitações extrínsecas, como é o caso da concorrência e do consumidor, para coibir os excessos praticados pelos titulares de Direito Autoral, que se valem do exclusivo concedido por lei.

⁵⁰⁰ Assim dispõe o artigo 13 “os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito”. No mesmo sentido José Joaquim Gomes Canotilho fala da regra dos três passos. Neste sentido: CANOTILHO, J.J.Gomes. **Liberdade e exclusivo na Constituição**. In: CANOTILHO, J.J.Gomes (coordenador). Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 220.

⁵⁰¹ **SEÇÃO 2: PROCEDIMENTOS E REMÉDIOS CIVIS E ADMINISTRATIVOS ARTIGO 42 Procedimentos Justos e Equitativos** Os Membros farão com que os titulares de direitos(11) possam dispor de procedimentos judiciais civis relativos à aplicação de normas de proteção de qualquer Direito de Propriedade Intelectual coberto por este Acordo. Os réus terão Direito a receber, em tempo hábil, intimação por escrito e que contenha detalhes suficientes, inclusive as razões das pretensões. Será permitido às partes fazer-se representar por um advogado independente e os procedimentos não imporão exigências excessivas quanto à obrigatoriedade de comparecimento pessoal. Todas as partes nesses procedimentos estarão devidamente habilitadas a fundamentar suas pretensões e a apresentar todas as provas pertinentes. O procedimento fornecerá meios para identificar e proteger informações confidenciais, a menos que isto seja contrário a disposições constitucionais vigentes. (11) Para efeitos desta Parte, o termo “titular de direito” inclui federações e associações que possuam capacidade legal para exercer tais direitos.

4 RELATIVIDADE AUTORAL E AS ATUAIS POSSIBILIDADES DE TUTELA PELA ORDEM ECONÔMICA

Esse desenvolvimento que exclui o qualitativo também está sujeito, como desenvolvimento, à passagem qualitativa: o espetáculo significa que ele transpôs o limiar de sua própria abundância; isto só é verdade localmente em alguns lugares, mas já é verdade em escala universal, que é a referência original da mercadoria, referência que seu movimento prático confirmou, ao unificar a Terra como mercado mundial⁵⁰².

Guy Debord

A relativização do Direito Autoral decorre da necessidade de imposição de limitações ao exercício do Direito exclusivo que é exercido pelo autor e/ou titular de direito, a fim de equilibrar os interesses privados destes em obterem o retorno econômico da obra realizada, e dos interesses públicos dos usuários de acederem às obras, para fins de informação, ensino e cultura.

Este aspecto, na atualidade, apresenta um cenário de preocupação para a sociedade, como se pôde constatar no capítulo anterior, visto que o poder econômico, exercido pelos titulares de Direito Autoral, está aniquilando as limitações livre ou gratuitas, o que impede o exercício de direitos fundamentais, como os citados no parágrafo acima.

A voracidade econômica dos titulares de Direito é tal que os mecanismos legais existentes não conseguem sozinhos proteger o próprio autor e os usuários de suas obras. As limitações intrínsecas nunca estiveram tão restritas, assim como o exercício do Direito exclusivo nunca se excedeu tanto em nome do exercício de uma titularidade, conferida pelo Direito Autoral.

O excesso de titularidade que vem sendo praticado atinge o cerne do Direito Autoral, qual seja a figura do autor e de sua obra. Ao invés de serem protegidos, estão sendo desvalorizados e banalizados, em favor dos benefícios econômicos que o negócio autoral

⁵⁰² [DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo – comentários sobre a sociedade do espetáculo. Tradução de Estela dos Santos. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 28-29.](#)

proporciona, ofendendo os compromissos sociais que o Estado Democrático de Direito brasileiro assumiu na Constituição Federal.

A funcionalização⁵⁰³ do Direito Autoral perpassa obrigatoriamente por sua relativização através das limitações intrínsecas previstas, assim como pelas extrínsecas, existentes no ordenamento jurídico. Entretanto, como as limitações intrínsecas do Direito Autoral não estão alcançando mais a função de garantir as liberdades e os direitos fundamentais dos usuários (dentre eles a dos próprios autores e usuários) é necessário buscar soluções pragmáticas que sejam capazes de limitar o excesso de titularidades que vem sendo praticado no mercado.

A mercantilização do Direito Autoral é inconteste na contemporaneidade, tanto quanto o é a afirmação de que a obra é um produto altamente lucrativo para a exploração das indústrias “culturais”. Além da obviedade que estes dados traduzem, é possível afirmar que as possibilidades de exploração econômica da obra pelos titulares de Direito crescerá com as novas tecnologias, motivo pelo qual os negócios, envolvendo a sua exploração econômica no mercado, ao contrário de desaparecerem, aumentarão exponencialmente.

O ponto crucial é conseguir meios capazes de limitar os excessos de titularidade no mercado, para alcançar um objetivo maior que constitui a funcionalização do Direito Autoral, através do emprego de instrumentos legais existentes, para coibir práticas abusivas que ponham em risco a própria ordem econômica do Estado Social Democrático de Direito.

A recusa de uma licença ou a imposição de uma cláusula abusiva pelos titulares de Direito Autoral ferem as regras da concorrência e, por via de consequência, a do consumidor. É neste espírito que o Direito da Concorrência e do consumidor constituem meios para atuar como limitações extrínsecas das práticas, realizadas pelos titulares de Direito Autoral que ponham em risco os princípios constitucionais que orientam a economia de mercado no Brasil.

Procurar-se-á demonstrar que as soluções dos problemas do mercado autoral,

⁵⁰³ A funcionalização do Direito Autoral busca o balanceamento entre os interesses públicos e privados que existem na relação autoral.

decorrentes do exercício exclusivo e excessivo⁵⁰⁴ dos titularidades de Direito Autoral, passam pela necessária utilização de instrumentos econômicos, a fim de concretizar os direitos fundamentais⁵⁰⁵. Em outras palavras, a concretização dos direitos fundamentais no Direito Autoral procura a re-humanização do autor, a liberdade de acesso às obras pelos usuários e/ou consumidores e a garantia da liberdade de atuação dos titulares de direito.

A pretensão é se valer de instrumentos jurídicos, tipicamente econômicos (concorrência, consumidor), para limitar os excessos, decorrentes da prerrogativa econômica no Direito Autoral, com o fim de garantir a sua funcionalização no aspecto pessoal (autor), social (usuários) e até mesmo econômicos (liberdade de atuação dos titulares de direito, como agentes econômicos).

O presente capítulo busca examinar o Direito da Concorrência como limitador do Direito Autoral, por meio da experiência da União Européia e dos Estados Unidos, tendo em vista que, no Brasil, os casos são praticamente escassos, podendo-se dizer o mesmo na doutrina. Igualmente, analisar-se-á a interface do Direito do Consumidor com o Direito Autoral e da concorrência, tendo em vista que este instituto jurídico apresenta a mesma escassez de tratamento na doutrina e jurisprudência.

4.1 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA COMO LIMITADOR DO DIREITO AUTURAL

⁵⁰⁴ A tautologia aqui é proposital.

⁵⁰⁵ António Menezes Cordeiro analisa que a temática da concorrência e da liberdade traz uma independência em relação às teorias económicas, quando visualizadas numa perspectiva de direitos fundamentais. O seu estudo analisa estes aspectos, com o uso de dois instrumentos, em especial: O Tratado da União Européia e a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia. Neste sentido, aduz que os direitos e as liberdades fundamentais têm um papel de regulação da concorrência no plano processual e substancial. No primeiro, “[...] podemos proclamar que a concretização das diversas regras da concorrência deve operar através de procedimentos regulares, que respeitem o contraditório e a privacidade e a dignidade das pessoas envolvidas” e, no segundo, “[...] compete ter presente que a defesa da concorrência deve ser conjugada com a livre iniciativa económica, com a igualdade e com o Direito de Propriedade. [...] Retemos, pois, que quer em abstracto, quer em concreto, a defesa da concorrência deve ser conjugada com os direitos e as liberdades fundamentais, resultantes, também eles, do Tratado e da sua concretização” (CORDEIRO, António Menezes. Concorrência e direitos e liberdades fundamentais na União Européia. In: CORDEIRO, António Menezes; ALBUQUERQUE, Ruy de. (Coords.). **Regulação e Concorrência – perspectivas e limites da defesa da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 9-28.

A Sociedade da Informação, com o advento da internet, propiciou aos usuários e/ou consumidores um rápido acesso às informações e aos conhecimentos, que, via de regra, estão sob o manto protetivo do Direito Autoral, conforme vem sendo reiterado, de forma proposital, no transcorrer deste trabalho.

A facilidade de encontrar estes bens, de acedê-los e fruí-los imediatamente agravou um problema já observado no mercado de produtos e serviços intelectuais, ou seja, a dificuldade de o criador obter o devido retorno do tempo que investiu e, quiçá, do dinheiro utilizado para desenvolver a criação, tendo em vista que, em termos mercadológicos, o consumo de tais bens é imediato⁵⁰⁶.

A maneira que o legislador encontrou para garantir a retribuição econômica ao autor e/ou titular de Direito patrimonial foi a concessão temporária da exclusividade na exploração econômica das obras, o que implica limitação natural à livre concorrência no mercado. Com isto, além de dar solução ao aspecto patrimonial, o Estado criou um mecanismo de estímulo à criação intelectual, que de um lado possibilitava a remuneração do autor, estimulando-o a produção de novas criações, que, por sua vez, gerava um benefício para sociedade que poderia usufruir as obras para construir o seu patrimônio cultural individual e social.

Mas, como se pôde observar no capítulo anterior, o advento da informatização e o crescimento do valor econômico das obras transformou o Direito Autoral profundamente. Hoje, os titulares de Direito patrimonial do autor vêm conseguindo impingir a sua vontade de perpetuar as vantagens econômicas que o exclusivo lhe confere, a ponto de estender à proteção autoral às criações utilitárias, como as bases de dados e os programas de computadores.

Outro problema identificado, e este de ordem mais dramática para o Direito Autoral, é o aumento das hipóteses de limitações intrínsecas ao seu Direito Autoral, que estão praticamente abolindo aqueles casos onde deveria preponderar o interesse público, como é o caso da possibilidade de se realizar uma cópia privada. Ademais, estas hipóteses de limitações

⁵⁰⁶ A respeito do consumo imediato dos bens de Propriedade Intelectual veja a obra de BARBOSA, Denis Borges. Abuso de direitos e abuso de poder econômico. [Http://denisbarbosa.addr.com/abuso.doc](http://denisbarbosa.addr.com/abuso.doc)

estão sujeitas a medidas tecnológicas de proteção que impedem o livre e gratuito acesso à obra ou, ainda, a pura e simples instituição de compensação eqüitativa para que o usuário possa aceder à criação intelectual.

Adstrito a isto, como referido anteriormente, o desespero em garantir a exclusividade do exercício das prerrogativas patrimoniais, pelos titulares de Direito Autoral, fez surgir fortemente as limitações extrínsecas para coibir os excessos praticados, em nome do Direito Autoral, que estão atingindo, inclusive, as relações que podem ser entabuladas no mercado.

Aqui surge com força acrescida o papel da concorrência no Direito Autoral com o objetivo de coibir estes excessos, em especial, quando há a recusa, demora ou dificuldade na concessão de licenças de obras protegidas pelo Direito Autoral, que acabam trazendo consequências para o mercado e para os usuários e/ou consumidores.

Porém, o que se pretende provar nesta tese, é que o Direito da Concorrência, além de poder ser um meio para coibir os excessos praticados pelos titulares das prerrogativas patrimoniais do autor, ao ser utilizado como uma limitação ao Direito Autoral, está a atender a funcionalização da propriedade autoral re-humanizando o autor e os usuários da obra.

Contudo, antes de passar às peculiaridades do tema que se defende, é importante esclarecer que não se abordará o aspecto negativo da concorrência, qual seja a concorrência desleal frente ao Direito Autoral, pois o que se estudará é seu aspecto positivo que é a defesa da livre concorrência. Como bem observa Miguel Moura e Silva “o regime da concorrência desleal se diferencia da defesa na medida em que se centra, por outro lado, na tutela de interesses privados, ainda que com vertente pública como seja a confiança do mercado: por outro, a concorrência desleal qualifica actos que, independente do seu objecto ou efeito na concorrência; contrariem as ‘normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica’”⁵⁰⁷.

Certamente o estudo da deslealdade concorrencial é profícua e desafiadora para o Direito Autoral, mas por não se tratar do objeto deste trabalho, a mesma será estudada posteriormente. Por ora, basta lembrar que o exercício do Direito Autoral pode vir a limitar a

⁵⁰⁷ SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial**. Coimbra: Almedina, 2008, p.482.

concorrência, assim como esta pode limitar o exercício daquela, eis que se trata de assunto pouco estudado dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, ao falar-se da concorrência está-se a falar na disciplina das limitações e exceções do Direito Autoral .

4.1.1 Semelhanças e diferenças entre o Direito Autoral e o da Concorrência

A primeira observação que deve ser feita a respeito das semelhanças e diferenças entre o Direito Autoral e o da concorrência é que, além do tema não ser devidamente enfrentado pelos juristas nacionais, o mesmo não ocorre com a propriedade industrial, cujas normas apresentam disposições que remetem à legislação antitruste e vice-versa. Esta constatação, ao contrário de trazer problemas para o Direito Autoral e a sua relação com a concorrência, traz subsídios para as soluções das controvérsias que os casos vêm gerado nos processos administrativos e judiciais.

A concessão por parte do Estado de uma espécie de monopólio temporário para que o titular de Direito patrimonial possa obter o retorno de seus investimentos (econômico e tempo) dá-se tanto na propriedade industrial, em especial, nas patentes, como também no Direito Autoral. No caso das patentes, o Estado promete o gozo da invenção, por determinado tempo, para aquele e tão-somente aquele inventor que por primeiro tornar pública a sua criação mediante registro desta no órgão competente e posterior comercialização do invento (produto), sob pena de licença compulsória.

Já no caso de Direito Autoral, especificamente nas obras intelectuais tradicionais, o Estado não exige do autor e/o titular de Direito a condição de tornar pública a obra e nem de comercializar a criação para conceder o monopólio temporário de exploração patrimonial da obra, não estando sujeita ao licenciamento compulsório no Brasil.⁵⁰⁸ As limitações voluntárias, aqui concedidas, têm por objetivo garantir os direitos fundamentais, as liberdades individuais e os interesses comerciais, tanto como nas patentes.

⁵⁰⁸ Neste sentido PANINI, Gabrile Maria. **I rapporti fra la proprietà intellettuale e il diritto antitrust: la dottrina dell'essential facility.** <http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/osservatori/intellettuale/wp2001/Panini.pdf>

Novas obras surgiram, com um viés utilitário, aproximando-se em muito das invenções, e, o próprio Direito Autoral evoluiu nos últimos tempos, de tal forma que é possível afirmar que ele se transformou profundamente, e trouxe problemas para os partícipes da relação autoral. E é evidente que quando se fala em obras de caráter utilitário⁵⁰⁹, como as bases de dados e os programas de computadores, o discurso é diferente em razão do poder de mercado que estas obras têm.

Assim é que, em razão disto, o Estado interveio e impôs restrições às criações, concedendo o exclusivo, para garantir a exploração “exclusiva” das obras e das invenções pelos titulares de Direito e, ao mesmo tempo, assegurar aos usuários consumidores o acesso a elas, mas excluindo-os da concorrência.

Para se ter uma idéia, o exclusivo dá ao titular de Direito Autoral, no Brasil, uma espécie de monopólio temporário para fruição dos aspectos econômicos da obra durante o prazo de vigência do Direito patrimonial do autor, que, em termos de Brasil, o prazo chega a 70 (setenta) anos a partir do 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor e, no caso de co-autoria, esta contagem inicia-se com a morte do último co-autor. O mesmo pode-se dizer da fruição das execuções e interpretações artísticas, as emissões da radiodifusão e as fixações de fonogramas.

A Convenção de Berna, ao falar sobre a vigência da proteção dos direitos patrimoniais do autor, estabeleceu um prazo mínimo, que é a vida do autor, mais 50 anos após a sua morte. A exceção a esta regra ocorre para as obras cinematográficas (50 anos a contar da obra ter-se tornado acessível ao público, ou depois de realizada a obra) e para as obras fotográficas e de artes aplicadas que, por seu lado, têm o prazo de 25 anos contados a partir da realização da obra. Já quanto à duração dos direitos morais, o prazo de proteção deve compreender ao menos o prazo de proteção correspondente ao do Direito patrimonial. O

⁵⁰⁹ Quanto a menção das obras de caráter utilitário e o Direito da Concorrência veja as obras de ASCENSÃO, José de Oliveira. O fair use no Direito Autoral. Direito da sociedade da informação: Coimbra, v. VI, 2006, BARBOSA, Denis Borges. Abuso de direitos e abuso de poder econômico, NIVARRA, Luca. Il diritto d'autore. Texto apresentado em palestra aos alunos da pós-graduação da UNISINOS, em 05 de dezembro de 2006 e sem publicação por ocasião do III Seminário Internacional sobre Limites e Possibilidades do Direito Moderno: Uma visão transdisciplinar, II Encontro Euro-Americano de Direito Constitucional, I Encontro Internacional da Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli, PANINI, Gabriele Maria. **I rapporti fra la proprietà intellettuale e il diritto antitrust: la dottrina dell'essential facility**, RAMELLO, Giovanni B. Copyright and Antitrust issues. Liuc Papers n. 114, Serie Economia e Impresa, 31, ottobre 2002.

prazo de proteção dos direitos conexos, de maneira geral, é de 50 anos para os artistas intérpretes ou executantes e produtores de fonogramas e de 20 anos para os organismos de radiodifusão.

Da mesma forma, o ADPIC/TRIPS segue os mesmos nortes da Convenção de Berna e de Roma, a notar que o artigo 12 apresenta um Berna-plus ao estabelecer que para o prazo de duração da proteção conta-se o período de 50 anos a partir da morte do autor.

Em contrapartida, nas invenções o prazo de exploração econômica é infinitamente menor. No Brasil, o exercício da fruição patrimonial de uma patente de invenção, pelo titular de direito, é de 20 anos, enquanto que o modelo de utilidade concede um prazo de 15 anos, e, o desenho industrial o de 10 anos, podendo ser prorrogado por três vezes consecutivas de cinco anos, mas todos estes prazos iniciam sua contagem a partir da data do depósito do pedido de seus registros. No entanto, os instrumentos internacionais prevêm prazos menores, se comparados com o Direito Autoral .

É, portanto, um longo prazo de fruição do exclusivo de exploração concedido legalmente aos titulares de Direito Autoral , levando a que os usuários e/ou consumidores possam correr o risco de não poderem aceder à obra para usá-las para fins privados ou comerciais, em razão da existência de um Direito exclusivo concedido aos titulares de direito. O aspecto mais negativo desta situação é o fato destes titulares praticarem, por vezes, atos de maneira abusiva impedindo o desenvolvimento econômico e social.

E como o próprio nome diz, se trata do Direito de exclusiva, porque o “exclusivo” concedido ao titular de Direito serve para “excluir” todos os demais interessados em acederem a obra sem as condições impostas pelos titulares de direito, como a autorização para acesso à obra, o pagamento, a impossibilidade de reprodução, uso transformativo da obra para produção de novo produto de interesse no mercado, *etc.*

A idéia de monopólio e de exclusivo, como se mencionou alhures, (patentes e marcas) é mais difundida na propriedade industrial que no Direito Autoral. Mas a verdade é que o sistema de Propriedade Intelectual, ao conferir um prazo de duração para exploração patrimonial de uma invenção ou de uma marca, nada mais está fazendo do que dar ao criador um estímulo para que a sua criação intelectual em dado momento, após o término da

exploração econômica, passe a ser de domínio público.

O caráter utilitário das invenções permite compreender a razão pela qual o prazo de duração do Direito exclusivo seja menor do que os concedidos às obras protegidas pela legislação autoral. Entretanto, o aspecto de deleite e enriquecimento cultural pessoal e social que as obras tradicionais proporcionam não se compatibiliza com as obras de caráter utilitário (exemplo: programas de computadores e bases de dados), que não apresentam um viés contemplativo e de desfrute, mas sim um aspecto nitidamente funcional, que as aproxima das invenções.

Ademais, não foi só o dinamismo tecnológico que exigiu e exige uma adequação da legislação autoral. O despertar para a importância econômica dos bens culturais fortaleceu um aspecto até então somente assumido pelos países que adotam o sistema do Copyright, ou seja, a relevância do aspecto econômico com franco favorecimento do titular do Direito patrimonial do autor, em que pesem os interesses do próprio autor e dos usuários e/ou consumidores.

Esta evolução dos mercados aliada ao dinamismo tecnológico pode muito bem ser observada no surgimento de instrumentos internacionais, como o, já referido, ADPIC/TRIPS que busca atingir um mercado global, onde todos os países que desejem negociar direitos da propriedade industrial devem ser signatários do presente Tratado que, não em vão, é administrado pela Organização Mundial do Comércio e não pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Vale frisar que a inclusão de obras de caráter utilitário, notadamente, os programas de computadores e as bases de dados, foram inseridas nos dispositivos atinentes ao Direito Autoral no ADPIC/TRIPS. No entanto estas criações geraram e vêm gerando grandes problemas na economia de mercado, sem esquecer que o referido Tratado aborda as questões patrimoniais, econômicas, deixando de lado as questões morais relacionadas a figura do autor⁵¹⁰.

Levando-se em consideração que o Direito Autoral é internacional e, apresenta

⁵¹⁰ RAMELLO, Giovanni B. **Copyright and antitrust issues**. Liuc Papers n. 114, Serie Economia e Impresa, 31, ottobre 2002, p. 4.

“natureza concorrencial”⁵¹¹, devendo, assim, interagir com legislações internas, é evidente que podem surgir conflitos e interpretações não adequadas entre o Direito internacional de autor e o Direito da Concorrência de cada país, como ocorre com os países-membros da União Européia que adicionalmente é um bloco econômico que apresenta regramentos a serem harmonizados internamente para a livre circulação de mercadorias e bens.

Por o Direito Autoral apresentar duas facetas, uma de ordem patrimonial e outra de ordem moral, uma das teorias que buscam explicar a concessão do exclusivo ao autor e/ou titular de Direito Autoral é a de retribuição pelo seu trabalho criativo visando prevenir um tipo diferente de falha de mercado que é analisado pelo Direito Concorrencial⁵¹².

Na Era digital procura-se a proteção das informações e conhecimentos, mas estes são por natureza considerados bens públicos, caracterizadas pela não rivalidade no consumo e não exaustão, motivos pelos quais não são protegidos pelo Direito da Propriedade Intelectual. Economicamente apresentam custos marginais baixos e de livre acesso não sendo juridicamente possível a existência de um mercado eficiente de idéias⁵¹³.

Já a proteção pelo Direito Autoral dá a possibilidade de fazer uso criativo das informações e dos conhecimentos para desenvolver obras que serão protegidas como bens móveis e particulares, o que oportuniza ao autor o ganho dos lucros decorrentes da exploração de sua atividade intelectual.

É neste ponto que surgem os primeiros indícios que justificam a importância do presente estudo, visto que, comparativamente reitera-se que o exclusivo concedido para a exploração de invenções é infinitamente inferior aos concedidos em matéria autoral. Além disso não se deve olvidar que no Direito Autoral a exploração econômica se dá através de modalidades específicas e existentes à época do contrato, impedindo o adquirente da obra de

⁵¹¹ Neste sentido, Karin Grau-Kuntz afirma que “o Direito de Autor garante ao seu titular um Direito exclusivo de natureza concorrencial, que se estenderá até o momento em que encontrar os limites do Direito antitruste, limites estes que têm por fim não só proteger a concorrência, mas também dirigir a economia. Estas noções são elementares para compreendermos a amplitude, o dinamismo, a importância e o potencial político-econômico dos conflitos que aqui nos propomos a analisar”. GRAU-KUNTZ, Karin. Direito de Autor e concorrência. Texto inédito, de 2009, a ser publicado no livro organizado por Allan Rocha de Souza, cuja utilização foi gentilmente autorizada pela autora, p. 3.

⁵¹² RAMELLO, Giovanni B. Copyright and antitrust issues. Liuc Papers n. 114, Serie Economia e Impresa, 31, ottobre 2002, p. 4.

⁵¹³ RAMELLO, Giovanni B. Copyright and antitrust issues. Liuc Papers n. 114, Serie Economia e Impresa, 31, ottobre 2002, p. 4 e 5.

explorá-la em outro formato que não aquele expressamente previsto no contrato.

Outro indício consiste no fato de que a limitação do exercício dos direitos de Propriedade Intelectual (propriedade industrial e Direito Autoral), mediante a aplicação do Direito da Concorrência, vem sendo objeto de uma longa e constante evolução doutrinária e legislativa, sobretudo nos Estados Unidos e na Europa, mas não no Brasil. Demonstra-se assim a importância desta tese no sentido de limitar esta falha.

O fato é que a Sociedade da Informação trouxe uma série de questionamentos e desafios para a Propriedade Intelectual, mas foi no campo do Direito Autoral , e não na propriedade industrial, que ele se fez sentir de forma mais pungente, em razão das limitações impostas aos usuários e/ou consumidores para aceder e utilizar as obras que circulam através da internet, bem como no exercício abusivo do exclusivo pelo titular de direito, a ponto de impedir a criação transformativa das obras e colocação de novos produtos e serviços culturais no mercado⁵¹⁴.

Sem dúvida, é recorrente a construção de doutrina e jurisprudência envolvendo o Direito concorrencial e a propriedade industrial. Já o mesmo não se pode falar em relação ao Direito Autoral , que no Brasil nunca foi visto com um viés econômico forte, a notar pelo destaque que é dado à Propriedade Industrial dentro do próprio cenário acadêmico e nos escritórios de gestão de Propriedade Intelectual e de transferência de tecnologia. Aqui, via de regra, a importância dada ao Direito Autoral, ocorre somente nos casos de programas de computadores, o que constitui um manifesto equívoco.

A extensão do Direito Autoral a bases de dados, que são compilações de informações, e aos programas de computadores, que são obras de natureza tecnológica, vem exigindo dos operadores do Direito uma releitura do Direito Autoral frente à concorrência de maneira a garantir o bem-estar social. Miguel Moura Silva percebe claramente este problema, o que merece a transcrição *ipsis litteris* do trecho descrito em sua obra:

⁵¹⁴ Sobre o tema veja AVANCINI, Helenara Braga. O paradoxo da Sociedade da Informação e os limites dos direitos autorais. Dissertação de Direito defendida na Universidade do Vale do Rio dos Sinos em 2002.

Uma das principais áreas de conflito entre o Direito de Autor e o Direito da Concorrência resulta da protecção pelo primeiro de 'obras' que constituem verdadeiros 'standards' tecnológicos bem como da inclusão dos programas de computador no conceito de obra protegida. A especificidade desta situação por comparação com outras obras, como um livro, é que ao se sujeitar a reprodução a autorização do autor, este pode controlar o acesso por parte de concorrentes actuais e potenciais e, dessa forma, viabilizar um entrave ao progresso tecnológico e económico. Assim, qualquer um pode ler o mais recente romance de um autor famoso e criar a sua própria versão, desde que não se limite a um comportamento subsumível à usurpação da obra em causa. Mas para 'ler' um programa de computador, os técnicos de informática necessitam de o reproduzir quanto mais não seja para 'correr' o programa, o que obriga a operações mecânicas de reprodução do código protegido. O problema das compilações de factos surge sobretudo nos países de common law, integrado na tradição de um Direito de controlo da cópia ou 'copyright', tutelando o simples esforço de agregação de dados ('sweat of the brow') independentemente da natureza trivial do resultado⁵¹⁵.

A partir desta citação e das considerações feitas anteriormente, é possível verificar que o Direito da Concorrência é aplicável com mais facilidade e frequência nas criações que apresentam um carácter utilitário, pois, via de regra, elas apresentam um interesse público pungente, seja ela uma invenção ou uma obra. Este aspecto denuncia um fenómeno, observado pelo Conselho Superior da Propriedade Literária e Artística francesa, que identificou que, na actualidade, o Direito Autoral apresenta um “duplo efeito”⁵¹⁶.

Em razão da natureza das obras tradicionais e utilitárias, o Direito Autoral está segmentado, pois vem apresentando duas dinâmicas diferentes em razão das categorias das obras que estão sendo protegidas. Por outro lado, há uma tendência crescente, por parte dos titulares de Direito patrimonial de autor, de diminuir o escopo das limitações gratuitas e livres das obras para promover a exploração do Direito exclusivo.⁵¹⁷

Poucos são os estudos e decisões que examinaram profundamente esta matéria, merecendo destaque o Relatório do Conselho Superior da Propriedade Literária e Artística

⁵¹⁵ SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 483-484.

⁵¹⁶ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>

⁵¹⁷ Idem.

francesa⁵¹⁸ e os excelentes estudos de Giovanni Ramello⁵¹⁹, professor de Direito da Universidade de Piemonte, Itália, que, por obviedade, são utilizados neste capítulo, além das decisões do Tribunal de Justiça da União Européia.

Pela escassez da abordagem do tema no ordenamento brasileiro, volta-se a afirmar que um dos temas mais negligenciados⁵²⁰ pela doutrina e pela jurisprudência é o tratamento do Direito da Concorrência e sua relação com o Direito Autoral no ordenamento brasileiro. Contrariamente, nos Estados Unidos e na Europa, já existe uma forte escola sobre a aplicação das regras antitruste e o Direito Autoral.

O referencial teórico utilizado, neste trabalho, é europeu, porque o Brasil adota o mesmo sistema jurídico de proteção autoral, o *droit d'auteur*, da maior parte dos países membros da União Europeia. Existe ainda a peculiaridade do Reino Unido e Irlanda, também membros da União Européia, adotarem o sistema do copyright.

Vale lembrar que o Direito Autoral, como lei, nasceu sucessivamente na Inglaterra, nos Estados Unidos e em França fruto dos pensamentos filosóficos da época e, em especial, do desenvolvimento tecnológico e social presente no século XVIII. Este fator histórico foi decisivo na formação dos sistemas jurídicos de proteção do Direito Autoral que convivem ainda na atualidade.

O *copyright* adotou uma lógica pragmática e utilitária em matéria autoral, enquanto que o *droit d'auteur* se prende a um aspecto personalista sendo o autor a figura central deste direito. Nos dois sistemas a titularidade autoral (patrimonial e moral) é exercida plenamente, porém no primeiro não é desrespeitoso a busca do lucro pela exploração econômica do trabalho intelectual, já o segundo vê o aspecto econômico como um fator que possibilita o pagamento de salário aos autores ou uma forma de recompensar economicamente as prerrogativas morais do autor⁵²¹. Igualmente, o Direito constitucional nestes sistemas

⁵¹⁸ Idem, *ibidem*.

⁵¹⁹ RAMELLO, Giovanni B. **Copyright and antitrust issues**. Liuc Papers n. 114, Serie Economia e Impresa, 31, ottobre 2002.

⁵²⁰ Bárbara Rosenberg justifica esta negligência ou “falta de interesse dos estudiosos” ao fato dos dois direitos serem relativamente novos e de aplicação recente no Direito Brasileiro. Neste sentido, ver ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p. 169-189. p. 169.

⁵²¹ Neste sentido CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE.

privilegia o Direito Autoral como um Direito humano e como um Direito de Propriedade, como é o caso do Brasil.

Quaisquer que sejam os sistemas jurídicos, em matéria de Direito Autoral, é claro o esforço de tentar conciliar e encontrar uma solução para equilibrar os interesses privados dos titulares de Direito Autoral, com os interesses públicos dos usuários⁵²². O que não se deve perder de vista é que a proteção autoral tem por objetivo a recompensa do autor, o incentivo à produção de obras, mas, principalmente, o reconhecimento da pessoa do criador, o autor, que fornece à sociedade as obras que farão parte do patrimônio cultural da humanidade.

Estes objetivos estão presentes tanto nos países anglo-saxões, como nos de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil. Porém, quando se fala em Direito Autoral e de Concorrência é possível notar que existe uma percepção de que estes direitos apresentam objetivos contraditórios⁵²³. Antagonismo este decorrente da existência e necessária observância das prerrogativas morais do autor por todos os países que são signatários da Convenção de Berna, incluindo os que adotam o sistema do *copyright*⁵²⁴.

Esta noção, entretanto, é equivocada, pois ambos apresentam motivações políticas baseadas na noção do controle e até de censura em relação às informações postas em circulação aos usuários e/ou consumidores, como observa Giovanni Ramello⁵²⁵. Da mesma forma Daryl Lim⁵²⁶ deixa claro que os objetivos destes dois direitos são respectivamente os mesmos, pois ambos promovem a inovação e a competição para o benefício dos

Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf> .veja as considerações feitas no capítulo 4.

⁵²² CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>

⁵²³ ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p. 169-189. p. 171.

⁵²⁴ Muito provavelmente porque as prerrogativas morais do autor constituem um sério problema em termos mercadológicos, pois podem vir a limitar o exercício das prerrogativas patrimoniais dos titulares de Direito secundário.

⁵²⁵ Neste sentido, RAMELLO, Giovanni B. **Copyright and antitrust issues**. Liuc Papers n. 114, Serie Economia e Impresa, 31, ottobre 2002, p. 4.

⁵²⁶ Neste sentido LIM, Daryl. **Copyright under siege: an economic analysis of the essential facilities doctrine and the compulsory licensing of copyrighted works**. Albany Law Journal of Science and Technology, 2007, V. 17, p. 485.

consumidores.

A concessão do exclusivo ao titular das prerrogativas patrimoniais do autor não implica necessariamente a existência de um abuso de posição dominante no mercado, tanto mais porque, nem sempre haverá mercado. Com efeito, pode existir a obra (produto), mas se não ocorrer a procura deste produto, não há mercado, e, como tal, torna-se evidente que não há concorrência e muito menos práticas anticoncorrenciais⁵²⁷. O que levou Karin Grau-Kuntz observar que

o fato do criador ser titular de um Direito exclusivo não significa necessariamente que haja procura pelo seu bem econômico. Nestes casos, onde não há procura, não há mercado e onde não há mercado, não há concorrência. O Direito exclusivo aqui não limita absolutamente nada. E outras vezes existem no mercado produtos aptos a substituir o bem econômico objeto da proteção exclusiva, o que nos impediria de falar em uma limitação da concorrência⁵²⁸.

De uma maneira geral, os direitos de Propriedade Intelectual, como pondera Bárbara Rosenberg, se parecem com os monopólios temporários, na medida em que os titulares destes direitos têm a faculdade, conferida por lei, de impedir terceiros não autorizados a produzir e oferecer os produtos (criações protegidas) a mercado. Assevera a autora que “os detentores dos direitos de PI recebem um 'prêmio' (a possibilidade de cobrar preços superiores ao custo marginal de produção de seus bens e serviços), que decorre da limitação temporária da concorrência”⁵²⁹.

⁵²⁷ É oportuno observar que o Direito da Concorrência pode ser usado para coibir o excesso de titularidade patrimonial do autor ainda que não exista disputas entre titularidades no mercado, porque o conflito pode se ater a impossibilidade do ingresso de determinado agente econômico por abuso no mercado relevante. Neste sentido vale se ater a advertência feita por Eros Roberto Grau e Paula Forgioni que “mesmo sujeitos que não disputem mercados, mesmo agentes econômicos que com outros agentes econômico não concorram poderão prejudicar ou comprometer a competição existente em determinados segmentos da economia. É o caso típico das associações sem fins econômicos, tantas vezes sancionadas pelas autoridades antitruste” GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Melhoramentos, 1999, p. 261.

⁵²⁸ GRAU-KUNTZ, Karin. **Direito de Autor e concorrência**. Texto inédito, de 2009, a ser publicado no livro organizado por Allan Rocha de Souza, cuja utilização foi gentilmente autorizada pela autora, p. 6.

⁵²⁹ ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p.172.

O aspecto acima referido, constitui uma importante diferença entre os dois direitos, pois levando-se em consideração a natureza proprietária do Direito Autoral, é possível concluir, que os direitos de propriedade e a estrutura de mercado são definidos pelo comportamento das indústrias culturais, que definem o que vai ser produzido e colocado no mercado.

Em outras palavras, os bens e a estrutura do mercado são criados a partir do sistema de incentivos dados aos que são as titulares do exercício das prerrogativas patrimoniais do autor⁵³⁰, razão pela qual Giovanni Ramello afirma que existe uma relação determinista entre os direitos de propriedade de um lado e a estrutura de mercado e os meios de concorrência de outro⁵³¹. Esta relação determinista é bem retratada por Bárbara Rosenberg que afirma:

Com efeito, a legislação da concorrência e a legislação de Propriedade Intelectual visam à promoção da eficiência econômica, ainda que por meios complementares e aparentemente antagônicos. Se, por um lado, a exclusividade na exploração dos direitos de Propriedade Intelectual pode mitigar a concorrência estática e criar ineficiências alocativas que resultam em custos sociais, por outro lado essa exclusividade tem efeitos positivos, em termos de eficiência dinâmica, na medida em que estimula a concorrência pela inovação. Diante disto, pode-se afirmar, portanto, que os direitos de Propriedade Intelectual e o Direito concorrencial perseguem a promoção do bem estar-social, ainda que de modo diversos⁵³².

⁵³⁰ É oportuno destacar que o sistema de incentivo criado para retribuir o esforço criativo dos autores não é mau, o que é nocivo são os excessos que vem sendo praticados em nome do Direito Autoral como pondera José de Oliveira Ascensão: “Não que exista problema na protecção do investimento, ao contrário ele é motor do desenvolvimento económico num estado capitalista, ainda que social, mas por ser social não é admissível que o capitalismo oriundo do Estado Liberal se sobreponha ao autor, fazendo com que “o Direito de Autor desça do pedestal espiritualizado em que fora colocado. O que já causa estranheza é que o investimento seja protegido através do Direito de Autor. Quer dizer, que se tenha criado um ramo de Direito altamente protecionista, por invocação da dignidade da criação intelectual, para afinal esse ramo ser colocado ao serviço da protecção do investimento. É uma distorção, porque o Direito de Autor está apetrechado para finalidades muito diferentes”. Neste sentido ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Intelectual em Metamorfose. Revista de Direito Autoral, ano II, número IV, fev. 2006, p. 12.

⁵³¹ Neste sentido: Therefore it is worth repeating that the framework of property rights is critical to antitrust evaluations: there is a deterministic relation between property rights on the one hand, and market structure and modes of competition on the other. RAMELLO, Giovanni B. Copyright and antitrust issues. Liuc Papers n. 114, Serie Economia e Impresa, 31, ottobre 2002, p. 6.

⁵³² ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p. 169-189. p. 174-175.

O Direito da Concorrência propicia a competição entre os agentes econômicos, a fim de que estes forneçam produtos e serviços de qualidade a preços convidativos para os consumidores. O Estado, na livre concorrência, assume o importante papel de regulador, podendo intervir, quando necessário no mercado para coibir as atividades anticoncorrenciais, praticadas pelos agentes econômicos públicos e privados, dentro de um mercado relevante⁵³³.

No Direito Autoral, quando uma empresa concorrente busca limitar ou impedir o acesso de outra ao mercado surge um problema de natureza concorrencial. As condutas dos titulares de Direito Autoral que impedem a exploração de uma obra, ou negam autorização para o uso dela em novo produto a ser lançado e comercializado por um mercado secundário ferem a concorrência, pois está se excedendo o exercício do Direito de exclusiva, o qual deve ser limitado através das regras antitruste, com o objetivo de manter o bem-estar social.

Estas condutas devem ser coibidas, porque o consumidor quando deixa de ter acesso a um novo produto que apresenta características diferentes e por um melhor preço, por ato excessivo de um titular de direito, há uma perda social grave que atinge o bem-estar social a que o Estado deveria garantir.

É de notar que o Direito Autoral, naturalmente, reduz a inserção de produtos no mercado, em razão do Direito de exclusiva que tem, ou como prefere dizer Karin Grau-Kuntz um dos traços típicos do “Direito de Autor (e dos direitos sobre bens imateriais em geral) é que a exploração da obra depende necessariamente da limitação da concorrência”⁵³⁴.

O titular de Direito Autoral tem a possibilidade de excluir competidores de fabricarem e oferecerem produtos idênticos no mercado, porém ele não pode impedir o surgimento de quaisquer produtos substitutos ao seu. Kamiel Koelman destaca muito bem este aspecto ao referir que a oferta de produtos substitutos não pode ser bloqueada e, como tal, o titular de Direito Autoral tem de levar em conta os preços que os seus concorrentes praticam,

⁵³³ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>

⁵³⁴ GRAU-KUNTZ, Karin. Direito de Autor e concorrência. Texto inédito, de 2009, a ser publicado no livro organizado por Allan Rocha de Souza, cuja utilização foi gentilmente autorizada pela autora, p. 5.

pois o “Direito Autoral não garante um monopólio real”⁵³⁵.

Lembra, ainda, Kamiel Koelman, que o Direito Autoral assume às vezes uma competição monopolista, onde os produtos oferecidos, embora, não sejam idênticos, acabam por competir no mercado pela “atenção dos consumidores”. Interessante a observação do autor, no sentido de que os preços no mercado são mais altos quando há uma situação de competição monopolista do que seriam num mercado perfeito. Em contrapartida, a teoria econômica diz que a perda de bem-estar não será tão grande se comparada com um mercado monopolizado⁵³⁶.

Portanto, o exercício do exclusivo patrimonial pelo titular do Direito Autoral é bom, o que não é positivo são as práticas que visam transformar o exclusivo em verdadeiro monopólio, devendo, nestes casos, o Estado intervir em prol do bem-estar social.

Como bem observa Eros Roberto Grau e Paula Forgioni, a Lei Autoral e de propriedade industrial “fazem exceção ao princípio constitucional da livre concorrência, na medida em que instalam o **monopólio** em relação a determinado bem (a criação intelectual, no caso)” (grifei)⁵³⁷, o que obriga a “conjugação entre Direito exclusivo de exploração e proteção da concorrência”⁵³⁸.

Equilibrar a livre concorrência e o exclusivo do Direito Autoral é tarefa árdua e que exige grande grau de subjetividade dos operadores do direito. Primeiro porque a noção de mercado está ínsita à concorrência, mas sem caráter obrigatório no Direito Autoral, e, segundo porque ao mesmo tempo que o Direito Autoral é limitador da concorrência, também pode ser limitado por ela.

O segundo aspecto levantado decorre da observação que, na atualidade, os juristas e economistas têm a compreensão de que a defesa da concorrência serve para coibir as condutas praticadas pelos agentes econômicos, que no exercício abusivo de suas prerrogativas

⁵³⁵ KOELMAN, Kamiel J. **Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d’Auteur Passé?** Draft The final version appeared in International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC) No. 6/2004, p. 617.

⁵³⁶ Idem, p. 617-18.

⁵³⁷ Embora o uso da expressão monopólio para referir-se ao exclusivo não seja a mais adequada, pelas razões expostas no capítulo anterior. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Melhoramentos, 1999, p. 254.

⁵³⁸ Idem, ibidem, p. 256.

patrimoniais, acabam por excluir um grande segmento de consumidores no mercado de determinados bens⁵³⁹, auferindo, por vezes o gozo de autêntico monopólio.

Daryl Lim, assim como outros doutrinadores, entendem que para as economias de mercado a questão da concorrência é matéria de política pública, uma vez que o bem-estar do consumidor constitui o objetivo final das políticas de concorrência, sendo que o mercado livre é a forma mais eficiente de satisfazer a procura dos consumidores por produtos e serviços.⁵⁴⁰

Giovanni Ramello, ao falar do objetivo do Direito da Concorrência, alerta para o fato de que a teoria econômica nem sempre dá elementos suficientes para que os juízes e órgãos administrativos possam agir dinamicamente como o mercado exige, porque os mecanismos de inibição das práticas abusivas não está suficientemente apoiado por instrumentos econômicos. Vale dizer que muito embora a economia reconheça os processos dinâmicos, como é o caso do desenvolvimento tecnológico, as teorias econômicas ainda estão baseadas numa eficiência estática do mercado. O fato das políticas antitruste estarem baseadas neste quadro estático quando são requeridos conceitos dinâmicos torna-se uma limitação muito importante deste tipo de política⁵⁴¹.

A concorrência procura alcançar a sua eficiência regulando os mercados, mas dadas as peculiaridades que apresentam, o Direito Autoral tem de se adaptar às regras concorrenciais e vice-versa, devendo se observar que o mercado de bens culturais é extremamente volátil e dinâmico. Exemplo disto são os casos das indústrias de software e fonográfica, que além da volatilidade, parecem não ter ainda encontrado soluções para explorar novas formas de negócio no ambiente virtual. A realidade do mercado atual, afasta por completo a noção do suporte e do bem corpóreo, caindo o valor sobre os bens incorpóreos que não precisam de um suporte para serem negociados, uma vez que basta uma operação de download para que se possa aceder a uma gama de obras.

Este é o momento oportuno para retomar a idéia central que envolve a dinâmica

⁵³⁹ RAMELLO, Giovanni B. Copyright and antitrust issues. Liuc Papers n. 114, Serie Economia e Impresa, 31, ottobre 2002, p. 1.

⁵⁴⁰ LIM, Daryl. **Copyright under siege: an economic analysis of the essential facilities doctrine and the compulsory licensing of copyrighted works**. Albany Law Journal of Science and Technology, 2007, V. 17, p. 481-558. p. 484.

⁵⁴¹ RAMELLO, Giovanni B. **Copyright and antitrust issues**. Liuc Papers n. 114, Serie Economia e Impresa, 31, ottobre 2002, p. 4.

econômica no Direito Autoral, no sentido de que a retribuição econômica dada aos criadores acaba por provocar um esforço criativo maior nos autores que, por sua vez, vão produzir obras mais diversificadas dando aos usuários uma gama maior de opções de bens a serem adquiridos e fruídos.

Os bens culturais serão tratados como uma mercadoria cujas características específicas vão influenciar a estratégia competitiva por parte dos agentes econômicos (titulares de Direito patrimonial do autor), que podem promover estudos sobre a oferta e a procura de seus bens, a fim de conseguirem obter o retorno de seus investimentos.⁵⁴²

Então, de um ponto de vista econômico, o Direito Autoral dá ao titular de direitos a possibilidade de excluir os usuários que pretendam ter acesso a sua obra, exceto mediante pagamento de um preço. A isto pode-se dizer que os titulares de Direito Autoral exercem um exclusivo sobre as obras por eles criadas o que lhes dá o poder de mercado sobre o bem cultural, pois o que caracteriza este poder é a exploração exclusiva da obra e o sucesso que esta tiver no mercado. É por isto que o lucro monopolístico é o melhor incentivo para a criação, razão pela qual é este o entendimento da maioria dos economistas.⁵⁴³

De tudo o que foi dito, percebe-se que o Direito Autoral e o da concorrência, em vez de serem antagônicos, apresentam uma relação de interação, já que ambos apresentam natureza concorrencial e são tidos como meios para a obtenção dos objetivos políticos-econômicos que o Estado se propõe.

Por não apresentarem uma relação de antinomias, mas de interação, como observa

⁵⁴² RAMELLO, Giovanni B. **Copyright and antitrust issues**. Liuc Papers n. 114, Serie Economia e Impresa, 31, ottobre 2002, p. 5.

⁵⁴³ Neste sentido explica autor italiano: "Copyright is one artifice for converting copyrightable works into private goods and securing for creators appropriate profits deriving from their activity. In a manner significant for the economic analysis, it gives owners the right to exclude other individuals from accessing the protected information good, save upon payment of a price. In other words, it grants authors a statutory monopoly over the copyrightable work which they have created. This legal monopoly confers—at least potentially—a certain amount of market power to the copyright owner. It is worth noting that, although the mere existence of copyright does not necessarily per se confer significant market power to owners or their licensees, the success of a given item on the market and the exclusive exploitation of the right imply market power. This point needs to be made for several reasons. First, according to Nordhaus' (1969) seminal contribution, the optimal incentive to create for the individual - not for the society (ref. Arrow, 1962) - is represented by monopoly profit²⁰. In addition, a large part of the economic literature on copyright maintains the standard assumption of monopoly profits, and this will constitute the reference for the present work (Besen, 1986; Landes and Posner, 1989)" RAMELLO, Giovanni B. **Copyright and antitrust issues**. Liuc Papers n. 114, Serie Economia e Impresa, 31, ottobre 2002, p. 5.

Karin Grau-Kuntz, a limitação do Direito Autoral pela concorrência constitui circunstância excepcional⁵⁴⁴ que deve ser utilizada quando há comprovadamente uma prática de excesso por parte do titular de Direito patrimonial do autor, ou como, diz a autora brasileira, “se estas prerrogativas encontrarem no mercado condições propícias para serem exercidas de forma a criarem entraves à concorrência efetiva” o Estado deve intervir a fim de preservar o mercado.⁵⁴⁵

4.1.2 Direito da Concorrência numa visão autoralista: peculiaridades

A tendência de restringir taxativamente as limitações do Direito Autoral é um fato incontestável em todo o mundo. Basta observar a incorporação pelos países-membros da União Européia, da Diretiva que buscou harmonizar determinados aspectos do Direito de Autor e direitos conexos para a sociedade da informação, acrescentando uma série de limitações, mediante compensação equitativa e utilização de medidas tecnológicas de proteção (DRMs e TPMs).

Esta Diretiva potencializou o exclusivo do titular de Direito patrimonial de autor em detrimento dos usuários e/ou consumidores, aumentando, na prática, os casos de abusos que vêm afetando o mercado. Por isto, é dentro da concorrência que se podem buscar as soluções para alcançar o equilíbrio entre os interesses públicos e privados envolvidos, inclusive para re-humanizar a figura do próprio autor.

Esta tendência é identificada não só nas legislações internas dos países da União Européia, como também no Brasil, que apresenta um rol taxativo de limitações ao Direito Autoral, de caráter extremamente rígido, deixando à margem os interesses dos usuários⁵⁴⁶ e/ou consumidores e até do próprio autor criador da obra, onde o grande favorecido acaba sendo o titular de Direito patrimonial, que, via de regra, é o titular derivado.

⁵⁴⁴ Esclarece a autora que o titular de Direito de Autor só poderá limitar a concorrência quando encontrar no mercado condições propícias ao exercício abusivo de sua posição conquistada no mercado às custas daquele Direito exclusivo. Nestes casos não são regras, mas antes exceção e, neste sentido não há de se falar em um caráter limitador da concorrência (ou monopolista) inerente à essência do Direito de Autor. Idem, p. 6.

⁵⁴⁵ Idem, p. 7.

⁵⁴⁶ Quando se fala em usuários está a se falar em pessoas físicas e jurídicas, que buscam aceder a obra para fins privados ou econômicos.

Ressalta-se, por oportuno, que não se está pregando que os titulares de direitos autorais abdicuem o seu exclusivo em prol da sociedade, mas que todos os personagens envolvidos ganhem com a criação do autor, a começar por este, passando pelos usuários e/ou consumidores e, obviamente, pelos titulares de Direito que sabem impulsionar o mercado de bens culturais.

Por ora, é inevitável a constatação da tensão existente entre as limitações do Direito Autoral e outros direitos fundamentais tais como Direito da cultura, à educação e à informação, tendo o intérprete/aplicador do Direito um papel fundamental para amenizar estes efeitos restritivos na busca de um equilíbrio destes interesses.

Embora se possam sugerir uma série de soluções transitórias antes de se pensar em alteração legislativa ou adoção de cláusula geral, é importante refletir profundamente sobre o assunto. No entanto, durante o processo de metamorfose que o Direito Autoral está atravessando o uso da hermenêutica é fundamental para a solução de conflitos. Como se observou, no capítulo anterior, o uso do princípio da proporcionalidade e dos princípios gerais de Direito são essenciais neste momento para dirimir controvérsias que envolvam a matéria das limitações do Direito Autoral .

Isto porque se já não bastasse a existência das limitações intrínsecas, que estão no corpo da Lei Autoral, existem limitações extrínsecas que acabam por limitar ainda mais o Direito Autoral , que já sofre com as restrições impostas, como as acima mencionadas. Estas limitações extrínsecas ao Direito Autoral , como visto alhures, vêm tomando espaço na atualidade, é o que ocorre com o Direito da Concorrência, do consumidor, da cultura, à informação, à educação e liberdade de expressão, que vêm se defrontando com o Direito Autoral ⁵⁴⁷.

O aspecto econômico é crucial neste estudo, pois nem sempre os efeitos da economia são iguais para todos os países. Na verdade, as necessidades econômicas da sociedade não são iguais para todos, e a utilização de referências internacionais deve levar em conta este detalhe, sob pena de incorrer em equívocos tremendos, que, ao invés de auxiliarem no processo de

⁵⁴⁷ Neste sentido ASCENSÃO, José de Oliveira. O fair use no Direito Autoral . Direito da sociedade da informação: Coimbra, v. VI, 2006.

metamorfose do Direito Autoral , podem acabar aniquilando-o.

A notar, o Brasil é um país capitalista, mas com compromissos sociais previstos em sua Constituição Federal, logo as soluções dadas para resolver os problemas que envolvem o mercado de bens culturais e o exercício abusivo das titularidades patrimoniais ultrapassam as questões meramente econômicas e atingem diretamente o social.

Este aspecto constitui uma importante contribuição da tese, pois a utilização de meios econômicos, como a legislação concorrencial, para coibir a famigerada necessidade de obtenção de lucro exclusivo e em caráter prolongado, por parte dos titulares, tem o potencial de regular o mercado possibilitando o ingresso de outros agentes econômicos no mercado. Por outro lado, esta legislação pode ainda garantir o acesso de novos produtos ou seus substitutos aos consumidores, que poderão usufruir da oferta com preços competitivos. Finalmente, e não menos importante, a legislação concorrencial ajuda a valorizar a figura do criador da obra que se sentirá estimulado a produzir novas obras, uma vez que a utilização de outras obras durante o seu processo criativo fica muito mais facilitado neste enquadramento do que no atualmente existente do exclusivo, que lhe inibe muito fortemente este acesso, pelos excessos que os titulares de Direito vêm praticando.

A obra é produto altamente comercializado e consumido no mercado, e como tal, todas pessoas envolvidas na relação autoral devem ser respeitadas dentro dos limites estabelecidos pela Lei Autoral frente aos contornos constitucionais que o Estado apresenta.

A informatização promoveu o (re)surgimento da importância econômica das obras. As bases de dados e os programas de computadores, na atualidade, são obras de alto valor para a economia de mercado, no entanto elas apresentam um caráter utilitário que se distancia da visão tradicional da obra. Ademais, a voracidade dos titulares do conteúdo patrimonial do Direito Autoral exige a intervenção de instrumentos e mecanismos jurídicos para combater os excessos praticados em nome do Direito Autoral .

Entre os mecanismos extrínsecos que podem limitar os excessos praticados pelos titulares de Direito Autoral está o Direito da Concorrência, que como visto na seção anterior, tem por objetivo principal estimular a competitividade entre os concorrentes para propiciar aos consumidores melhores preços dos produtos e serviços ofertados no mercado.

Em razão das atividades exercidas pelos agentes econômicos privados e públicos de produção e distribuição de produtos e serviços no mercado, o Estado, como referido alhures, intervêm no comportamento destes para coibir práticas abusivas praticadas por estes, punindo condutas que configurem uma posição dominante da empresa no mercado relevante, incluindo os titulares de Direito Autoral. Estas ações do Estado devem ter por objetivo impedir a conduta abusiva que possa, dentre outras possibilidades, limitar o acesso ao mercado de um novo agente econômico ou que dificulte o desenvolvimento de atividade de uma empresa concorrente, bem como a implementação de mecanismos para evitar fusões que possam ensejar a prática anticoncorrencial.

A recusa em conceder licenças para o uso de obras ou os entraves criados pelos titulares de Direito Autoral, como demora na concessão destas, são as práticas antitruste que mais vêm ocorrendo na atualidade, e que devem ser coibidas pelo Direito da Concorrência.

Dito isto, resta claro que o Direito da Concorrência não exclui o exercício do titular do Direito Autoral, conforme foi visto no capítulo dois. O que pode ocorrer é uma preponderância destes direitos quando houver uma tensão entre eles num caso concreto. Ocorre que estas tensões estão crescendo dentro destes institutos jurídicos tendo em vista que a indústria cultural constitui uma rentável atividade econômica e a necessidade de garantir uma concorrência leal entre agentes econômicos é fundamental para não por em risco os benefícios que podem trazer para os usuários.

Estas práticas anticoncorrencias, como a recusa de uma licença, por ultrapassarem o que o exclusivo concedido pela Lei Autoral permite ao titular de direito, são consideradas excessivas, e como tais combatidas com a legislação antitruste por se tratar de um abuso de poder dominante no mercado. Mas é interessante destacar que ainda que não existisse disposição expressa acerca do abuso de poder dominante na lei antitruste, a teoria do abuso de direito⁵⁴⁸ poderia ser aplicada ao Direito Autoral para coibir os excessos dos titulares.

⁵⁴⁸ A doutrina do abuso de direito, em que pese a impropriedade da expressão, sempre foi aceita pela doutrina Brasileira, a ponto do Código Civil consagrá-lo no artigo 187, podendo muito bem ser aplicada no Direito Autoral. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um Direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Mas a previsão expressa da hipótese de abuso do poder dominante pela lei concorrencial dá mais força para os usuários e/ou consumidores, uma vez que a utilização da regra antitruste traz uma intervenção estatal mais contundente, além da possibilidade de intervenção judicial. O que se aplica ao Direito Autoral, pois como adverte Denis Borges Barbosa “a noção de abuso de direitos autorais é tão viva, ou talvez ainda mais, na legislação européia”⁵⁴⁹. De notar que ela está prevista na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia⁵⁵⁰.

Não obstante as críticas direcionadas contra a literalidade de algumas expressões constantes do preceito normativo do art. 187 do Código Civil, é impossível negar a importância da posituação do abuso de Direito em nosso sistema jurídico, levando-se em consideração, principalmente, o fato de que a consagração de tal instituto contribuirá para pôr fim a antigas celeumas suscitadas pelos operadores do direito.

Quando se fala em direitos exclusivos, como os concedidos aos titulares de Direito da Propriedade Intelectual, é inevitável a análise do abuso de direito. No entanto, a abordagem deste tema é recorrente na Propriedade Industrial, mais especificamente nas patentes, sendo pouco estudada em relação ao Direito Autoral. Um dos autores que melhor explora a matéria é Denis Borges Barbosa⁵⁵¹.

Nos casos de bens intelectuais a preocupação se centra nas condutas tendentes à dominação dos mercados, que caracterizam o abuso do poder econômico. Para Paula Forgioni uma empresa está em posição dominante quando tende a adotar um “comportamento típico de

⁵⁴⁹ BARBOSA, Denis Borges. **Abuso de direitos na Propriedade Intelectual – patentes e direitos autorais**. In: Revista de Direito Autoral. São Paulo: Lumen Juris. Ano II, número III, agosto de 2005, p. 41-58. p.56-57.

⁵⁵⁰ A proibição do abuso de Direito é prevista também pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, publicada no jornal oficial das Comunidades Europeias, em 18 de dezembro de 2000. Artigo 54º - “Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de implicar qualquer Direito de exercer actividades ou praticar actos que visem a destruição dos direitos ou liberdades por ela reconhecidos, ou restrições maiores desses direitos e liberdades que as previstas na presente Carta”.

⁵⁵¹ Denis Borges Barbosa faz esta observação, apontando os instrumentos internacionais que disciplinam o abuso de direito, dentre eles a Convenção de União de Paris, de 1883, que na versão de Estocolmo introduziu no artigo 5º a faculdade de cada país da União de “adotar medidas legislativas prevendo a concessão de licenças compulsórias para prevenir os abusos que poderiam resultar do exercício do Direito exclusivo conferido pela patente, como, por exemplo, a falta de exploração”. Igualmente o já citado artigo 8º e 31 do ADPIC/TRIPS dispõem a hipótese de repressão de abusos e práticas anticoncorrenciais.. Neste sentido, ver BARBOSA, Denis Borges. **Abuso de direitos na Propriedade Intelectual – patentes e direitos autorais**. In: Revista de Direito Autoral. São Paulo: Lumen Juris. Ano II, número III, agosto de 2005, p. 41-58. p.41.

um monopolista, aumentando preços, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e ainda impondo a outros agentes econômicos práticas que não adotariam, caso houvesse concorrência naquele mercado”⁵⁵².

Os casos de abusos praticados por titulares de direitos autorais vêm crescendo nos últimos anos nos Estados Unidos⁵⁵³ e na Europa⁵⁵⁴, e é graças à existência de uma forte legislação antitruste que estes atos estão sendo coibidos. No Brasil, infelizmente, não fosse um único processo administrativo julgado pelo CADE e um outro, já citado, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia falar em inexistência do tema na jurisprudência brasileira.

A aplicação do Direito da Concorrência no Direito Autoral americano teve como marco o caso que envolveu uma das principais indústrias culturais da época e da atualidade: a indústria cinematográfica. O caso *U. S. v. Paramount* (334 U.S. 131 (1948)) é bastante emblemático e foi objeto de estudo detalhado por parte de Joseph Taubman⁵⁵⁵.

O caso mais recente e emblemático envolvendo Direito Autoral e da concorrência ocorreu na Irlanda do Norte e é conhecido pelos juristas como o caso *Magill*, que será analisado, posteriormente, tendo em vista que no julgamento e parecer foram traçados os primeiros requisitos que permitem admitir a limitação do Direito Autoral pelo da concorrência.

É oportuno sempre ter em mente que tanto a legislação autoral como o da concorrência procuram dar estímulo à criação, visto que esta “inovação” irá beneficiar os usuários/consumidores dos bens culturais, e devem respeitar uma série de princípios

⁵⁵² FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 315.

⁵⁵³ Deve-se advertir que nos Estados Unidos em razão não só da política do mercado econômico que refletiam nos institutos jurídicos, como o Direito Autoral, bem como pelo sistema jurídico autoral adotado, até hoje, o sistema do *copyright* que prevalece o aspecto econômico.

⁵⁵⁴ Sobre os casos Europeus veja a obra de SIIRIAINEN, Fabrice. *Droit d'auteur contra droit de la concurrence: versus droit de la regulation*. *Revue Internationale de Droit Economique* 2001- 4 (t. XV, 4)

⁵⁵⁵ Neste sentido a obra de Joseph Taubman que analisou o caso citado de acordo com a legislação americana antitruste e a Lei de *copyright*. Embora o precedente americano já tenha sido analisado e citado em outras obras e hoje encontra-se até na internet, optou-se por referenciar a obra do autor americano, porque durante as pesquisas do trabalho a obra de Joseph Taubman foi a primeira a abordar a visão concorrencial no Direito Autoral. Neste sentido TAUBMAN, Joseph. **Copyright and antitrust**. New York: Federal Legal Publications, INC, 1960.

constitucionais que já estão previstos no citado artigo 1º da Lei nº 8.884/94.

Enquanto, a lei antitruste procura conseguir este objetivo através da eliminação dos obstáculos da concorrência, os direitos autorais perseguem o objetivo de incentivar a atividade criativa de maneira diversa, criando e atribuindo um exclusivo que muitos preferem chamar de monopólio legal para atenuarem os efeitos da concorrência, e é esta a origem de todo o conflito.

Assim é que pode ocorrer, como vem acontecendo na Europa e nos Estados Unidos, o abuso do poder dominante pelo manto do exercício do exclusivo, que é Direito concedido a todo titular de Direito Autoral, mas que, por vezes, vem excluindo e proibindo novas atividades criativas. Nesta hipótese, pode a parte se contrapor ao exclusivo de Direito Autoral alegado sob o fundamento do Direito de Concorrência.

A intervenção estatal para coibir estes atos abusivos é fundamental para limitar e regular o próprio mercado. Não que o Direito de Autor do titular tenha desaparecido, ele foi apenas limitado no caso concreto, porque o abuso do poder econômico acarreta prejuízo ao consumidor, e esse ao ser lesado ou ter a possibilidade de ser lesado pode atuar individual ou coletivamente para proteger a tutela de seus direitos. Nestes casos, para se verificar a existência do abuso do poder econômico, que vai ser a limitação extrínseca do Direito Autoral, é necessário que a lei de concorrência seja analisada em conjunto com a Lei Autoral.

A conciliação entre as exigências da livre concorrência, da circulação de mercadorias e o respeito ao Direito Autoral deve ser feita de maneira que possa proteger os legítimos interesses destes direitos, excluindo todo e qualquer exercício abusivo que possa “compartimentar artificialmente” o próprio mercado ou prejudicar o próprio regime da livre concorrência.

No Brasil, a já citada Lei nº 8.884/94 cuida da estrutura do mercado e procura coibir o abuso do poder econômico, o que resultou na criação da agência brasileira de regulação da concorrência, para tanto tornou o Conselho Nacional de Defesa Econômica – CADE⁵⁵⁶, em

⁵⁵⁶ O atual Sistema brasileiro de defesa da Concorrência - SBDC é composto por três órgãos: 1) a Secretaria de Direito Econômico - SDE, órgão do Ministério da Justiça; 2) Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, órgão do Ministério da Fazenda; 3) Conselho Administrativo

autarquia do Ministério da Justiça e, atualmente, é o órgão competente para regular as condutas anti-concorrenciais previstas no artigo 20 da citada lei, sendo responsável pela decisão final da matéria concorrencial, bem como atua de forma preventiva, repressiva e educativa nas questões do Direito da Concorrência⁵⁵⁷.

A lei antitruste afasta a concorrência perfeita e possibilita a existência de atos anti-concorrenciais, desde que objetivem ao aumento da produtividade, a melhoria dos bens e serviços, o desenvolvimento tecnológico, em benefícios aos usuários/consumidores ou quando essenciais para o bem comum e à economia nacional, como observou Paulo Antônio Caliendo Silveira.⁵⁵⁸

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE tem como principal missão garantir a manutenção da livre concorrência. Para tanto, pode mediar e agir preventivamente, mas sua principal atribuição é a análise e decisão acerca dos procedimentos advindos da Secretaria de Direito Econômico – SDE que iniciam os procedimentos administrativos nos casos em que se verifica qualquer tipo de abuso de poder econômico.

Vale relembrar, ainda, que tanto o Direito Autoral (artigo 5º, XXVII e XXVIII) como o Direito da Concorrência (artigo 170, IV) estão previstos constitucionalmente e obedecem aos critérios que definem se o Direito posto no ordenamento constitucional é fundamental ou não. O primeiro destes critérios é a vinculação dos princípios da dignidade da pessoa humana; o segundo, de que os direitos fundamentais se diferenciam porque dão ao indivíduo, de forma isolada ou coletiva, determinadas posições subjetivas; e, terceiro, a função protetiva deste direito. E o Direito da Concorrência, embora não esteja previsto no elenco do artigo 5º da Constituição Federal, atende aos critérios exigidos para caracterizá-lo como um Direito fundamental.⁵⁵⁹

de Defesa Econômica - CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Disponível em <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ29715BC8ITEMIDCEF35B5AB2E84F6A8CA8858B129BB4E_FPTBRIE.htm>

⁵⁵⁷ Luciano Benetti Timm fala sobre que o CADE tem como atividade o controle do “poder econômico que possa razoavelmente afetar o mercado – via proibição de abuso de posição dominante e via acordos entre concorrentes, como os cartéis -, estar-se-á indiretamente controlando o desnível de poder entre os contratantes.” TIMM, Luciano Benetti. **Função Social do Direito contratual no código civil Brasileiro: justiça distributiva vs. Eficiência econômica**. São Paulo: Revista do Tribunais, ano 97, out 2008, v. 876, p. 41-42.

⁵⁵⁸ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo. **Defesa da Concorrência no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1998, p.15

⁵⁵⁹ Neste sentido SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3ª Edição. Livraria dos advogados: Porto Alegre, 2003, p. 121.

Este entendimento é essencial para identificar a existência de interesses diferentes e que podem vir a se chocar, causando uma tensão. É por isto que a Lei nº 8.884/94 expressamente dispõe, em seu artigo 1º⁵⁶⁰, que a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica se orientam pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, e, em específico, no artigo 21, inciso XVI⁵⁶¹ prevê que o ato de açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia pode caracterizar infração à ordem econômica.

No inciso acima referido, existe uma imprecisão terminológica, pois fala em “propriedade industrial ou intelectual” como se fossem sinônimas, quando, na verdade, o Direito da Propriedade Industrial é espécie do gênero Propriedade Intelectual, do qual o Direito Autoral faz parte. Em que pese este detalhe, é evidente que o legislador quis prever a hipótese de ofensa à Propriedade Intelectual no seu todo, incluindo o Direito Autoral (programas de computadores, Direito de Autor propriamente dito, os que lhes são conexos – artistas intérpretes e executantes, empresas de radiodifusão e produtores de fonogramas).

Da análise do inciso XVI do artigo 21 da Lei nº 8.884/94, resta clara a consagração de hipótese de limitação extrínseca do Direito Autoral pelo Direito da Concorrência. Assim, independentemente de culpa, os titulares de Direito Autoral estarão infringindo a ordem econômica se praticarem atos, sob qualquer forma manifestados e que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante, como é exemplo a recusa de licença de uso de uma obra.

Como a própria lei concede uma espécie de monopólio temporário aos titulares de direito, na forma de exclusivo, é mais comum ocorrer a hipótese de abuso do poder dominante, que acontece quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela

⁵⁶⁰ Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

⁵⁶¹ Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:
XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia.

substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa (parágrafo 2º, artigo 20, da Lei nº 8.884/94)⁵⁶².

É oportuno observar que as práticas anticoncorrenciais envolvem não só a análise do artigo 20, mas também do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, sendo que os atos constantes no artigo 20 configuram-se como infração à ordem econômica enquanto que o artigo 54 reproduz a prática restritiva da concorrência, que por sua vez tem o efeito prático previsto nos incisos I ou II do artigo 20 da lei antitruste⁵⁶³.

Ainda a respeito da lei antitruste e sua aplicação no Direito Autoral, recordam Eros Roberto Grau e Paula Forgioni, que a lei antitruste protege a livre concorrência e a livre iniciativa, e se constitui em um Direito comum, enquanto que a Lei Autoral é uma regra específica e que apresenta um caráter excepcional, porque protege “os direitos de autor, possibilitando a exploração de um monopólio legal e a restrição à concorrência, dentro aos claros e precisos limites nela estabelecidos”, cujo artigo 4º exige uma interpretação restritiva, não se prestando a analogias⁵⁶⁴.

Esta peculiaridade apresentada na lei deve ser observada quando da aplicação da mesma nos casos que envolverem conflito entre o Direito Autoral e de Concorrência, lembrando sempre que a Lei Autoral frente a lei antitruste é uma relação de excepcionalidade.

O Direito da Concorrência como limitação do Direito Autoral

⁵⁶² Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

⁵⁶³ Neste sentido ponderam Eros Grau e Paula Forgioni: “a regra do art. 20 respeita a ato que produza qualquer efeito previsto em seus incisos. Caso se verifique essa hipótese, a consequência jurídica que lhe atribui a Lei Antitruste é a sua caracterização como infração à ordem econômica. Já o texto do art. 54 trata de outro suporte fático: prática restritiva da concorrência, que produz o efeito previsto no inciso I ou no inciso II do art. 20. aqui, porém, as partes submetem o ato à apreciação do CADE e estão presentes as eficiências tipificadas no parágrafo 1º. como se vê, a hipótese normativa do art. 54 vai além daquela do art. 20, prevendo um ato restritivo – não há dúvida -, mas que produza, também, eficiências. Nessa medida, a consequência jurídica prevista é a autorização pelo CADE”. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Melhoramentos, 1999, p. 252-253.

⁵⁶⁴ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Melhoramentos, 1999, p. 257.

A rigor, somente são admitidas as restrições à livre concorrência ou à livre circulação de mercadorias ou de serviços inerentes à proteção da própria substância do Direito da Propriedade Intelectual, e, no caso específico, no Direito Autoral . Mas em que pese este princípio, somente se admitem as derrogações a esta liberdade na medida em que estas sejam justificadas pela salvaguarda dos direitos que constituem o objeto específico desta propriedade.

Não há Direito absoluto, nem mesmo o de propriedade. O fato é que, em que pese a outorga estatal e legislativa do exclusivo ao titular de direito, este pode e deve ser limitado em caso de abuso. Daí afirmar-se que as limitações dos direitos autorais não se circunscrevem apenas ao conjunto de três artigos que a Lei Autoral dispõe acerca das restrições a esses direitos. As circunstâncias e o caso concreto permitem a limitação deste Direito por institutos extrínsecos a ele, porém correlatos, como é o caso do Direito da Concorrência.

Karin Grau-Kuntz adverte que num primeiro momento do conflito entre os dois direitos, o Direito Antitruste deveria recuar, porque a essência da garantia do Direito de exploração exclusiva da obra seria impossibilitar a concorrência, onde “o exclusivo garantido pelo Direito de Autor criaria assim uma ilha no oceano do âmbito de aplicação do Direito antitruste, expressando uma posição especial do Direito Autoral frente ao Direito antitruste”⁵⁶⁵.

Excepcionalmente, mas de forma correta, o Tribunal de Justiça da União Européia vem analisando alguns casos de limitações do Direito Autoral pela concorrência. Ao longo das decisões dos vários julgados consolidaram-se seis critérios que irão ser aplicados em futuras decisões a casos concretos. Se num dado julgado forem identificados os critérios, o Tribunal imporá a licença compulsória, limitando, assim, obrigatoriamente, o Direito exclusivo exercício pelo titular de Direito Autoral . Estes critérios são:

- 1) que o titular de um Direito de Propriedade Intelectual detenha posição dominante no mercado comum ou em parcela substancial dele, de modo que o comércio entre os Estados-membros seja

⁵⁶⁵ Idem, p. 2.

substancialmente afetado; 2) que o Direito de PI dê acesso ao produto ou serviço indispensável para uma atividade econômica em particular (e aqui se procede ao *essential facilities-test*); 3) que haja dois mercados separados, i. e., um mercado origem para o produto considerado bem essencial ou indispensável e o mercado para a atividade ou negócio dependente (*two markets-test*); 4) que a recusa de licenciar tenha como efeito impedir o desenvolvimento e surgimento de um novo produto no mercado, não oferecido pelo titular o Direito de Propriedade Intelectual, mas par o qual haja uma potencial demanda consumidora (*limiting of production-test* de acordo com o art. 82 9b) do TCE); 5) que a recusa não seja justificada por considerações objetivas (*objective considerations*); 6) que a recusa venha excluir a concorrência no mercado secundário (*leveraging-test*)⁵⁶⁶.

No citado caso Magill⁵⁶⁷, o problema concorrencial residia no fato de que a Editora

⁵⁶⁶ HEINEMANN, Andreas. Antitruste internacional e Propriedade Intelectual. In: RODRIGUES JR, Edson Beas; POLIDO, Fabrício (Orgs.). **Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Campus, 2008, p. 452-453.

⁵⁶⁷ Acórdão do Tribunal de 6 de Abril de 1995. Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comissão das Comunidades Europeias. Concorrência - Abuso de posição dominante - Direito de Autor. Processos apensos C-241/91 P e C-242/91 P. *Colectânea da Jurisprudência 1995 página I-00743. Sumário da decisão: "1. Existe uma posição dominante, na acepção do artigo 86. do Tratado, de sociedades de teledifusão quando, através do monopólio de facto de que aquelas dispõem sobre as informações relativas às suas listas de programas, captados pela maior parte das famílias num Estado-Membro e uma parte substancial das famílias na parte vizinha de um outro Estado-Membro, dispõem do poder de criar entraves à existência de uma concorrência efectiva no mercado das publicações semanais de televisão nas regiões em causa. 2. O comportamento de uma empresa em posição dominante que se insere no exercício de um Direito qualificado de "Direito de Autor" pelo Direito nacional não fica só por este facto subtraído a qualquer apreciação à luz do artigo 86. do Tratado. É certo que, na falta de uma unificação comunitária ou de uma aproximação das legislações, a fixação das condições e das modalidades de protecção de um Direito de Propriedade Intelectual compete às normas nacionais e que o Direito exclusivo de reprodução faz parte das prerrogativas do autor, de forma que uma recusa de autorização, mesmo quando proveniente de uma empresa em posição dominante, não pode constituir em si mesma um abuso desta posição. Não obstante, o exercício do Direito exclusivo pelo titular pode, em circunstâncias excepcionais, dar lugar a um comportamento abusivo. Tal é o caso quando as sociedades de teledifusão invocam o Direito de Autor conferido pela legislação nacional para impedir uma ou outra empresa de publicar informações (a estação emissora, o dia, a hora e o título das emissões), acompanhadas de comentários e de imagens, obtidos independentemente das referidas sociedades, numa base semanal, desde que, em primeiro lugar, este comportamento constitua obstáculo à aparição de um produto novo, um guia semanal completo dos programas de televisão, que as sociedades interessadas não oferecem e para o qual existe uma procura potencial por parte dos consumidores, o que constitui um abuso segundo o artigo 86. , segundo parágrafo, alínea b), do Tratado, que, em segundo lugar, a recusa não seja justificada nem pela actividade de radiodifusão televisiva nem pela edição de listas de televisão e que, em terceiro lugar, as sociedades interessadas reservem para si, pela sua conduta, um mercado derivado, o dos guias semanais de televisão, excluindo toda a concorrência neste mercado uma vez que negam o acesso à informação em bruto, matéria-prima indispensável para criar um tal guia. 3. Um recurso para o Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 168. -A do Tratado e do artigo 51. do Estatuto do Tribunal de Justiça, só pode basear-se em fundamentos relativos à violação das normas de direito, com exclusão de qualquer apreciação dos factos. 4. Para que a condição de afectação do comércio entre Estados-Membros, na acepção do artigo 86. do Tratado,*

Magill, da Irlanda, pretendia lançar no mercado interno, um único guia de programas de televisão, e acabou sofrendo resistência das três emissoras (BBC, RTE e ITP) que detinham a titularidade da grade de programação, que eram publicadas e vendidas semanalmente em separado. Em outras palavras, o usuário e/ou consumidor para ter acesso à grade de programação das emissoras teria de adquirir semanalmente três revistas ao invés de uma só. E quando a Editora Magill resolveu juntar as três programações em uma única revista semanária e colocar no mercado a venda deste novo produto, as emissoras de televisão alegaram ofensa ao exclusivo do Direito Autoral. É um caso emblemático que merece uma análise mais profunda.

O Tribunal de Justiça da União Européia entendeu que o exercício do Direito exclusivo de reprodução da obra protegida pelas emissoras em si não era abusivo. Porém, quando, no caso concreto, as condições e modalidades do exercício desse Direito exclusivo de reprodução da obra protegida apresentavam finalidade manifestamente contrária aos objetivos previstos na Lei Autoral, o exercício deste Direito não corresponderia mais ao seu núcleo essencial, que é a de assegurar a proteção moral da obra e a remuneração do esforço criativo, através do exclusivo.

se mostre preenchida, não é necessário que o comportamento incriminado tenha efectivamente afectado esse comércio de maneira sensível. Basta provar que este comportamento é de molde a produzir tal efeito. Tal é o caso quando uma empresa exclui qualquer concorrente potencial no mercado geográfico constituído por um Estado-Membro e uma parte de um outro Estado-Membro e, desta forma, altera a estrutura da concorrência neste mercado, o que afecta o fluxo das trocas potenciais entre os referidos Estados-Membros. 5. As disposições de uma convenção concluída anteriormente à entrada em vigor do Tratado ou, conforme o caso, anteriormente à adesão de um Estado-Membro, convenção a que se aplica o artigo 234. do Tratado, não podem ser invocadas nas relações intracomunitárias, desde que os direitos dos Estados terceiros não estejam em causa. Quando uma convenção foi ratificada por um Estado-Membro já vinculado pelo Tratado, não pode ser invocada para limitar a competência da Comunidade, tal como vem prevista no Tratado, uma vez que este só pode ser revisto em conformidade com o processo do artigo 236. 6. A aplicação do artigo 3. do Regulamento n. 17 deve ser feita em função da natureza da infracção verificada e pode igualmente compreender a obrigação de efectuar determinadas acções ou prestações, ilicitamente omitidas, para além da proibição de continuar determinadas actividades, práticas ou situações contrárias ao Tratado. 7. No âmbito da aplicação do artigo 3. do Regulamento n. 17, o princípio da proporcionalidade significa que os ónus impostos às empresas, para porem termo a uma infracção ao Direito da Concorrência, não devem ir além dos limites do que é adequado e necessário para atingir a finalidade prosseguida, isto é, a reposição da legalidade em relação às regras que, concretamente, foram infringidas. 8. *As decisões da Comissão que têm por objecto a verificação de infracções às regras de concorrência, pronunciar injunções e aplicar sanções pecuniárias devem obrigatoriamente ser fundamentadas, por força do artigo 190. do Tratado, que exige que a Comissão exponha as razões que a levaram a tomar uma decisão, de modo a permitir ao Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Primeira Instância exercerem o seu controlo e dar a conhecer aos Estados-Membros e aos respectivos nacionais interessados as condições em que fez aplicação do Tratado. Para além disso, não se pode exigir à Comissão que discuta todos os pontos de facto e de Direito que foram analisados no processo administrativo.*

Em outras palavras, na medida em que o exercício do Direito exclusivo por parte do titular impede o surgimento de uma outra obra, que constitui um novo produto, ele está agindo de forma excessiva, pois impede que os usuários e/ou consumidores tenham acesso a este produto. O uso da concorrência, aqui, visa coibir toda e qualquer possibilidade formação de monopólios, pois limita o exclusivo do titular de direito, que poderia passar a escolher quem vai conceder ou não autorização para a publicação de sua obra e dentro de condições específicas.

Aqui vale ressaltar que o Direito de concorrência alegado por Magill foi em benefício da própria função do Direito Autoral, qual seja o de possibilitar o acesso à informação e o desenvolvimento de outras obras de caráter transformativa. O exercício do Direito exclusivo pelos titulares de Direito Autoral não pode se transformar em obstáculo ao processo criativo de terceiros, pois toda a obra “consumida” acaba inspirando a criação de uma nova obra inspirada naquela que o usuário e/ou consumidor teve acesso, o que irá variar é o grau de aproveitamento da obra utilizada.

Ainda quanto à posição dominante, é necessário destacar que, no caso Magill⁵⁶⁸, o ter acesso à informação da grade de programação era fundamental para que este pudesse fazer o guia semanal a que se propunha, o que beneficiaria o próprio usuário/consumidor. Como as informações estavam em poder das três emissoras de televisão isto criou um monopólio de fato sobre estas informações, e, em razão disto, criavam entraves para que surgisse no mercado um novo produto, qual seja um novo guia semanal de programas de televisão.

Quanto ao abuso, é bom ponderar que o Direito exclusivo de reprodução faz evidentemente parte das prerrogativas do autor, de forma que uma recusa de autorização, mesmo quando proveniente de uma empresa em posição dominante, não pode constituir em si mesma um abuso desta posição, porém o exercício do Direito exclusivo pelo titular pode, em circunstâncias excepcionais, dar lugar a um comportamento abusivo.

O que é censurável, no caso Magill, é que os titulares de Direito utilizaram o

⁵⁶⁸ Citado por quase todos os autores que versam sobre Direito Autoral e Direito da Concorrência, tais como: ASCENSÃO, José de Oliveira. O fair use no Direito Autoral, BARBOSA, Denis Borges. Abuso de direitos e abuso de poder econômico, NIVARRA, Luca. Il diritto d'autore, PANINI, Gabriele Maria. I rapporti fra la proprietà intellettuale e il diritto antitrust: la dottrina dell'essential facility, RAMELLO, Giovanni B. Copyright and Antitrust issues.

exclusivo concedido pelo Direito Autoral como fator impeditivo para que este ou qualquer outro agente econômico utilizasse a informação, horários dos programas, acrescidos de comentários para fazer o seu guia semanal, fazendo do Direito Autoral um limitador da livre concorrência de novos produtos (no caso guia semanário). É o outro lado da moeda.

Outro ponto a destacar neste caso é que houve o entendimento de que consistia mercado relevante a “informação usada para fazer a grade de programas de televisão”, considerando que os canais tinham um monopólio de fato sobre esta informação, que, por sua vez, era a matéria-prima para desenvolver um guia de programação. Desta forma, a recusa de concessão de acesso a estas informações protegidas constituía um abuso de posição dominante, porque impedia que a Editora Magill pudesse competir no mercado de revistas de televisão.

A compilação destas informações é protegida pelo Direito Autoral, eis que as bases de dados são consideradas obras inclusive no ordenamento brasileiro, porém o problema é que as bases de dados, assim como os programas de computadores, são criações de caráter utilitário. Neste sentir é que o Tribunal de Justiça da Comissão Européia acabou por instituir licença compulsória através de decisão em casos envolvendo base de dados protegidas pelo Direito Autoral, mas que continham informações de caráter público⁵⁶⁹.

Dentro do ordenamento pátrio não há possibilidade de instituir uma licença compulsória, o que facilita a prática de abusos pelos titulares de direito, pois intrinsecamente, a Lei Autoral brasileira não dispõe deste mecanismo. No Brasil, somente através do uso da lei antitruste é possível superar uma recusa de licença, e assim, coibir o abuso dos titulares de Direito Autoral que impedem o acesso a estas obras, inclusive para fins de obras derivadas.

O caso Magill é especial porque a própria norma comunitária prevê a admissão de restrições à livre concorrência ou à livre circulação de mercadorias ou de serviços inerentes à proteção da própria substância do Direito de Propriedade Intelectual. Mas esta regra encontra limitações como as acima referidas, o que remete à análise obrigatória do caso concreto. Não há como fugir disto, daí reiterar-se que o papel do intérprete/aplicador do Direito é essencial

⁵⁶⁹ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>

nestes casos que já estão acontecendo.

Assim, em termos comunitários, para que o Direito Autoral prevaleça sobre o de concorrência, é necessário que no caso concreto esteja ameaçada a segurança da proteção do Direito moral do autor e que haja a remuneração pelo esforço criativo.

Na jurisprudência da União Européia vem se consolidando o entendimento de que a exclusividade e o exercício do exclusivo por parte dos titulares de Direito Autoral não podem chegar ao ponto de recusar o acesso a um serviço público, cuja concessão é dada pelo Estado, sob pena de ferir as regras basilares da concorrência. Entendem que é legítimo que o titular de Direito Autoral cobre uma taxa para a utilização das bases de dados, desde que o preço não seja discriminatório, a fim de alcançar o equilíbrio entre o Direito de concorrência e o Direito Autoral⁵⁷⁰.

Este entendimento, infelizmente, não foi seguido pelo único caso de recusa de licença examinado pelo CADE, entre a TVA e a TV Globo⁵⁷¹, em que pese o brilhante voto do Processo Administrativo de lavra do Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca, que entendeu existir abuso do poder dominante, por estarem presentes três perspectivas a serem analisadas no caso concreto em relação ao mercado, a saber: “o mercado do produto, o mercado geográfico e o mercado temporal”⁵⁷².

⁵⁷⁰ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>

⁵⁷¹ PROCESSO ADMINISTRATIVO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE RÁDIO-DIFUSÃO DE SONS E IMAGENS. PROGRAMAÇÃO DE REDE ABERTA DE TELEVISÃO. RECUSA DE VENDA. DISCRIMINAÇÃO ENTRE CONCORRENTES. CRIAÇÃO DE DIFICULDADE À ENTRADA, AO FUNCIONAMENTO OU AO DESENVOLVIMENTO DA EMPRESA. INFRAÇÕES PREVISTAS NO ART. 20 C/C O ART. 21 DA LEI Nº 8.884/94, NÃO CONFIGURADAS. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR ATO DA ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, POR INSUBSISTÊNCIA DE INFRAÇÃO. RECURSO DE OFÍCIO CONHECIDO E, POR MAIORIA DE VOTOS, IMPROVIDO, MANTENDO O ARQUIVAMENTO. Processo Administrativo nº 53500.000359/99 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Apensa Averiguação preliminar nº 53500.002586/98. REPRESENTANTE: Agência Nacional de Telecomunicações “Ex officio” (TVA Sistema de Televisão S/A – Directv), REPRESENTADA: TV Globo Ltda e Tv Globo São Paulo Ltda. Conselheiro-Relator: João Bosco Leopoldino da Fonseca. Brasília/DF em 20 de junho de 2001. tendo sido vencido o voto do Conselheiro-Relator.

⁵⁷² PROCESSO ADMINISTRATIVO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE RÁDIO-DIFUSÃO DE SONS E IMAGENS. PROGRAMAÇÃO DE REDE ABERTA DE TELEVISÃO. RECUSA DE VENDA. DISCRIMINAÇÃO ENTRE CONCORRENTES. CRIAÇÃO DE DIFICULDADE À ENTRADA, AO FUNCIONAMENTO OU AO DESENVOLVIMENTO DA EMPRESA. INFRAÇÕES PREVISTAS NO ART. 20 C/C O ART. 21 DA LEI Nº 8.884/94, NÃO

O caso foi discutido no CADE através de processo administrativo que se iniciou pela TVA, onde a discussão central era saber se uma concessionária de televisão aberta era ou não obrigada a licenciar a imagem de seus programas, a fim de serem retransmitidas, via satélite, por operadoras de televisão que oferecem o serviço através de assinatura. Patrícia Regina Pinheiro Sampaio sintetiza bem o problema:

a TVA acusava a TV Globo de abusar de posição dominante ao recusar-lhe a autorização necessária para incluir no serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio via satélite (direct to home – DTH) da DirectTV, sua controlada, a programação local da TV Globo nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre. A TVA alegava que, através dessa negativa, a concessionária de televisão aberta estaria discriminando a DirectTV, em benefício da SKY, empresa, à época, na modalidade de distribuição de sinais de televisão e áudio via satélite. Tratar-se-ia, por conseguinte, de conduta anticompetitiva almejando dominar o mercado de DTH⁵⁷³.

A TV Globo sustentou que o Direito brasileiro não dispunha (e não dispõe, ainda) de “uma norma que obrigasse a contratar, e que a legislação de defesa da concorrência não previa a possibilidade de imposição de licença compulsória de direitos autorais”⁵⁷⁴, e, por maioria, o CADE entendeu que não havia prática anticoncorrencial ensejadora de intervenção estatal, tendo sido arquivado o processo.

Entende-se, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica deveria ter tomado uma atitude mais interventiva no sentido de reconhecer a funcionalização da

CONFIGURADAS. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR ATO DA ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, POR INSUBSISTÊNCIA DE DE INFRAÇÃO. RECURSO DE OFÍCIO CONHECIDO E, POR MAIORIA DE VOTOS, IMPROVIDO, MANTENDO O ARQUIVAMENTO. Processo Administrativo nº 53500.000359/99 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Apensa Averiguação preliminar nº 53500.002586/98. REPRESENTANTE: Agência Nacional de Telecomunicações “Ex officio” (TVA Sistema de Televisão S/A – Directv), REPRESENTADA: TV Globo Ltda e Tv Globo São Paulo Ltda. Conselheiro-Relator: João Bosco Leopoldino da Fonseca. Brasília/DF em 20 de junho de 2001. Folha 827 do voto do Conselheiro-Relator.

⁵⁷³ Neste sentido, Patrícia Sampaio descreve o caso, porém tem o entendimento contrário ao aqui defendido. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da Concorrência e obrigação de contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 212.

⁵⁷⁴ Frase de SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da Concorrência e obrigação de contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 213-214.

propriedade no Direito da Concorrência, em especial, diante do parecer elaborado por Miguel Reale e Miguel Reale Júnior⁵⁷⁵, que foi trazido aos autos do processo pela DirecTV, que mereceu destaque do Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca, que assim destaca em seu voto:

dentre os vários e brilhantes estudos colacionados pelas partes, no sentido de que a função social da propriedade, garantida constitucionalmente, aplica-se a todas as formas de propriedade, inclusive àquelas imateriais e à propriedade da empresa. Ao lado disso, sublinham os pareceristas, a função social da propriedade não possui apenas papel negativo, de proibição de determinadas condutas, mas papel promocional dos valores sobre os quais se funda a ordem constitucional, dentre os quais, avulta a livre concorrência. A tarefa adjudicatória do CADE, sempre observando e respeitando o ordenamento jurídico em sua unidade e completude, não é a de tutelar ou promover o Direito subjetivo individual dos autores de conteúdos culturais e intelectuais, por mais relevante que seja essa função. Seu trabalho consiste, sempre ressalvado o estrito respeito à lei, em proteger e estimular o Direito subjetivo da coletividade a um mercado competitivo, aberto e dinâmico. **Por isso, o Direito Autoral não pode servir de pretexto para a recusa de contratar a Representada**⁵⁷⁶. (grifei)

A frase em destaque sustenta a tese que ora se defende, pois o Direito Autoral pode e deve ser limitado pela concorrência, sempre que, os titulares do exclusivo se excederem no exercício de suas prerrogativas patrimoniais afetando o mercado, quer por recusar uma licença ou por criar empecilhos a sua concessão. Isto porque, tolhe a criação e o surgimento de novos

⁵⁷⁵ No parecer os doutos juristas destacam: “malgrado seja uma concessionária de serviço público, que deve agir em função não apenas de seu interesse de lucratividade, mas com vista, também, à função social dos meios de telecomunicações e, de modo geral, ao interesse público, de acordo com os princípios da Lei Geral de Telecomunicações, a TV Globo assume prática anticompetitiva, utilizando a integração vertical para impedir o desenvolvimento da concorrente e sua associada, praticando discriminação com o fito de alcançar total domínio do mercado televisivo em todas as suas formas de transmissão”. Pareceres apresentados pela DirecTV e pela globo no processo administrativo nº 53500.000359-99: representante agência nacional de telecomunicações “ex-officio” (TVA Sistema de televisão S/A – DirecTV), representada TV Globo Ltda e Tv Globo São Paulo Ltda. Revista do IBRAC, v. 8, n.7, p. 1-177, 2001, p. 57. Parecer proferido no processo administrativo nº 53500.000359-99. Igualmente citado SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da Concorrência e obrigação de contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 217.

⁵⁷⁶ Processo Administrativo nº 53500.000359/99, Apenso: Averiguação Preliminar nº 53500.002586/98 Representante: TVA Sistema de Televisão S/A Advogados: Lourival José dos Santos, Luis Carlos Guizelini Galieiro, Luiz Carlos Paschoalique Representada: TV Globo Ltda e TV Globo São Paulo Ltda. Relator: Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca. VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO CELSO CAMPILONGO - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO <http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/Julgados/directv.asp>, fl. 1401.

produtos no mercado, o que traz, por consequência, problemas aos consumidores de bens culturais.

Voltando à situação na União Européia, no caso IMS Health⁵⁷⁷, que envolve também as bases de dados, o problema da concorrência se deu entre este e demais concorrentes acerca da titularidade da base de dados que apresentava informações do setor farmacêutico e a possibilidade de acesso desta base pelos concorrentes. O Tribunal de Justiça da União Européia impôs a licença compulsória obrigando o titular a “entregar a vantagem” de sua criação ao concorrente, porém convém observar que uma coisa é o titular autorizar o acesso, porque possui e exerce o exclusivo patrimonial e, outra, é a fixação de uma remuneração por

⁵⁷⁷ Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 29 de Abril de 2004. IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG. Pedido de decisão prejudicial: Landgericht Frankfurt am Main - Alemanha. Concorrência - Artigo 82.º CE - Abuso de posição dominante - Estrutura modular utilizada para o fornecimento de dados relativos às vendas regionais de produtos farmacêuticos num Estado-Membro - Direitos de autor - Recusa de concessão de uma licença de utilização. Processo C-418/01. *Colectânea da Jurisprudência 2004 página I-05039. O Sumário da decisão é: “1. Quando os órgãos jurisdicionais nacionais se pronunciam sobre acordos ou práticas que possam ainda ser objecto de uma decisão da Comissão, devem evitar tomar decisões que vão contra as adoptadas ou pretendidas por esta última para aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE. (cf. n.º 19) 2. No âmbito da apreciação do carácter abusivo de uma posição dominante, para determinar se um produto ou um serviço é indispensável para permitir a uma empresa exercer a sua actividade num determinado mercado, há que averiguar se existem produtos ou serviços que constituam soluções alternativas, mesmo que sejam menos vantajosas, e se existem obstáculos técnicos, regulamentares ou económicos susceptíveis de tornar impossível, ou pelo menos desrazoavelmente difícil, a qualquer outra empresa que pretenda operar no referido mercado criar, eventualmente em colaboração com outros operadores, produtos ou serviços alternativos. Para admitir a existência de obstáculos de natureza económica, deve, pelo menos, provar-se que a criação desses produtos ou serviços não é economicamente rentável para uma produção a uma escala comparável à da empresa que controla o produto ou o serviço existente. Daí resulta que, para efeitos de exame do carácter eventualmente abusivo da recusa de uma empresa em posição dominante de concessão de uma licença de utilização de uma estrutura modular protegida por um Direito de Propriedade Intelectual de que é titular, o grau de participação dos utilizadores no desenvolvimento da referida estrutura e o esforço, nomeadamente em termos de custos, que os potenciais utilizadores deverão suportar para poder adquirir estudos relativos às vendas regionais de produtos farmacêuticos apresentados com base numa estrutura alternativa são elementos que devem ser tomados em consideração para determinar se a estrutura protegida é indispensável à comercialização de estudos desta natureza. (cf. n. os 28, 30, disp. 1) 3. A recusa, oposta por um empresa que detém uma posição dominante e que é titular de um Direito de Propriedade Intelectual sobre uma estrutura modular indispensável para a apresentação de dados relativos às vendas regionais de produtos farmacêuticos num Estado-Membro, de conceder uma licença para utilização dessa estrutura a uma outra empresa, que igualmente deseja fornecer esses dados no mesmo Estado-Membro, constitui um abuso de posição dominante na acepção do artigo 82.º CE quando estiverem reunidas as seguintes condições: – a empresa que pede a licença tem a intenção de oferecer, no mercado de fornecimento de dados em causa, produtos ou serviços novos que o titular do Direito de Propriedade Intelectual não oferece e para os quais existe uma procura potencial por parte dos consumidores; – a recusa não é justificada por considerações objectivas; – a recusa é susceptível de reservar ao titular do Direito de Propriedade Intelectual o mercado do fornecimento dos dados relativos às vendas de produtos farmacêuticos no Estado-Membro em causa, excluindo toda a concorrência neste. (cf. n.º 52, disp. 2)”*

força judicial que obriga o acesso a criação⁵⁷⁸.

O Conselho Superior de Propriedade Literária e Artística francês, ao analisar os fundamentos do Advogado-Geral Tizziano, do caso IMS Health, questionou a aplicação das regras concorrenciais a todos os tipos de obras protegidas pelo Direito Autoral ou se esta aplicação se daria apenas nos casos de obras de caráter utilitário, tendo em vista que ficaria difícil imaginar um pintor, um escritor, um escultor, ou um artista como sendo um tipo de titular que detivesse uma posição dominante no mercado⁵⁷⁹.

É evidente que a hipótese de abuso de poder dominante recai mais facilmente em obras de caráter utilitário, cujos titulares de Direito Autoral são as fortes indústrias culturais que não são, via de regra, os autores e titulares originários das obras. Entretanto, não se pode excluir a possibilidade de incidência de práticas anticoncorrenciais envolvendo as obras tradicionais. A razão é simples, a ocorrência de abuso pela posição dominante está relacionada às práticas do agente econômico no mercado, então, o principal elemento para a possibilidade da aplicação da concorrência no Direito Autoral é a existência de mercado do produto ou serviço posto em circulação para o consumo.

Como obras de caráter utilitário, os programas de computadores estão gerando problemas concorrenciais para o Direito Autoral. Recentemente, a Microsoft⁵⁸⁰ foi condenada

⁵⁷⁸ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>

⁵⁷⁹ Neste sentido, questiona o Conselho: “La Commission du CSPLA s’interroge sur son champ : s’étend t-il à l’ensemble des relations entre droit de la concurrence et droit de la propriété littéraire et artistique, ou bien, n’intéresse t-il que la partie du droit de la concurrence qui touche les oeuvres fonctionnelles ou utilitaires ? Il semble difficile d’imaginer comment un créateur (romancier, peintre, sculpteur ...) pourrait détenir une position dominante sur un marché. Nul artiste, aussi célèbre et productif soit-il ne peut prétendre à un tel pouvoir de marché. On voit encore moins bien comment il pourrait en abuser... Pour toutes ces raisons de bon sens, il est douteux que la jurisprudence Magill - IMS puisse s’appliquer à l’ensemble des oeuvres de l’esprit. CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l’unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <<http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>>, p. 18-19.

⁵⁸⁰ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Grande Secção), 17 de Setembro de 2007. «Concorrência – Abuso de posição dominante – Sistemas operativos para PC clientes – Sistemas operativos para servidores de grupos de trabalho – Leitores multimédia que permitem uma recepção contínua – Decisão que declara a existência de infracções ao artigo 82.º CE – Recusa da empresa dominante de prestar as informações relativas à interoperabilidade e de autorizar a respectiva utilização – Sujeição pela empresa dominante do fornecimento do seu sistema operativo para PC clientes à aquisição simultânea do seu leitor multimédia – Medidas correctivas –

por abuso de posição dominante, por ter se recusado a conceder o acesso à informação necessária para garantir a interoperabilidade do sistema Windows, que é utilizado em computadores pessoais e servidores. Com esta recusa, segundo o Tribunal de Justiça da União Européia, a Microsoft colocava os concorrentes em desvantagem no mercado, tendo em vista que 90% dos computadores usavam este sistema operacional. Miguel Souza e Silva, a respeito do caso, observou que:

a menos que o concorrentes possam aceder à informação técnica que permite a comunicação entre os clientes e os servidores, bem como a relativa á comunicação entre servidores que usem o sistema Windows, ser-lhes-á impossível garantir um nível de fiabilidade equivalente ao fornecido por uma solução exclusivamente assente nos produtos Microsoft⁵⁸¹.

É bom destacar que para coibir o abuso do poder dominante por parte dos titulares de programas de computadores, há normas legais⁵⁸² nos países-membros da União Européia acerca da descompilação destes para fins de interoperabilidade do programa, o que gera facilidades para o usuários.

Designação de um mandatário independente – Coima – Determinação do montante – Proporcionalidade». No processo T-201/04, Microsoft Corp., com sede em Redmond, Washington (Estados Unidos), representada por J.-F. Bellis, advogado, e I. Forrester, QC, recorrente, apoiada por The Computing Technology Industry Association, Inc., com sede em Oakbrook Terrace, Illinois (Estados Unidos), representada por G. van Gerven, T. Franchoo, advogados, e B. Kilpatrick, solicitor, DMDsecure.com BV, com sede em Amesterdão (Países Baixos), MPS Broadband AB, com sede em Estocolmo (Suécia), Pace Micro Technology plc, com sede em Shipley, West Yorkshire (Reino Unido), Quantel Ltd, com sede em Newbury, Berkshire (Reino Unido), Tandberg Television Ltd, com sede em Southampton, Hampshire (Reino Unido), representadas por J. Bourgeois, advogado, Association for Competitive Technology, Inc., com sede em Washington, DC (Estados Unidos), representada por L. Ruessmann, P. Hecker, advogados, e K. Bacon, barrister, TeamSystem SpA, com sede em Pesaro (Itália), Mamut ASA, com sede em Oslo (Noruega), representadas por G. Berrisch, advogado, Exor AB, com sede em Uppsala (Suécia), representada por S. Martínez Lage, H. Brokelmann e R. Allendesalazar Corcho, advogados, intervenientes, contra Comissão das Comunidades Europeias, representada inicialmente por R. Wainwright, F. Castillo da Torre, P. Hellström e A. Whelan, na qualidade de agentes, e em seguida por Castillo da Torre, Hellström e Whelan, recorrida, apoiada por Software & Information Industry Association, com sede em Washington, DC, representada por J. Flynn QC, C. Simpson, T. Vinje, solicitors, D. Paemen, N. Dodoo e Dolmans, advogados, Free Software Foundation Europe eV, com sede em Hamburgo (Alemanha), representada por C. Piana, advogado, Audiobanner.com, com sede em Los Angeles, Califórnia (Estados Unidos), representada por L. Alvizar Ceballos, advogado, European Committee for Interoperable Systems (ECIS), com sede em Bruxelas (Bélgica), representada por D. Paemen, N. Dodoo, Dolmans, advogados, e J. Flynn, QC, intervenientes.

⁵⁸¹ Neste sentido, SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 775.

⁵⁸² A notar a Diretiva da União Européia para os programas de computadores, o mesmo existindo em relação às bases de dados.

Interessante observar que, de certa forma, os softwares livres diminuem os “riscos de tensão com o Direito da Concorrência”, pois permitem a liberdade do uso, estudo, modificação e distribuição baseada numa lógica de partilha, o que propicia um acesso e desenvolvimento de novos mercados e possibilidades de usos. Situação diversa, dos titulares de softwares proprietários onde a titularidade dá o exclusivo e a possibilidade de restringir o acesso e o uso de usuários e/ou consumidores do programa de computador, nestes casos podem surgir problemas de concorrência⁵⁸³.

Outro tema de embate entre o Direito Autoral e a concorrência é a gestão coletiva⁵⁸⁴. No âmbito da União Européia existe a percepção de existência de monopólio de arrecadação e distribuição de direitos autorais dos órgãos de gestão nacionais e estrangeiros, quando as sociedades de gestão coletiva, envolvidas com os prestadores de serviços e intermediários entre os autores, acabam por promover uma gestão centralizada dos direitos de exploração no que diz respeito a arrecadação e distribuição.

A gestão coletiva dos direitos autorais, por si só, é uma área melindrosa para o Direito Autoral, tendo em vista que os órgãos criados têm por objetivo arrecadar e distribuir os ganhos. Neste campo é bom lembrar que sob um ponto de vista individual, o Direito Autoral é exercido individualmente pelo autores, que buscam livremente uma entidade associativa e a ela se filiam para conseguirem alcançar a gestão de seus direitos. Estas entidades gestoras cuidam, dentre outras coisas, da autorização em caráter exclusivo que dão

⁵⁸³ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <<http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>>, p. 20. Interessante observar que o software só é livre porque tem um autor que, por sua vez, tem a faculdade do exercício das prerrogativas patrimoniais. Desta forma, o titular do programa pode lançar o produto, licenciando-o gratuitamente, impondo condições de uso ou não, assim como pode a qualquer momento passar a licenciar o mesmo programa de força onerosa. É evidente que aqui surgiria o problema de Direito adquirido dos usuários, dentre outros, mas o fato é que estas situações podem vir a ocorrer com mais frequência e merecem um estudo mais apurado dos juristas.

⁵⁸⁴ São exemplos o caso da SACEM e GEMA. Despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Novembro de 2008 — Sacem/Comissão (Processo T-422/08 R) (Processo de medidas provisórias — Decisão da Comissão que ordena a cessação de uma prática concertada em matéria de gestão colectiva de direitos de autor — Pedido de suspensão da execução — Inexistência de urgência). Despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Novembro de 2008 — GEMA/Comissão (Processo T-410/08 R) (Pedido de medidas provisórias — Decisão da Comissão que ordena a cessação de uma prática concertada em matéria de gestão colectiva de direitos de autor — Pedido de suspensão de execução — Inexistência de urgência) (2009/C 32/69).

aos usuários a possibilidade de acesso a todo o repertório e estabelecem as condições de seu funcionamento. Como seria de esperar este tipo de actividades entra dentro do âmbito do Direito da Concorrência⁵⁸⁵.

Nesta seara, vale lembrar que dentro da União Européia a temática da gestão coletiva de obras é ponto fundamental no que respeita os aspectos concorrenciais, porque o ambiente digital acabou promovendo novas formas e modalidades de exploração das obras, o que afeta diretamente os negócios autorais. Não é em vão que na União Européia, as discussões acerca do Direito da Concorrência, da gestão coletiva no ambiente digital e a possibilidade do uso da arbitragem vem ocupando espaço nos últimos anos.⁵⁸⁶

O Direito de concorrência, na gestão coletiva, intervém na situação em que estes direitos está sendo gerido. Isto porque, por razões históricas, econômicas e jurídicas a organização da entidade de gestão, que faz a arrecadação e distribuição dos direitos autorais, normalmente se centraliza nas sociedades civis, o que gera, na maioria das vezes, uma situação de monopólio de fato ou de direito, e, assim, de posição dominante. É evidente que este aspecto, por si só, não é capaz de caracterizar a existência de um abuso de poder dominante por parte das entidades de gestão coletiva de direitos autorais. O abuso só ocorre, por exemplo, quando estes órgãos firmam acordos de reciprocidade e com cláusulas abusivas.

É oportuno lembrar que a titularidade é um conceito eminentemente jurídico, enquanto que o exclusivo é um conceito econômico, como referido no capítulo anterior. Na gestão coletiva de direitos autorais os associados estão sujeitos às determinações, fixações de valores e pagamentos determinados pelos órgãos de gestão que são extremamente poderosos⁵⁸⁷. Não têm a titularidade de exploração econômica da obra, mas arrecadam e

⁵⁸⁵ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <<http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>>, p. 21

⁵⁸⁶ É o que noticia o CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.pdf>, p.22

⁵⁸⁷ O CADE, se pronunciou acerca da existência de monopólio no ECAD no Processo nº 0800.01117/95-13, instaurado ex-officio pela SDE conta o ECAD, em razão das taxas abusivas cobradas por esta. O parecer do Procurador do CADE foi no sentido de entender pela incompetência do CADE para apreciar a matéria, “eis que existe legislação própria para a atuação

distribuem os direitos para os titulares, autores, intérpretes e executantes de obras sonoras. A gestão coletiva é a própria negação da concorrência, pois é o exclusivo do exclusivo.

Este aspecto é importante, porque recentemente a secretaria de Direito econômico – SDE se pronunciou acerca da exclusão de um associado do ECAD sob a alegação de que o Conselho Administrativo de Direito Econômico não teria como intervir na seara do Direito Autoral, o que não é verdade. Parece que para dirimir estas questões dúbias seria necessário que estas entidades fizessem contratos contendo cláusulas mais claras a fim de evitar problemas como o relatado.

Se as prerrogativas morais no Direito Autoral são exercidas individualmente pelos autores, uma vez que as mesmas não podem ser transferidas, porque personalíssimas, o mesmo não ocorre com a prerrogativa patrimonial e é sobre esta que se situa toda a temática da gestão de direitos autorais, pois o autor pode buscar uma associação que faça parte de uma entidade de gestão coletiva capaz de firmar contratos de reciprocidade com outras entidades estrangeiras.

A escolha da associação é livre pelo autor e/ou titular de direito, mas vale lembrar que estes órgãos de gestão respondem a critérios legais e é neste aspecto que ela se sujeita às regras do Direito da Concorrência na medida em que ela, entidade gestora é que possui os dados sobre os diretórios dos usuários, as tabelas e valores cobrados e arrecadados, apenas para citar um exemplo. Eros Roberto Grau e Paula Forgioni já haviam observado este problema:

os autores podem, no que toca aos preços, restringir a concorrência no âmbito de cada uma das associações. Já essas associações não podem neutralizar a concorrência entre si. A fixação dos preços pelo escritório central, ainda que na qualidade de 'mandatário' das associações, apenas seria admissível na medida em que expressamente autorizada em texto legal (no caso, inexistente). Deixe-se este ponto bem vincado: somente os autores individualmente e as associações constituídas nos termos do art. 97 da lei n. 9.610, de 1998, detêm

do ECAD, o que torna certo a busca ao judiciário para dirimir quaisquer contendas referentes às práticas exercidas de maneira arbitrária, pelo ECAD, inclusive o repasse ou não de verbas". Não é possível concordar com o parecer exarado, que foi acolhido pelo Conselho que determinou o arquivamento do processo administrativo, eis que o ECAD possui verdadeiro monopólio no território nacional.

poderes para fixar preços atinentes à exploração dos direitos de execução das obras musicais⁵⁸⁸.

Aqui no Brasil, além dos casos que envolvem o ECAD, é oportuno que em recente processo da Secretaria de Direito Econômico – SDE, envolvendo a TV Globo e o Clube dos Treze⁵⁸⁹, se entendeu pela limitação do exclusivo na venda das transmissões do campeonato brasileiro de futebol. Em que pese não haver mais o chamado Direito de arena dentro da Lei Autoral, estando ele previsto na Lei nº 9.615/98, o fato é que o caso envolve empresa de radiodifusão, o que o torna um precedente importante para o Direito Autoral.

O caso Magill, IMS Health, GEMA, SACEM, dentre outros, tratam diretamente das questões de Direito Autoral e da Concorrência, mas não é só no Direito europeu que se encontram precedentes emblemáticos envolvendo a matéria. As questões de abusos praticados por titulares de direito autoral têm ocorrido com certa frequência nos casos de programas de

⁵⁸⁸ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Melhoramentos, 1999, p. 258.

⁵⁸⁹ Processo Administrativo no 08012.006504/97-11. Representante: Chandre de Araújo Costa e outros. Representadas: TV Globo Ltda., Globo Comunicações e Participações Ltda., Globo Comunicação e Participações S/A, Rádio Televisão Bandeirantes S.A., TVA Sistema de Televisão S.A., União dos Grandes Clubes do Futebol Brasileiro (Clube dos Treze), Associação Brasileira dos Clubes de Futebol (Clube dos Onze), Associação Portuguesa de Desportos, Botafogo de Futebol e Regatas, Clube Atlético Mineiro, Clube Atlético Paranaense, Coritiba Foot Ball Club, Cruzeiro Esporte Clube, Esporte Clube Bahia, Esporte Clube Vitória, Sport Club do Recife, Fluminense Football Club, Goiás Esporte Clube, Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense, Guarani Futebol Clube, Santos Futebol Clube, São Paulo Futebol Clube, Sociedade Esportiva Palmeiras, Sport Club Corinthians Paulista, Sport Club Internacional, Clube de Regatas do Flamengo, Clube de Regatas Vasco da Gama, América Futebol Clube/ RN, Esporte Clube Juventude e União São João Esporte Clube. Advts: Luciano Inácio de Souza, Bruno de Luca Drago, Tércio Sampaio Ferraz, Luis Carlos Balieiro, Pedro Dutra, Celso S Rodrigues, Mario Roberto Villanova Nogueira, Tânia Mara Camargo Falbo e outros. Acolho a nota técnica de fls., aprovada pela Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, Dra. Ana Paula Martinez, e, com fulcro no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99, integrando suas razões à presente decisão, inclusive como sua motivação. Concluo que o Clube dos Treze incorreu em infração à ordem econômica, ao vender os direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro de Futebol com cláusulas anticoncorrenciais, nos termos do art. 20, I, c/c art. 21, IV e V, da Lei nº 8.884/94. Concluo que TV Globo e Globo Comunicação e Participações incorreram em infração à ordem econômica, nos termos do art. 20, I, c/c art. 21, IV, V e VI, da Lei nº 8.884/94. Para a adoção de um modelo de venda dos direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro de Futebol em consonância com a Lei nº 8.884/94, recomendo: (i) a continuidade da venda dos direitos de transmissão em pacotes separados por mídia; (ii) a proibição da utilização da cláusula de Direito de preferência na renovação nos contratos; (iii) a celebração de contratos com abrangência máxima de quatro temporadas; c (iv) o fim da exclusividade na venda dos direitos de transmissão para a televisão aberta, conforme exposto na nota técnica. Decido, assim, pela remessa deste processo ao CADE, para julgamento. Concluo pelo arquivamento das denúncias imputadas aos demais representados por entender pela não-configuração de infração à ordem econômica, recorrendo de ofício ao CADE, nos termos do art. 39 da Lei nº 8.884/94. Diário Oficial da União – Seção 1 nº 83, sexta-feira, 02 de maio de 2008.

computadores, como o da Microsoft e o navegador Netscape, as próprias cláusulas contratuais contidas nas licenças de software e até pela concessão das chamadas patentes de software que buscam a proteção da funcionalidade de um programa, o que além de ofender a Lei Autoral cria um monopólio em detrimento dos usuários/consumidores e dos próprios novos criadores.

Dos poucos casos acima referidos e vistos, pode-se observar a necessidade de uma análise do Direito concorrencial visto pelo Direito Autoral, pois sob a alçada deste último estão sendo produzidas, na atualidade, obras que são verdadeiros novos produtos e sob eles recaem o exclusivo e o perigo do uso abusivo de um poder dominante.

A livre concorrência busca garantir ao mercado a possibilidade de coexistência de produtos de mesma natureza. Daí os titulares de Direito Autoral de determinada obra ou Direito conexo que constituia um produto rentável terem o dever e as condições de se adaptarem às exigências de um mercado competitivo.

Ora, esta discussão, embora nova no seio do Direito Autoral brasileiro, não é novidade dentro do Direito da Propriedade Industrial, como referido alhures, onde existe inclusive a possibilidade de licenças compulsórias e licenças cruzadas para não prejudicar o consumidor, eis que a invenção deve reverter seus benefícios para a sociedade. Não podendo ser diferente para o Direito Autoral.

A noção de poder dominante é fulcral, eis que no entendimento dos fundamentos do Direito da Propriedade Intelectual, o Direito do exclusivo por si só não gera esta posição, daí não se poder falar em monopólio de fato, ele é um monopólio temporário concedido pelo Estado.

Vale destacar que o Direito Autoral vem se remodelando e sofrendo uma transformação, ou como alguns autores gostam de referir, uma metamorfose⁵⁹⁰, uma hipertrofia⁵⁹¹, porque o tipo de obra que hoje temos não se restringe aos da época em que foi idealizada a Convenção de Berna. Naquela época, não se falava em obras de caráter funcional,

⁵⁹⁰ Expressão utilizada por ASCENSÃO, José de Oliveira. O fair use no Direito Autoral. Direito da sociedade da informação: Coimbra, v. VI, 2006.

⁵⁹¹ Expressão utilizada por NIVARRA, Luca. Il diritto d'autore. Texto apresentado em palestra aos alunos da pós-graduação da UNISINOS, em 05 de dezembro de 2006 e sem publicação por ocasião do III Seminário Internacional sobre Limites e Possibilidades do Direito Moderno: Uma visão transdisciplinar, II Encontro Euro-Americano de Direito Constitucional, I Encontro Internacional da Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli.

como o programa de computador e as bases de dados. Assim, a simples disposição de informações não era suscitada.

É evidente que a Convenção de Berna foi sensível e inteligente em saber que outros tipos de obras surgiriam, como de fato surgiram, mas o que não ficou previsto foi a maneira dada para a solução das controvérsias que envolvem estas novas obras e que nos obrigam a dialogar com outros institutos jurídicos como a cultura, a informação, a educação, a concorrência, o consumidor.

Está-se a delinear uma reflexão dos conceitos basilares do Direito Autoral, a começar pelo próprio objeto do proteção, o conceito de originalidade que parece estar em jogo, o conceito da estética, e das limitações, a importância das informações e o valor que elas têm para elaboração de obras.

O Direito Autoral não deve se basear em fundamentos meramente econômicos, pois também apresenta um aspecto basilar para o progresso e desenvolvimento da sociedade que é a transmissão de valores culturais às pessoas, motivo pelo qual foi criado o mecanismo de retribuição econômica aos autores, a fim de incentivá-los à produção de novas criações, que promove o bem-estar social e gera riqueza para a economia.

Existem doutrinadores que entendem que o uso do Direito da Concorrência constitui uma “mão pesada” para o Direito Autoral, porque impediria a aplicação ex-ante para resolver os problemas das limitações, conforme expõem Peter Bernt Hugenholtz e Ruth Okediji⁵⁹². Embora se defenda o uso do Direito da Concorrência como limitador dos excessos praticados pelos titulares das prerrogativas patrimoniais do autor, é necessário aclarar que a concorrência, atuando de forma isolada, não é capaz de abarcar todos os problemas que as limitações do Direito Autoral vem enfrentando na atualidade.

⁵⁹² Neste sentido Peter Bernt Hugenholtz e Ruth Okediji: “but the drawbacks of such a competition law-based approach are also patent. By its very nature, the norms of competition law are case-oriented and not easily applied ex ante, as are IP rights and limitations. Moreover, although at an abstract level competition law and copyright law have converging goals of promoting innovation and facilitating markets for information goods and services, the core principles of competition law are hard to translate into clear and predictable norms that cater for the myriad of interests that underlie the copyright equation. As Prof. Dreier has concluded, competition law may be “too ‘heavyhanded’ to achieve the fine-tuning of interests that can be accomplished in intellectual property law.” HUGENHOLTZ, Peter Bernt; OKEDIJI, Ruth L. **Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright – Final Report**. 06 march, 2008, p. 1-55. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivative Works 3.0 Unported License, available at Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>>. Acesso em: 10 Jan 2009 p. 31-32.

Em contrapartida, dos exemplos citados, e por convicção pessoal, a re-humanização do autor, o respeito aos interesses dos usuários e/ou consumidores, o exclusivo dos titulares de conteúdo patrimonial de autor podem ser mais facilmente alcançados com o uso do Direito da Concorrência. Em outras palavras, a funcionalização do Direito Autoral será mais facilmente alcançada, se os operadores do Direito passarem a se valer de instrumentos jurídicos capazes de regular o mercado para atingir o bem-estar social. É o uso do veneno como antídoto, a fim de se obter a cura da doença.

4.2 O DIREITO DO CONSUMIDOR E AS SUAS INTERFACES COM O DIREITO AUTURAL E CONCORRENCIAL

Como referido no início do estudo, a chamada Era do Conhecimento⁵⁹³ propiciou o desenvolvimento de conteúdos e bens culturais que, via de regra, são produtos protegidos pelo Direito Autoral. Mas aos usuários estão disponíveis não só a aquisição de produtos, como CDs, DVDs, livros, músicas, filmes, jogos e programas de computadores, mas também de serviços, como os dos provedores de *Internet* e dos tradutores, apenas para citar alguns exemplos.

A análise do Direito do Consumidor, portanto, afeta o Direito Autoral no seu todo; o Direito de Autor propriamente dito, os direitos que lhes são conexos, como os artistas intérpretes e executantes, os produtores de fonogramas e as empresas de radiodifusão, assim como os programas de computadores. Da mesma forma, este é afetado pelo Direito da Concorrência, tendo em vista que as ações contra a formação de monopólios e cartéis no mercado trazem benefícios aos consumidores, com a redução de preços dos produtos e serviços ofertados⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Também chamada de Sociedade do Conhecimento, Sociedade da Informação, Sociedade em Rede, dentre outras, se caracteriza por ser uma sociedade complexa em razão das relações dinâmicas e de busca à informação, ao conhecimento dentro de um ambiente digital, cujos conteúdos, protegidos e comercializados como verdadeiros produtos, são, via de regra, resguardados pelo Direito Autoral.

⁵⁹⁴ A relação entre Direito do Consumidor e da Concorrência, como lembra Bruno Miragem, já foi objeto de estudo por Fábio Konder Comparato e vale a pena a leitura da obra (COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante capítulo do Direito econômico. **Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 6, p. 81-105, Porto Alegre, 1976;

O Direito da Concorrência tem fundamentos genuinamente econômicos e, embora não busque diretamente a proteção do consumidor, esta se dá na medida em que a garantia de livre concorrência no mercado conduz à redução dos preços, procurando coibir práticas abusivas que podem atingir os consumidores. No entanto, é importante destacar a afirmação feita por Miguel Moura e Silva, no sentido de que a concorrência, geralmente, é vista “de forma demagógica e populista, como um instrumento de proteção dos consumidores. [...] é uma das conseqüências, mas não o fim da salvaguarda do processo concorrencial”⁵⁹⁵.

Heloísa Carpena entende que o Direito da Concorrência constitui um instrumento que procura preservar as forças do mercado e a transparência para, “em última análise, garantir opções para que o consumidor possa exercer seu Direito básico de escolha”⁵⁹⁶. Por esta razão, Luciano Benetti Timm afirma que “o Direito do Consumidor é a cara-metade do Direito da Concorrência, e ambos se completam na regulação do mercado”⁵⁹⁷.

Enquanto o Direito da Concorrência e do autor estão voltados para o mesmo objetivo que é o retorno econômico, o Direito do Consumidor cuida da relação entre os consumidores e os fornecedores de produtos e serviços. Porém, a concorrência, por regular o mercado, acaba afetando os interesses do consumidor, porque os bens culturais comercializados são objeto de proteção autoral. Daí observar-se que o Direito da Concorrência apresenta um escopo menor de atuação, como limitador do Direito Autoral, se comparado com o Direito do Consumidor que atinge os interesses do consumidor individualizado e não como uma empresa concorrente.

Como visto na seção anterior, as próprias disposições do artigo 8º e 40 (2) do TRIPS demonstram que o Direito da Concorrência não consegue abarcar todas as liberdades dos usuários, porque a sua atuação pressupõe a existência de concorrência de mercado, ficando

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do Direito do Consumidor; Direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 58).

⁵⁹⁵ Neste sentido, SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial.** Coimbra: Almedina, 2008. p. 14.

⁵⁹⁶ CARPENA, Heloísa. **O consumidor no Direito da Concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 245.

⁵⁹⁷ TIMM, Luciano Benetti. Função social do Direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. Eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: ano 97, v. 876, p. 42, out. 2008.

descoberta uma série de direitos individuais que são atingidos pelo excesso de titularidade. Por definição, as normas concorrenciais aplicam-se apenas nas relações competitivas, ou seja, entre agentes do mercado, ou seja, concorrentes pertencentes ao mesmo mercado. Bernt Hugenholtz alerta para este fato, pois a característica de muitas das limitações do Direito Autoral estão dirigidas e se ocupam das utilizações das obras, para fins de citação, cópia privada, paródia, que não constituem objeto das atividades de mercado, típicas do Direito da Concorrência⁵⁹⁸.

O aspecto econômico, envolvido neste mercado virtual de produtos e serviços culturais, representam um alto valor na economia de mercado, razão pela qual as indústrias que trabalham direta ou indiretamente com o bem cultural não pretenderem abrir mão do seu Direito exclusivo de exploração na acepção mais ampla do termo.

Em reação a este sistema, surgiram duas tendências, para buscar o equilíbrio dos interesses públicos e privados: os movimentos do *creative commons* e do *software* livre (surgido dentro do sistema do Copyright) e o estudo aprofundado das formas legais que pudessem dar uma garantia para o exercício do exclusivo ao titular do direito, concedendo limitações e exceções que garantissem o acesso à obra ao usuário. Renasce, portanto, neste cenário, a figura do autor, como personagem central do Direito Autoral.

Com a inclusão de medidas tecnológicas nas obras, os usuários vêm sofrendo diversas limitações para conseguirem exercer os seus direitos mais basilares, pois, muitas vezes, não têm como discutir os termos de um contrato que foi realizado à distância ou via *Internet*, e, em outros casos, senão em sua maioria, ficam impedidos de fazer uma simples cópia privada de uma obra. Estes fatos aproximam o Direito Autoral ao Direito do Consumidor que pode reprimir os abusos ora praticados.

Daí a importância do estudo do Direito Autoral e a sua interface com o Direito do Consumidor, eis que é tema ainda pouco abordado em nível nacional, mas com conseqüências profundas no cotidiano da sociedade.

⁵⁹⁸ HUGENHOLTZ, Peter Bernt; OKEDIJI, Ruth L. **Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright – Final Report**. p. 33, 06 March 2008. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivative Works 3.0 Unported License, available at <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>.

4.2.1 A figura do consumidor para o Direito Autoral

Vistas as diferenças entre consumidor, concorrência e autor, vale reiterar que Bernt Hugenholtz e Ruth Okediji afirmam que duas razões distintas justificam o Direito do Consumidor. Primeiro, para habilitar os consumidores como independentes dos intervenientes no mercado, e, segundo, para proteger os consumidores, como a parte mais fraca nas transações comerciais que estabelecem com os fornecedores⁵⁹⁹.

Ao enfrentar as questões propostas, é imprescindível partir das concepções de consumidor para analisar os interesses desta complexa figura que é chamada, por Joseph P. Liu, como o “consumidor de Direito Autoral”⁶⁰⁰, e que, segundo o autor, deve ser visto dentro de três concepções: passiva, ativa e o consumidor como autor.

Seguindo esta visão, o consumidor passivo de Direito Autoral é aquele que acaba por adquirir e utilizar produtos de entretenimento, assim como qualquer outro que tem acesso ao consumo de uma grande variedade de produtos e serviços que apresentem um custo razoável. Em outras palavras, é aquela pessoa física ou jurídica que consome produtos e se utiliza dos serviços de Direito Autoral de forma passiva; é o consumidor que lê o livro, que assiste a um filme, a um programa de televisão, que escuta um *CD*, que joga um jogo, que utiliza um programa de computador, que contrata um provedor de *Internet*, dentre outros exemplos⁶⁰¹.

É passivo, porque o fornecedor de produtos e serviços de Direito Autoral dirige a sua atividade para a venda aos consumidores, buscando, simplesmente, o retorno de seus

⁵⁹⁹ Neste sentido advertem: “Consider instead an international instrument codifying the rights of the consumer, containing, *inter alia*, specific norms on the rights of consumers of information products and services. Two distinct rationales underlie consumer law: i) to empower consumers as independent market actors and ii) to protect consumers as the structurally weaker party in commercial dealings with suppliers” (HUGENHOLTZ, Peter Bernt; OKEDIJI, Ruth L. **Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright – Final Report**. 06 march, 2008, p. 34. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivative Works 3.0 Unported License, available at <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>).

⁶⁰⁰ A expressão utilizada pelo autor é “copyright consumer”. Utiliza este termo, pois, ao estudar o *Copyright Act* de 1998 (DMCA), a expressão “consumidor” é várias vezes utilizadas (LIU. Joseph. P. Copyright Law’s theory of the consumer. Boston College Law, **Research**, n. 25, p. 401, Nov. 7, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=466420>>. Acesso em: 18 Jun 2008.

⁶⁰¹ Id. *ibidem*, p. 402.

investimentos e utilizando expedientes, como a não autorização de reprodução, de distribuição e de execução pública aos consumidores. A aquisição ou o uso do bem cultural é pessoal e privada, sem a intenção de transformação da obra ou de querer reproduzi-la em um outro exemplar para fins privados.

Já o consumidor como autor está em situação oposta ao consumidor passivo: primeiro, porque é singular imaginar a figura do autor como consumidor de Direito Autoral e, segundo, visto que o próprio *Copyright Act* de 1998 reconhece que os autores consomem freqüentemente bens culturais até para utilizá-los em obras derivadas e, assim, os utilizam no processo de criação de seus próprios trabalhos⁶⁰².

Joseph Liu vai mais longe e diz que nenhum trabalho é verdadeira e inteiramente novo, pois toda a obra acaba por ser desenvolvida ou inspirada em cima de outras já existentes, o que varia é o grau de aproveitamento destas. Daí afirmar-se que cada autor é também um consumidor de produtos e de serviços de Direito Autoral mais cedo ou mais tarde⁶⁰³. Assim, o consumidor como autor não atua como o consumidor passivo que vê um filme d lê um livro; ele adquire ou utiliza um bem cultural para criar novos trabalhos, novas obras, utilizando a obra adquirida com caráter transformativo⁶⁰⁴.

Por fim, o consumidor ativo, para Joseph Liu, é aquele que exerce um papel fundamental para o balanço entre os interesses dos fornecedores e consumidores, pois, ao adquirirem ou utilizarem um produto ou serviço de Direito Autoral, exercem interesses pessoais relativos à autonomia, à comunicação e à auto-criação⁶⁰⁵.

Fala-se de autonomia do consumidor ativo, quando, ao adquirir e utilizar o produto ou serviço de Direito Autoral, ele deseja exercer uma liberdade específica que é a capacidade de escolher quando e como vai usufruir este bem. Aqui o fornecedor deve informar, de forma clara e prévia, os termos de uso do bem cultural adquirido, pois a autonomia possibilita ao consumidor ativo, por exemplo, escutar repetidamente somente uma música do *CD* ou ver somente um trecho do filme, escolher os canais de televisão que pretende assistir, baixar

⁶⁰² LIU. Joseph. P. Copyright Law's theory of the consumer. Boston College Law, **Research**, n. 25, p. 404-5, Nov. 7, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=466420>>. Acesso em: 18 Jun 2008.

⁶⁰³ Id. *ibidem*, p. 405.

⁶⁰⁴ Id. *ibidem*, p. 406.

⁶⁰⁵ Id. *ibidem*, p. 406.

músicas em seu *iPod* ou fazer cópias destes trechos para fins pessoais.

Mas estes termos de uso devem obedecer às regras previstas em lei, sem privilegiar o interesse do fornecedor que é o titular de direitos autorais, que busca a garantia do exclusivo. Por isto, o uso de medidas tecnológicas, ainda que informadas aos consumidores de forma clara e prévia, pode afetar diretamente o consumidor ativo que deseja exercer o seu interesse de forma autônoma, sem os acréscimos de limitações ao bem cultural adquirido que, por vezes, pode contrariar o dispositivo legal existente, como é o caso da possibilidade da cópia de pequenos trechos de obra para uso pessoal.

Por comunicação do consumidor ativo entende-se como sendo o fato deste querer utilizar, compartilhar o produto ou o serviço de Direito Autoral com outra pessoa, mas sem a finalidade lucrativa, como, por exemplo, fazer a cópia de um *CD*, para ouvir com amigos ou escutar no carro, encaminhar um artigo literário ou uma notícia para uma lista de discussões *on line*. Estas situações não causam nenhum prejuízo ao fornecedor e, via de regra, estão previstas nas legislações autorais, como limitações ao exclusivo. Portanto, toda imposição de medida tecnológica que possa impedir esta comunicação ofende o Direito do Consumidor ativo e desrespeita a Lei Autoral.

A auto-criação, relativa ao consumidor ativo, diz respeito àquele que usa o produto ou o serviço de Direito Autoral, como ato de realizar uma compilação de obras adquiridas, como, por exemplo, fazer um *CD* para uso privado com músicas de diversos álbuns. Neste caso, a atividade que caracteriza a auto-criação é a seleção e a ordem cópias de diversas obras em um único suporte para uso pessoal⁶⁰⁶.

Estas concepções de consumidor dão uma idéia das interfaces do Direito Autoral e Direito do Consumidor, mas é necessário, ainda, conceituar juridicamente esta figura.

A legislação brasileira entende que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, equiparando-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, desde que haja intervindo nas relações de

⁶⁰⁶ LIU. Joseph. P. Copyright Law's theory of the consumer. Boston College Law, **Research**, n. 25, p. 415, Nov. 7, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=466420>>. Acesso em: 18 Jun 2008.

consumo”⁶⁰⁷.

Há que se entender por produto como sendo “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”⁶⁰⁸ e serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”⁶⁰⁹.

Como se destacou no capítulo anterior, a informatização e a importância econômica, conferidas aos bens culturais, atingiram o Direito Autoral, assim como foram percebidas pela Lei consumerista, ao prever, expressamente, a caracterização do produto também como bem imaterial. Bruno Miragem entende que as normas consumeristas são perfeitamente aplicáveis às relações, estabelecidas e desenvolvidas no ambiente digital, afirmando que “o legislador do CDC, de modo consciente ou não, antecipou-se à regulação do fenômeno da informática e da Internet”⁶¹⁰.

Daí se enquadrar os direitos autorais dentro das concepções consumeristas, pois, quando a lei confere proteção ao consumidor individual e ao coletivo que adquire ou utiliza produtos e serviços, está abrigoando o consumidor de serviços e bens culturais.

É evidente que a noção de usuário é maior do que a de consumidor, mas a idéia de usuário de bem cultural remete, de forma direta, à idéia de consumidor, motivo pelo qual, na relação de consumo de bem cultural, tanto a legislação consumerista quanto a autoral devem

⁶⁰⁷ Vide artigo 2º, parágrafo único da Lei 8.078/90. E, ainda, dentro da Lei consumerista há a noção de consumidor por equiparação nos casos previstos no parágrafo único do artigo 2º, no artigo 17 e no artigo 29. Estas “três estipulações equiparativas” do consumidor são extremamente importantes no Direito Autoral, uma vez que abrange os interesses coletivos, assegura a responsabilidade do fornecedor pelo fato que atinja as vítimas do evento e, por fim, “estende a proteção legal a todas as pessoas determináveis ou não, expostas a práticas comerciais e contratuais”. A respeito das três estipulações equiparativas, recomenda-se a leitura do trabalho de [PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto \(Coords.\). Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 133-134. Bruno Miragem faz referência expressa ao trabalho do professor Adalberto Pasqualotto a respeito da teoria finalista do consumidor e as relações entre os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e o atual Código Civil \(MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do Direito do Consumidor; Direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 52\).**](#)

⁶⁰⁸ Vide parágrafo 1º, do artigo 3º da Lei 8.078/90.

⁶⁰⁹ Vide parágrafo 2º, do artigo 3º da Lei 8.078/90.

⁶¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do Direito do Consumidor; Direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 99-100.**

ser analisadas, incluindo os seus princípios norteadores.

A própria noção de hipossuficiência, tão familiar dentro do Direito do Consumidor, está muito viva na Lei Autoral que é protetora do autor. O artigo 4º da Lei 9.610/98 reprisou o ensinamento da Lei anterior (nº 5.988/73) que, no seu artigo 3º, deixava claro que o autor é tratado como hipossuficiente, na medida em que os negócios jurídicos sobre os direitos autorais devem ser interpretados restritivamente⁶¹¹.

Portanto, não há como dissociar o estudo do Direito do Consumidor com o do Direito Autoral, a começar pela concepção de consumidor, aqui entendido como aquele usuário que adquire bem cultural e também pela importância da figura do autor e do titular de direito, existente na Lei Autoral.

No que diz respeito aos serviços, pode-se dar como exemplo o acesso à *Internet*, aos seus sítios específicos, aos programas de televisão, aos programas, através do *pay per view*, e que têm, como prestadores destes serviços, os provedores de *Internet*, os titulares dos sítios, as empresas de radiodifusão (satélite, digital, cabo), apenas para citar alguns exemplos.

A relação de consumo nem sempre é presencial, ao contrário, utiliza-se muito o meio distante e até a *Internet* para realização de contratos, via de regra, com cláusulas gerais, estabelecidas pelos prestadores de serviços, que podem conter cláusulas manifestamente abusivas, envolvendo, ainda, questões como a (im)possibilidade do Direito de arrependimento e as regras do comércio eletrônico⁶¹².

Através do comércio eletrônico, são adquiridos muitos produtos e serviços de bens culturais e que estão sujeitos às regras do Direito do Consumidor, mas, neste aspecto, a lei consumerista apresenta fragilidades, porque, embora possam ser aplicadas as normas gerais ao fornecimento de produtos e serviços, a verdade é que estas regras, quando foram concebidas, não eram para o ambiente digital⁶¹³. Este descompasso pode ser observado na

⁶¹¹ Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais. O artigo 31 da Lei nº 9.610/98 reforça esta idéia, ao dispor que: As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização, concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.

⁶¹² Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. **O fair use no Direito Autoral . Direito da sociedade da informação**: Coimbra, v. VI. p. 89.

⁶¹³ A respeito, [PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto \(Coords.\). Código](#)

redação do artigo 49, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor que, ao prever o Direito de arrependimento do consumidor, não menciona a contratação feita no ambiente digital⁶¹⁴.

Quanto aos produtos, pode ser dada uma infinidade de exemplos, como os livros, os CDs de músicas; os DVDs de filmes; os espetáculos; os seriados; os programas de computadores; os equipamentos, como *iPods*, *MP4players*, *DVDplayers*; os jogos, como o *Playstation*, os de computadores, que vêm sendo comercializados presencialmente, mas também à distância e por meio eletrônico.

Mas, via de regra, estes produtos apresentam medidas tecnológicas de proteção (TPM, DRM), que impossibilitam ou restringem, sobremaneira, o Direito à cópia privada, apresentando, inclusive, restrições territoriais (RAC) e, por vezes, “marcas d’água e impressão digital”⁶¹⁵ nas obras e equipamentos, que permitem rastrear as obras e os seus usuários, podendo até danificar os equipamentos, utilizados pelo consumidor.

Tudo isto sem que haja qualquer informação, direcionada ao consumidor, ou, o que é mais grave, em afronta e total desacordo com a legislação consumerista, pois, ao impedir o acesso à informação e à cultura, está se desrespeitando a lei do consumidor, além de ofender um Direito à personalidade (privacidade, intimidade) e a própria Lei Autoral.

Vale lembrar que a “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou

de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 144; HUGENHOLTZ, Peter Bernt; OKEDIJI, Ruth L. **Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright – Final Report**. 06 March, 2008. p. 33. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivative Works 3.0 Unported License, available at <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>.

⁶¹⁴ Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o Direito de arrependimento, previsto neste artigo, os valores, eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados. Bruno Miragem acrescenta a “via Internet” como meio onde pode se exercer o Direito de arrependimento (MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do Direito do Consumidor; Direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 244).

⁶¹⁵ Watermarking e fingerprinting. Neste sentido veja GUIBAULT, Lucie; HELBERGER, Natali. Copyright Law and Consumer Protection. **European Consumer Law Group**. Bruxelles, 2005. p. 10. Disponível em: www.europeanconsumerlawgroup.org. Acesso em: 18 Jun 2008.

estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”⁶¹⁶ é considerada, por lei, como fornecedor e, portanto, figura essencial na relação de consumo.

Desta forma, a relação que se estabelece, de um lado, entre um produtor de fonograma que vende CDs e é titular de Direito Autoral e, de outro, o usuário, que é de consumo. Portanto, há, em uma ponta, o fornecedor e, de outra, o consumidor individual ou coletivo, e, por ser uma relação de consumo, está sujeita às regras da responsabilidade objetiva, por fato ou vício do produto e serviço, ofertado no mercado.

O titular de Direito Autoral vai ser considerado fornecedor, se estiver atuando como tal na relação de consumo, isto porque, da análise do artigo 3º da Lei consumerista e do artigo 966 parágrafo único do Código Civil, quando o titular de Direito estiver exercendo uma atividade intelectual, como um profissional liberal ou quando estiver adquirindo produtos e serviços como consumidor, não será considerado “empresário”⁶¹⁷.

4.2.2 Direito do Consumidor na visão autoralista

Já podem ser constatados os elos que unem o Direito de Autor com o do consumidor. Embora as leis não apresentem, em si, nenhuma similaridade, a verdade é que a lei

⁶¹⁶ Vide artigo 3º da Lei nº 8.078/90.

⁶¹⁷ A este respeito, adverte Adalberto Pasqualotto: “Os comandos principal e acessório (*caput* e parágrafo único) do art. 966 determinam a aplicação da lei geral (Código Civil) ao empresário, excluindo dessa categoria, porém, os que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística; aos quais será aplicável, por conseguinte, a lei especial (Código de Defesa do Consumidor), embora a atividade deles tenha natureza econômica, desde que não estejam organizados empresarialmente. Será o caso de profissionais liberais que trabalhem por conta própria, pesquisadores, escritores, artistas. Na aquisição e utilização de instrumentos de trabalho e de material afim, não será levado em conta o seu uso instrumental, e, sim, a condição prevalecente de vulnerabilidade inerente ao conceito equiparativo de consumidor, do art. 29, CDC” (PASQUALOTTO, Adalberto. *O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002*. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 147). Interessante também é a idéia de fornecedor como agente econômico, que traz à tona, mais uma vez, o Direito da Concorrência e o próprio conceito de mercado de consumo, como lembra Bruno Miragem, “mercado de consumo é o espaço ideal e não-institucional, onde se desenvolvem as atividades de troca de produtos e serviços, avaliáveis economicamente, mediante oferta irrestrita aos interessados e visando, por um lado, à obtenção de vantagens econômicas (por parte dos fornecedores) e, por outro, à satisfação de necessidades pela aquisição ou utilização destes produtos e serviços (por parte dos consumidores) (MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do Direito do Consumidor; Direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 94).

consumerista apresenta um arcabouço principiológico e cláusulas gerais essenciais para a defesa do consumidor, o que demonstra uma boa técnica legislativa que auxilia a sua aplicação, o que não ocorre com a Lei Autoral.

Daí o alerta para um estudo mais aprofundado da lei do consumidor e que, segundo observa Bruno Lewicki, é “a lei que oferece o melhor parâmetro de comparação para a Lei dos Direitos Autorais [...], pois, de certa forma, é sua antípoda”⁶¹⁸, entendimento este do qual se compartilha.

O Código de Defesa do Consumidor pode dar subsídios não só para resolver casos em que o consumidor de Direito Autoral se vê vulnerável, frente aos abusos, praticados pelos fornecedores, mas também para uma análise mais crítica da forma como a legislação consumerista trata as suas próprias limitações.

Vale relembrar que, no capítulo 3, se constatou que tanto a Lei Autoral como a de defesa do consumidor são tratadas como direitos fundamentais em nossa Constituição no artigo 5º. A primeira, nos incisos XXVII e XXVIII e, no artigo 170 inciso V, tendo sido regulamentadas pelas leis nº 9.609/98 e 9.610/98, e a segunda, no inciso XXXII, com regulamentação dada pela lei nº 8.078/90. Daí afirma Adalberto Pasqualotto que as diretrizes básicas do Código de Defesa do Consumidor foram traçadas pela Constituição Federal: “um Direito subjetivo público do cidadão frente ao estado (art. 5º, inciso XXXII) e princípio impostergável da atividade econômica (art. 170, inciso V)”⁶¹⁹.

É este o grande desafio do direito, isto é, reconhecer este paradoxo e ter a arte e sapiência para ponderar no caso concreto para que lado a balança deve pender dentro dos princípios que a nossa Constituição prevê.

Aqui a figura do abuso do exercício do Direito é essencial, para ponderar interesses públicos e privados, pois não é verdade que sempre deve prevalecer o interesse público.

⁶¹⁸ Neste sentido, LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos direitos do autor**: releitura na perspectiva do Direito civil contemporâneo. Tese de Direito defendida na Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007.

⁶¹⁹ [PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto \(Coords.\). Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 132.](#)

Deve-se lembrar que é interesse público a defesa do interesse privado.

Assim é que nossa Constituição, no capítulo da Ordem Econômica, preceitua a valorização do trabalho humano e, na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e observando diversos princípios, dentre eles o da livre concorrência e da defesa do consumidor⁶²⁰.

Há vários casos de abuso à concorrência⁶²¹ e ao Direito do Consumidor⁶²², envolvendo diretamente os titulares de direitos autorais os quais, como foi mencionado, no afã de auferir um mercado de consumo maior, acabam restringindo, ao máximo, os direitos dos usuários, impedindo o acesso à informação, ofendendo as regras do Direito Autoral (restando a figura do autor em segundo plano), assim como o Direito do Consumidor e da concorrência, o que acaba afetando o próprio princípio da dignidade da pessoa, que é base dos direitos fundamentais, previstos em nossa Constituição.

Há, portanto, ferramentas suficientes para a defesa do consumidor diante de abusos praticado, eventualmente, pelos titulares de direitos autorais que estão acabando por criar uma hipertrofia do objeto de proteção do Direito Autoral. Neste sentido a própria política nacional de relação de consumo dá nortes claros para tanto, lembrando que o interesse do consumidor é difuso e os órgãos de proteção e o próprio Ministério Público pode intervir diretamente nestes casos para auxiliar na soluções dos casos que se apresentem⁶²³.

⁶²⁰ Artigo 170, incisos IV e V da Constituição Federal.

⁶²¹ Como o caso “Magill”. Veja a decisão no Tribunal de Justiça da União Européia. Acórdão do Tribunal de 6 de Abril de 1995. Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comissão das Comunidades Europeias. Concorrência - Abuso de posição dominante - Direito de Autor. Processos apensos C-241/91 P e C-242/91 P.

⁶²² Como o caso “Sony BMG” que propiciou um dos maiores *recalls* da história fonográfica. O caso envolveu a criação o desenvolvimento de um sistema anti-cópia que espionava o consumidor. Neste sentido, veja a análise desta decisão Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3333_20040719_590_en.pdf>. Acesso em: 18 Jun 2008.

⁶²³ Lei nº 8.078/90, art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e ao desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e

Dentre os princípios elencados no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, é de destacar o inciso III que ratifica a proteção, conferida ao consumidor, como fator preponderante para o desenvolvimento econômico e tecnológico, capaz de viabilizar os princípios constitucionais da ordem econômica, obrigando a funcionalização do contrato.

Esta adequação se compatibiliza com o Direito da Concorrência e com o Direito da Propriedade Intelectual, tendo em vista que o inciso VI, do citado artigo, obriga a repressão do abuso do poder econômico, praticado no mercado de consumo, vedando a concorrência desleal e a “utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”.

Embora o inciso apresente imprecisão terminológica, é importante destacar que ela prevê a intersecção do Direito da Propriedade Intelectual e se compatibiliza com o inciso III, que se refere aos princípios constitucionais da ordem econômica. Mesmo não falando em Direito Autoral, é possível afirmar que ele se insere no inciso VI do artigo 4º da lei consumerista, uma vez que os bens culturais são considerados como produtos e, como tais, são comercializados, justificando-se, assim, a inserção das criações intelectuais como um dos objetivos a serem alcançados pela política nacional de defesa do consumidor⁶²⁴.

No âmbito internacional⁶²⁵, verifica-se uma série de Diretivas da União Européia

tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

⁶²⁴ Como se falou na seção anterior, o Direito da Concorrência, assim como o uso do Direito do Consumidor, nas defesas administrativas e judiciais nos casos de patentes e marcas, é corriqueiro, não podendo se dizer o mesmo no Direito Autoral. Mesmo não falando sobre o Direito Autoral, Remédio Marques trabalha profundamente sobre a comercialização dos bens imateriais, recomendando-se a leitura de seu trabalho (MARQUES, J. P. Remédio. A comercialização de organismos geneticamente modificados e os direitos dos consumidores: alguns aspectos substantivos, procedimentais e processuais. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). **Estudos do Direito do Consumidor**. Coimbra: Centro do Direito de Consumo, 1999. n. 1. p. 215-306).

⁶²⁵ Não se abordará aqui a legislação norte-americana que também dispõe sobre a matéria. Optou-se pelas Diretivas da União Européia, porque elas devem ser incorporadas internamente em países

recente que dá ao intérprete/aplicador do Direito uma forte arma para coibir as práticas abusivas, envolvendo Direito de Autor e Direito do Consumidor.

Em específico, tem-se a Diretiva de harmonização de certos aspectos dos direitos de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação; a Diretiva sobre contratos à distância e comércio eletrônico; a Diretiva sobre contratos de cláusulas abusivas e a Proposta de diretiva sobre práticas comerciais desleais⁶²⁶.

A Diretiva de harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos direitos conexos, já incorporada nas leis internas dos países da União Européia, ampliou o rol de exceções do Direito Autoral, mas admitiu, na prática, a supressão de muitas destas, através do emprego das medidas tecnológicas. A inflexibilidade, observada na Diretiva, reflete nada mais, nada menos, que, no estabelecimento de limitações específicas, favorece as indústrias de direitos autorais, ameaçando o contrapeso tradicional entre a proteção dos direitos autorais e a liberdade do usuário na *Internet*.

Dessa forma, na prática, ao invés de alcançar o equilíbrio entre os interesses dos usuários da *Internet* e os titulares de direitos autorais, a Diretiva acabou por provocar o aniquilamento das limitações livres ou gratuitas, pois as exceções que não estão submetidas ao pagamento de remuneração equitativa estão submetidas ao acesso condicionado, restringindo, sobremaneira, o interesse da coletividade, em prol das indústrias dos direitos autorais⁶²⁷. A maneira como foram introduzidas estas medidas tecnológicas nos produtos culturais acabaram por ofender frontalmente o Direito do Consumidor, além de violar princípios, universalmente aceitos, como o Direito do usuário fazer cópia para uso privado.

A Diretiva sobre os contratos à distância e o comércio eletrônico obriga o fornecedor a dar informações precisas ao consumidor antes da conclusão da transação, inclusive sobre a existência de medidas tecnológicas de proteção, e fala a respeito da anuência dos contratos

que adotam o sistema continental do *Droit d'auteur* e, naqueles, como a Inglaterra que adota o sistema do *Copyright*. Ademais, o sistema autoral, adotado pelo Brasil, é o continental e não, o do *Copyright*.

⁶²⁶ Lucie Guibault analisou profundamente estas diretivas no excelente trabalho realizado em conjunto com Natali Helberger, intitulado **Copyright Law and Consumer Protection. European consumer law group**. Disponível em: <<http://www.europeanconsumerlawgroup.org>>. Acesso em: 18 Jun 2008.

⁶²⁷ Neste sentido, AVANCINI, Helenara Braga. **O paradoxo da Sociedade da Informação e os limites dos direitos autorais**. Dissertação de Direito defendida na UNISINOS, em 2002.

através de um clique⁶²⁸ na tela. Há uma série de especificações na Diretiva, mas, no que se refere ao Direito Autoral, vale destacar o entendimento de Lucie Guibault, para a qual permanece o risco de os titulares de direitos praticarem atos caracterizados como abuso do poder econômico, bem como de utilização sistemática de contratos de licença com termos desfavoráveis ao consumidor⁶²⁹.

Também Lucie Guibault recorda que a Diretiva sobre contratos de cláusulas abusivas é direcionada à pessoa física, mas não se aplica a todos os consumidores de Direito Autoral, excluindo, a princípio, as pessoas jurídicas, podendo citar como exemplos as pequenas empresas, as bibliotecas, as instituições de ensino etc. Porém, com uma leitura mais apurada e uma interpretação precisa, seria estendido às pessoas jurídicas o Direito de tornar nula uma cláusula abusiva⁶³⁰.

Importante destacar que, além da disposição que prevê a nulidade da cláusula abusiva, há também referência expressa sobre como deve ser feita a análise de um contrato injusto, que contenha ainda uma cláusula abusiva. Aqui é necessário que os termos do contrato devam estar relacionados com o preço pago pelos produtos e serviços, assim como pela boa-fé; neste caso abrir-se-ia até a possibilidade de uma ação revisional. Porém, como adverte Lucie Guibault, ainda não é pacífica a interpretação de que uma cláusula, restritiva dos privilégios concedidos normalmente aos usuários de Direito Autoral, possa ser considerada abusiva, opinião que não se compartilha⁶³¹.

Por fim, a proposta de Diretiva sobre práticas comerciais desleais busca determinar, através de uma lista, quais as práticas desleais que sempre seriam consideradas injustas e abusivas, como, por exemplo, aqueles casos em que os fornecedores incluíssem uma medida tecnológica de proteção aos produtos, sem que houvesse, por parte do consumidor, liberdade de escolha.⁶³²

⁶²⁸ Fala-se em *clickwrap* que é o ato de anuência de um contrato que se dá com o clique, muito utilizado em licenças que acompanham bens e serviços da *Internet*.

⁶²⁹ Neste sentido, GUIBAULT, Lucie; HELBERGER, Natali. **Copyright Law and Consumer Protection. European consumer law group**. Disponível em: <<http://www.europeanconsumerlawgroup.org>>. p. 12. Acesso em: 18 Jun 2008.

⁶³⁰ Neste sentido, GUIBAULT, Lucie; HELBERGER, Natali. **Copyright Law and Consumer Protection. European consumer law group**. Disponível em: <<http://www.europeanconsumerlawgroup.org>>. p. 18. Acesso em: 18 Jun 2008.

⁶³¹ Id. *ibidem*, p. 18.

⁶³² Id. *ibidem*, p. 20.

Como visto, o Brasil, a exemplo da União Européia, dispõe de leis que possibilitam a proteção do usuário/consumidor, não só através dos princípios constitucionais, mas também do Código de Defesa do Consumidor, da Lei Antitruste e da própria releitura da Lei Autoral⁶³³.

Como se pôde observar, existe uma tendência em assegurar o Direito do exclusivo aos autores e/ou titulares de direito, em detrimento dos interesses dos usuários que querem ter acesso à informação dos conteúdos culturais.

Esta situação acaba por limitar o que já é limitado.⁶³⁴ São as chamadas limitações extrínsecas⁶³⁵ do Direito Autoral, pois elas não estão previstas no rol taxativo do artigo 46 nem nos artigos 47 e 48 da Lei Autoral, nem mesmo no artigo 6º da lei de programas de computadores. Estas limitações advêm de outros institutos jurídicos, como o Direito à informação, à educação, à liberdade de expressão, de concorrência e do próprio Direito de consumidor.

Na prática, o que já é limitado pelo Direito Autoral acaba por ser mais restrito com os dispositivos normativos, inseridos nos produtos, e que atingem diretamente o usuário, que é o consumidor do produto e do serviço cultural. Uma das justificativas para a existência destas medidas tecnológicas é o combate à pirataria, mas este argumento, por si só, não tem o

⁶³³ Reforça-se, por oportuno, que a releitura ou a interpretação da Lei Autoral é fundamental para a solução de conflitos, envolvendo Direito Autoral e Direito do Consumidor. Mas há que se ter em mente que, na medida em que se torna necessária uma intervenção de outros institutos jurídicos para limitar os abusos, praticados em nome e a título de detentores do exclusivo autoral, pode-se ferir a essência do próprio Direito Autoral. Ocorre, então, uma hipertrofia ou metamorfose do Direito Autoral, já que o intérprete/aplicador do Direito não pode olvidar qual o objeto do Direito Autoral e a quem esta tutela visa a proteger. Esta temática está sendo abordada profundamente na tese de doutoramento da autora deste trabalho.

⁶³⁴ A pergunta que aqui cabe é se estas limitações podem constituir instrumentos para o balanceamento dos interesses dos usuários com os dos autores/titulares de Direito Autoral.

⁶³⁵ Adverte José de Oliveira Ascensão que “ o Direito de Autor não exclui certas limitações extrínsecas, fundadas em noções de ordem pública, que atinjam o exercício dos direitos, excluindo-o ou limitando-o. A existência de um Direito de Autor nunca é argumento contra essas restrições. A própria Convenção de Berna o reconhece no art. 17, ao dispor que a Convenção não atinge o Direito dos governos de permitir, vigiar ou proibir, por disposições legislativas ou de polícia interna, a circulação, a representação ou a exposição de qualquer obra ou produção. Estas restrições podem basear-se em razão de segurança, de defesa de bons costumes e de outras igualmente de ordem pública. Podem revestir a forma de censura, e já se sabe que podem levar à retirada da obra da circulação (art. 22). Para além disso, não cabe ao Direito de Autor examiná-las. Representam contingências extrínsecas que fogem aos princípios deste ramo do Direito (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 269-70).

condão de fundamentar esta restrição ao consumidor de boa-fé e ao interesse coletivo que deseja ter acesso à obra.

O que está nítido é o interesse de garantir o exclusivo às grandes indústrias culturais, em detrimento do Direito de acesso das obras aos usuários. Para que isto ocorra, a lei dá amparo para limitar ou até impedir a cópia privada, impõe medidas tecnológicas de proteção e cláusulas abusivas, sem falar nos contratos adesivos, absolutamente unilaterais, em ambiente digital e sem a devida informação⁶³⁶ ao consumidor, como ver-se-á a seguir.

Vale destacar que o Direito do Consumidor estabelece regras claras acerca da informação e da proteção contratual na relação de consumo. Se o Direito do Consumidor busca garantir ao consumidor a segurança dos produtos e serviços fornecidos e a adequação destes aos fins a que legitimamente se esperam dele, é evidente que a informação ofertada faz parte do contrato e garante o consumidor. Bem como, a falta de informação acaba por ter um efeito vinculativo, pois, em uma visão simplista, o que não está informado, permitido está.

Assim, as questões relativas à informação e a proteção contratual devem ser analisadas pormenorizadamente, eis que a Lei consumerista preceitua que as cláusulas contratuais serão interpretadas em favor do consumidor. Esta interpretação pode ser benéfica ao usuário/consumidor do bem cultural, da mesma forma que pode causar prejuízos aos interesses do autor e de seus titulares de direito.

A par destes problemas, é óbvio que o problema central não são as medidas tecnológicas de segurança, não é a pirataria, nem os contratos com cláusulas abusivas, a

⁶³⁶ Sobre o dever de informação, veja os seguintes artigos do Código de Defesa do Consumidor: Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços, oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Art. 31. A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre as suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias, a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o Direito de arrependimento, previsto neste artigo, os valores, eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

questão crucial é a (im)possibilidade de se fazer as cópias privadas em razão dos sistemas tecnológicos de proteção, inseridos nas obras e nos contratos, que os consumidores/usuários são obrigados a firmar para terem acesso às obras.

Procurar-se-á analisar separadamente estas questões, mas, desde já, adverte-se que esta divisão é meramente didática, uma vez que o consumidor que, adquire ou usa o produto autoral, se defronta, imediatamente, com todas estas situações abaixo relatadas.

Cópia Privada

A cópia privada sempre gerou grandes celeumas no Direito Autoral , não é em vão que Bernt Hugenholtz jocosamente diz ser a “batata quente”⁶³⁷ dos autoralistas.

A verdade é que, antes da invenção de Guttemberg, as cópias eram feitas manualmente por “copistas” levando, assim, muito tempo para que uma obra, em sua íntegra, fosse copiada, porém, com a imprensa, esta possibilidade aumentou e, com o advento de máquinas reprográficas, o risco ficou maior. No entanto, com as atuais invenções, envolvendo as tecnologias de comunicação e informação, é que o problema passou a atingir uma escala de importância inigualável, basta observar a possibilidade de realização de cópias com alta qualidade e rapidez, feitas via *Internet*.

Então, como garantir os interesses dos usuários/consumidores com os dos autores/titulares de direitos? Cada país apresentou a sua solução, ora permitindo a cópia privada, ora a admitindo, mas mediante o pagamento de remuneração ou compensação eqüitativa, ora impondo medidas tecnológicas de proteção e, como no Brasil, simplesmente restringindo a cópia privada a pequenos trechos.

O tema é de fato uma “batata quente”, mas, no Brasil, o disposto no artigo 46, inciso II da Lei Autoral constitui um retrocesso imperdoável, pois a Lei Autoral anterior admitia a cópia para uso privado, enquanto a atual admite a cópia para uso pessoal, mas apenas de pequenos trechos e feitas pelo próprio copista. Esta limitação já fez vítimas usuários de boa-

⁶³⁷ Literalmente diz: “*for over twelve years private copying has been the proverbial hot potato on the menu of European copyright lawmakers*”, em HELBERGER, Natali; HUGENHOLTZ, Bernt. **No place like home for making a copy. Private copying in European copyright law and consumer law.** 2007.

fé, além de dar ensejo a movimentos de pessoas jurídicas privadas⁶³⁸ que querem se investir de um poder de polícia para coibir as cópias privadas e, para tanto, chegam a ditar a noção do que vem a ser o pequeno trecho de uma obra.

Antes de reagir contra a cópia privada, que é um Direito universalmente reconhecido, o importante é saber quais as razões que fizeram dela uma das mais importantes limitações do Direito Autoral . Bernt Hugenholtz apresenta quatro motivos fundamentais que se podem extrair dos dois sistemas jurídicos autorais (*Droit d'auteur* e *Copyright*), quais sejam: o argumento da personalidade, para o qual o Direito de Autor é uma espécie do gênero do Direito da personalidade; a execução da justiça, tendo o Direito de Autor, refletido em noções de Direito natural; as razões culturais, dentre elas a liberdade de expressão; e os argumentos econômicos, para os quais o Direito de Autor vai transformar a informação em verdadeira mercadoria⁶³⁹.

É possível encontrar estes motivos dentro dos dois sistemas jurídicos autorais, alguns de forma mais preponderante que outros, mas o advento da Sociedade da Informação e a força econômica do Direito Autoral fizeram com que o argumento econômico, nitidamente oriundo e inserido no sistema do *Copyright*, preponderasse no mundo inteiro. De repente, a figura do autor e do usuário de obra passaram a ser secundários, afinal a obra é uma mercadoria de grande valor e que todos querem ter.

O problema está na reação por parte daqueles que defendem os interesses dos autores e dos usuários, no sentido de não permitirem uma transformação do objeto do Direito Autoral com base em aspectos meramente econômicos.

Este dado é fundamental, porque foi justamente, em razão da prevalência do argumento econômico e a possibilidade de reprodução digital das obras, que trouxeram, em debate, o estudo do Direito do Consumidor pelo Direito Autoral . Hoje cada ato de consumo de Direito Autoral , por meios digitais, requer uma licença, o que comprometeu,

⁶³⁸ Os movimentos, quer associações, sociedades, fundações que surjam para a defesa dos interesses dos autores e titulares de direito, por óbvio, são bem-vindos, mas eles devem exercer o seu papel dentro dos limites legais.

⁶³⁹ Neste sentido HELBERGER, Natali; HUGENHOLTZ, Bernt. **No place like home for making a copy. Private copying in European copyright law and consumer law.** 2007. p. 4.

sobremaneira, a liberdade do usuário/consumidor para a realização de uma cópia privada⁶⁴⁰.

Para se ter uma idéia, na Europa, basta os fornecedores (titulares de direitos autorais) informarem previamente que os *CDs* e *DVDs*, dentre outros, não podem ser copiados e que apresentam medidas de segurança, como TPM e DRM, para que os fornecedores se isentem das responsabilidades.

Porém, se a medida tecnológica, inserida no produto, a fim de que não se realize cópia privada, acaba causando um defeito de qualidade deste ou do equipamento utilizado, para o seu funcionamento, o consumidor poderá exigir a remoção imediata desta medida tecnológica ou, ainda, o mesmo produto sem o controle de cópia. Se esta remoção ou entrega do produto sem o dispositivo for de custo elevado e desproporcional para o fornecedor, é possível que o usuário/consumidor exija uma redução proporcional do preço do produto e, para alguns países da União Européia, exige-se o pagamento a título de compensação pelos danos sofridos⁶⁴¹.

Cabe frisar que, nos países da União Européia, há previsão legal expressa e clara de inclusão de medidas tecnológicas de proteção e remuneração equitativa para a cópia privada, e, por isto, os estudos, envolvendo Direito do Consumidor e direitos autorais, estão na ordem do dia. Diferentemente do Brasil, onde as medidas tecnológicas de proteção estão previstas de forma “explícitas”⁶⁴² – não há remuneração equitativa, e a lei de Direito Autoral permite a cópia privada de obras, embora restrita a pequenos trechos⁶⁴³.

Esta observação é importante porque o Brasil ainda está começando a sentir os efeitos que limitam o Direito do Consumidor no Direito Autoral e, portanto, em tempo de analisar e escolher qual a posição que pretende assumir em relação ao tema. Seguramente, em termos de consumidor de Direito Autoral, há que se ter em mente que é muito provável que a possibilidade de se fazer cópias privadas seja um fator decisivo para que este adquira e utilize determinado produto⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ Id. *ibidem*, p. 10-1.

⁶⁴¹ HELBERGER, Natali; HUGENHOLTZ, Bernt. **No place like home for making a copy. Private copying in European copyright law and consumer law**. 2007. p. 18.

⁶⁴² Bruno Lewicki entende que os mecanismos tecnológicos de proteção, embora não estejam previstos a minúcias na lei Brasileira, elas estariam “inequivocamente” previstos no artigo 103 da Lei Autoral.

⁶⁴³ Ainda que, com a interpretação sistemática da matéria, é possível justificar a cópia privada, como mencionado no trabalho.

⁶⁴⁴ Pode-se chegar a esta conclusão a partir da experiência européia. HELBERGER; HUGENHOLTZ, op. cit., p. 19-20: “as mentioned earlier, a number of surveys have demonstrated that the ability to

A presença das medidas tecnológicas de proteção no ordenamento autoral brasileiro provocam uma contradição com a norma prevista no artigo 46, II que admite a possibilidade de cópia privada, mesmo que de pequenos trechos. Esta controvérsia, se não for analisada de forma sistêmica com todo o ordenamento brasileiro e observando os exemplos europeus, os usuários/consumidores podem enfrentar verdadeiros abusos de exercício de direito, como o exemplo ocorrido em 2005 com os CDs da cantora, Marisa Monte, com o selo EMI⁶⁴⁵.

Com isto, quer-se dizer que, no Brasil, a Lei Autoral não tem os obstáculos, presentes na Diretiva de harmonização de direitos de autor e nos direitos conexos para a sociedade da informação, e isto dá uma posição de vantagem para dirimir as controvérsias, envolvendo a matéria. Esta solução pode ocorrer através da interpretação das limitações dos direitos autorais e até mesmo de modificação legislativa.

A inexistência de normas “*übercopyright*”⁶⁴⁶, com a introdução consolidada do DRM, é mais plausível combater a tentativa da existência de restrições que aniquilem o acesso à obra na lei brasileira autoral, e, com isto, os consumidores não ficarão à mercê dos titulares de direitos autorais/fornecedores que impõe unilateralmente as condições da licença de uma obra. A tarefa é árdua, mas necessária, sob pena de cairmos, se já não caímos, na situação em que se encontra a União Européia⁶⁴⁷.

Contratos – Cláusulas Abusivas

make private copies appears to be an important factor in the purchase decision of consumers”.

⁶⁴⁵ A EMI lançou em 2005 dois CDs simultâneos da cantora, Marisa Monte, intitulados “Infinito particular” e “Universo ao meu redor” que tinham medidas tecnológicas de proteção (DRM) e que, uma vez rodados no equipamento, não podiam ser retirados, e, ainda, obrigavam o usuário/consumidor a aceitar um contrato, contendo diversas cláusulas abusivas que limitavam seus direitos. Além disto, desvinculou-se que a medida tecnológica poderá causar danos nos equipamentos no caso de tentativa de se fazer uma cópia privada. Neste sentido, veja Disponível em: <<http://www.boingboing.net/2006/03/24/emi-releases-brazili.html>>. Acesso em: 18 Jun 2008.

⁶⁴⁶ Expressão utilizada por Bernt Hugenholtz, para falar num super Direito Autoral.

⁶⁴⁷ Neste sentido, HELBERGER, Natali; HUGENHOLTZ, Bernt. **No place like home for making a copy. Private copying in European copyright law and consumer law.** 2007. p. 24: “*But even a copyright system that does take certain consumer interests into account will always fall short of fulfilling the real needs of information consumers. In Europe, copyright is chiefly designed as a property right, as are its structure and its discourse. Exclusive rights are the rule, freedoms are framed as ‘exceptions’ that – especially in the author’s rights tradition – are supposed to be narrowly construed. Due to copyright law’s systemic pro-right holder bias, as reflected in the property model, achieving a proper balance between protecting the interests of right holders and the interests of users will always be an up-hill struggle for consumer groups. Phrased in football terminology (the lingua franca of European culture), consumers will always be playing an ‘away game’ in the copyright arena*”.

Nos casos Sony BMG e dos CDs da cantora, Marisa Monte, observa-se que os contratos, a que os usuários/consumidores eram obrigados a aceitar, sob pena de não terem acesso à obra, são tipicamente contratos adesivos, aos quais a legislação consumerista impõe imensas ressalvas.

Mas é possível estabelecer contratos bilaterais no ambiente digital e, no caso específico, de aquisição de produtos culturais? A resposta é complexa, porque, embora o chamado contrato por clique seja por adesão, não se pode negar que este tipo de contrato dá agilidade e praticidade para as partes. O que ele não pode é conter cláusulas abusivas. Daí a importância das pessoas jurídicas de caráter associativo, pois elas podem auxiliar o consumidor na defesa de seus interesses.

Não bastassem estes riscos, Ronaldo Lemos lembra que, nos contratos por clique, o seu teor pode sofrer alterações, visto que concretizado em um ambiente digital de caráter extremamente volátil, o que traria insegurança ao consumidor⁶⁴⁸.

É evidente que a existência de cláusulas abusivas, como as que limitam ou restringem a cópia privada, ou não permitem que a obra adquirida seja utilizada em outro computador em razão da existência de mecanismos tecnológicos que o impedem, há incidência do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 51, inciso I, e, em especial, o inciso IV e parágrafo primeiro da Lei consumerista disciplinam casos que podem acarretar a nulidade da cláusula contratual, uma vez que há vício na vontade do consumidor, além de apresentar uma contrariedade com a permissão da cópia privada, prevista na Lei Autoral⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Neste sentido, LEMOS, Ronaldo. Direito, Cultura e Tecnologia. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 155. e, também citado por LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos direitos do autor**: releitura na perspectiva do Direito civil contemporâneo. Tese de Direito defendida na Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007.

⁶⁴⁹ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. Neste caso, nítido que a solução passaria pelo CDC, pois, além

Como bem lembra Bruno Lewicki, “a cópia privada, mesmo que de pequenos trechos, decorre da lei, não podendo ser considerada excessiva”, nem podendo o fornecedor se valer da ressalva, prevista no parágrafo segundo do artigo 51 da lei consumerista⁶⁵⁰.

Na mesma seara, a lei de *software*, quando dispõe sobre os contratos de licença de uso e comercialização, já traz previsão expressa de defesa do consumidor, entendendo serem nulas as cláusulas que eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor⁶⁵¹.

Por esta razão, o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor deixa claro que, se o consumidor não tiver acesso prévio do teor do contrato ou se a linguagem, utilizada na redação, dificultar a compreensão do contrato, ele não obriga o consumidor, porque gera abusividade e esta a nulidade da cláusula contratual, porque provoca um desequilíbrio na relação de contratual entre civis. Por isto, a noção de abusividade é tão presente nos excessos praticados pelos titulares de direito⁶⁵².

As cláusulas abusivas e os contratos de adesão constituem problemas na relação de consumo e, infelizmente, estão presentes nas aquisições de bens culturais, motivo pelo qual tanto o Código Civil, no artigo 423, como no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 47, apresentam soluções favoráveis ao consumidor, a fim de evitar o “desequilíbrio estrutural do

de se tratar de uma cláusula abusiva, nos termos do artigo 51, I, a introdução de DRM pode esbarrar direto neste artigo, pois implica renúncia ou disposição de direitos. No caso, cuida-se do Direito à realização da cópia privada, previsto expressamente como limitação ao Direito do autor no inciso II do artigo 46 (ASCENSÃO, José de Oliveira. **O fair use no Direito Autoral . Direito da sociedade da Informação**. Coimbra, v. VI; LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos direitos do autor**: Releitura na perspectiva do Direito civil contemporâneo. Tese de Direito defendida na Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007).

⁶⁵⁰ LEWICKI, op. cit.

⁶⁵¹ Lei nº 9.609/98, artigo 10. Os atos e os contratos de licença de direitos de comercialização, referentes a programas de computador, de origem externa, deverão fixar, quanto aos tributos e encargos exigíveis, a responsabilidade pelos respectivos pagamentos e estabelecerão a remuneração do titular dos direitos de programa de computador residente ou domiciliado no exterior. § 1º Serão nulas as cláusulas que: II - eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.

⁶⁵² A respeito, [MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor: fundamentos do Direito do Consumidor; Direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 215-216. No capítulo 2, falou-se sobre a cláusula geral de ilicitude ou abuso de Direito previsto no Código Civil no sentido de que “comete ato ilícito o titular de um Direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente aos limites impostos pela finalidade econômica e social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.](#)

mercado”⁶⁵³. Estes dispositivos são fundamentais para salvaguardar os interesses dos usuários/consumidores, dentro de uma economia de mercado que está sendo, cada vez mais, governada pelas cláusulas contratuais, gerando uma tranquilidade a existência destas regras, para coibir o excesso de titularidades que constituem práticas desleais a abusivas.

É oportuno lembrar que a cláusula abusiva e o contrato de adesão não são sinônimos, muito embora possam lesar o consumidor. Como adverte Ruben Stiglitz, as cláusulas abusivas não devem ser confundidas com o contrato adesivo, “pois as primeiras somente exibem o aspecto patológico da segunda”⁶⁵⁴.

Vale lembrar que a elaboração de um contrato que alcance o justo equilíbrio entre as partes é interessante para o Direito Autoral, mas este balanceamento entre os interesses dos titulares de direito/fornecedores que querem exercer o exclusivo, e os interesses dos usuários/consumidores de poderem realizar uma cópia privada é de difícil conciliação, entretanto é uma opção que não deve ser abandonada.

Como se falou alhures, a noção de fornecedor, no âmbito do Direito Autoral, traz consequências sérias no que diz respeito à responsabilidade, por fato ou por vício do produto ou serviço, independente de culpa, previstas nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor. Os problemas que os consumidores vêm enfrentando com a contratação de serviços “culturais” são imensos, com provedores de *Internet* e serviços de telecomunicações em geral (radiodifusão, telefonia celular, por exemplo), que transmitem obras protegidas pelo Direito de Autor, além de serem titulares de direitos conexos.

Esta observação, mesmo sem ter por objetivo aprofundar a questão, também leva a possibilidade de interpretação conjunta das normas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, Como observa Adalberto Pasqualotto, é possível se valer do parágrafo único do

⁶⁵³ Expressão utilizada por Adalberto Pasqualotto. [Esclarece o autor que o artigo 423 do Código Civil “dispõe que os contratos de adesão devem ser interpretados de maneira mais favorável ao aderente, quanto houver cláusulas ambíguas ou contraditórias. O art. 47, CDC, determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor, prescindindo de ambigüidade ou contradição” \(PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto \(Coords.\). Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 149\).](#)

⁶⁵⁴ STIGLITZ, Ruben S. Contrato de consumo y clausulas abusivas. p. 307- 340. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). **Estudos do Direito do Consumidor**. Coimbra: Centro do Direito de Consumo, 1999. n. 1. p. 311-312.

artigo 927, artigo 931 e artigo 156 e parágrafo único do Código Civil⁶⁵⁵.

TPM e DRM

Antes de conceituar e explicar as siglas em epígrafe, cabe observar que elas foram plenamente implementadas com as Diretivas da União Européia, que procuraram um sistema de controle para impedir a reprodução de obras em grande escala e mesmo para cópias privadas.

Na prática, as expressões, “medidas tecnológicas de proteção” (TPM⁶⁵⁶) e “gestão dos direitos no formato digital” (DRM⁶⁵⁷), são tratadas quase como sinônimos, ou ainda, utilizam-se as expressões “medidas tecnológicas” ou “sistemas tecnológicos de proteção”, para abarcar estas duas modalidades, previstas nos documentos legais. Entretanto, estas expressões não se confundem, como ver-se-á a seguir.

A TPM é utilizada para evitar que alguém, não autorizado, tenha acesso ao produto adquirido, como, por exemplo, através da criptografia. Tem uma funcionalidade limitada, já que o usuário/consumidor somente pode aceder ao produto, através da chave fornecida. A TPM é eliminada, podendo, na prática, não somente aceder ao conteúdo como também efetuar cópias privadas e em larga escala. Assim, as TPMs têm a força de impedir a cópia privada àqueles usuários/consumidores que não têm acesso autorizado para tanto⁶⁵⁸.

Já o DRM apresenta outras funções e é capaz de descrever e identificar o conteúdo do produto, de reforçar para os usuários/consumidores os termos do contrato que são formulados pelos titulares de direito, pois, sem aceitá-lo, não há como aceder ao produto, à

⁶⁵⁵ Destaca o autor, ainda, as proposições, aprovadas na I jornada de Direito Civil, “promovida pelo Conselho da Justiça Federal (Brasília, 12-13.0.2002): Enunciado 42. art. 931. o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos. Enunciado 43. art. 931. a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os risco do desenvolvimento” (PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 149-150).

⁶⁵⁶ Tradução livre da expressão em inglês: “Techinal Protection Measures” - TPM.

⁶⁵⁷ Tradução livre da expressão em inglês: “Digital Rights Management” - DRM.

⁶⁵⁸ GUIBAULT, Lucie; HELBERGER, Natali. **Copyright Law and Consumer Protection. European consumer law group**. Disponível em: <<http://www.europeanconsumerlawgroup.org>>. Acesso em: 18 Jun 2008.

obra. Segundo Lucie Guibault, o DRM procura alcançar as seguintes funções: a proteção do contrato, o cumprimento do contrato padrão, a venda eletrônica de produtos e serviços eletrônicos e gerar uma vantagem adicional no serviço entre o consumidor e o fornecedor⁶⁵⁹.

Portanto, como esclarece Lucie Guibault, a diferença fundamental entre TPM e DRM é que a TPM está projetada geralmente para impedir o acesso ou a cópia, enquanto o DRM não impede o acesso ou a cópia, mas cria, em um ambiente, os termos de uso, incluindo a cópia, advertindo ao usuário/consumidor que somente podem ser praticados os usos nas condições, fixadas unilateralmente no contrato, pelos titulares de direito/fornecedores. Assim, via de regra, não impedem o acesso, mas o controlam, mediante sistemas tecnológicos, vinculados ao pagamento pelo uso real do conteúdo, motivo pelo qual os usuários, sem autorização, não podem aceder à obra⁶⁶⁰.

Seja uma TPM ou um DRM, o fato é que estas medidas tecnológicas impuseram uma verdadeira barreira que impede aos usuários acederem à obra, restringido, ainda, a possibilidade de cópia e até o seu uso legítimo, pois existem os “códigos regionais de acesso”⁶⁶¹, que restringem a utilização do produto de Direito Autoral em regiões do mundo⁶⁶². O fato incontestado é que a presença destas medidas tecnológicas, além de serem uma “batata quente” para os juristas, conforme mencionado pelo professor holandês, é uma verdadeira “dor de cabeça” para os usuários/consumidores.

Os casos apontados anteriormente reforçam o entendimento de que estas medidas tecnológicas acabaram por restringir o que já era limitado por lei: realizar o simples ato de uma cópia privada. Vale frisar que a lei brasileira não foi suficientemente explícita ao abordar o tema, ou ao menos com a clareza e as minúcias necessárias a inclusão de TPM ou DRM dentro do sistema autoral, mas alguns artigos encontrados na lei de Direito de Autor e direitos conexos remetem a esta matéria⁶⁶³.

⁶⁵⁹ Id. *ibidem*, p. 09.

⁶⁶⁰ Id. *ibidem*.

⁶⁶¹ Em inglês, a expressão é “*regional access coding*” (RAC).

⁶⁶² De sorte que um CD ou DVD, adquirido na Europa, não funciona no Brasil, causando um prejuízo ao consumidor de boa-fé que adquire legitimamente o produto e será impedido, por medidas tecnológicas, de usá-lo para os fins adequados. Considera-se que se está em um mundo de economia globalizada e os bens culturais são adquiridos *on line* (sociedade da informação), como alcançar, então, uma proteção eficaz e rápida para a defesa deste consumidor? É óbvio que o problema passa pelas regras de Direito internacional privado e, o presente trabalho não se propõe a esta análise.

⁶⁶³ O mesmo ocorre em relação às limitações do Direito moral de autor, onde não existe uma previsão legal explícita e expressa tal qual ocorre como rol de limitações ao Direito patrimonial do autor.

A Lei Autoral no artigo 107⁶⁶⁴ sujeita a sanção cível, condicionada aos parâmetros previstos no artigo 103⁶⁶⁵, a todo aquele que suprime, modifica ou inutiliza dispositivos técnicos ou sinais codificados introduzidos nos exemplares das obras para evitar ou restringir a sua cópia.

Ora, a introdução “sorradeira” destes dispositivos tecnológicos acaba equiparando o pirata, que pretende realizar cópias com fins lucrativos, com o usuário/consumidor, que tem o Direito legal de fazer uma cópia privada⁶⁶⁶, muitas vezes, porque vai utilizar o produto em diferentes equipamentos (computador pessoal, *laptop* pessoal, aparelho de *CD* do carro, MP4, para citar alguns exemplos).

Os tribunais europeus, em especial os franceses, já firmaram entendimento acerca da utilização de um produto autoral em equipamentos diversos, tais como as rádios dos carros ou dos computadores. Há duas situações. A primeira refere-se aos titulares de direito/fornecedores que não advertiram o consumidor sobre incompatibilidades possíveis entre a mídia e o produto, uma vez que existem diversos tipos de computadores e de equipamentos de rádio. Nestes casos, a não informação sobre a compatibilidade pode acarretar a responsabilização do fornecedor, em razão de seu comportamento enganar o consumidor.

A segunda diz respeito à imposição das medidas tecnológicas (DRM) e a restrição de cópia privada e, como lembra Bernt Hugenoltz, foi considerado um “dia negro” para a cópia privada, pois o Tribunal francês não proferiu uma palavra final acerca do tema. Mas há entendimentos no sentido de que as medidas tecnológicas de proteção devem respeitar

Tanto mais porque as limitações, dentro do sistema do Droit d'auteur, são, tradicionalmente, de enumeração taxativa e interpretação restrita, o que dificulta a intervenção do intérprete/aplicador do direito, muito embora o possa e deva fazer!

⁶⁶⁴ Art. 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e o seu parágrafo único, quem: I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos, introduzidos nos exemplares das obras e produções, protegidas para evitar ou restringir sua cópia; II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia;

⁶⁶⁵ Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido. Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

⁶⁶⁶ Veja observação feita sob o tema no item “cópia privada”.

determinadas exceções do Direito Autoral, em especial, a cópia privada, a partir da leitura da Diretiva de harmonização e da regra dos três passos⁶⁶⁷, previstas na Convenção de Berna⁶⁶⁸.

Pirataria

Por fim, quando se fala em questões de Direito Autoral e do consumidor, é necessário ver o “outro lado da moeda”, ou seja, analisar um dos principais motivos que levam o titular de Direito Autoral a tentar justificar este esquema de proteção tecnológica e contratual, que é o problema da pirataria de obras.

Em que pese esta análise, vale destacar uma opinião pessoal, no sentido de que a pirataria de obras é um dos motivos que justificam estas limitações de acesso e uso da obra, mas não é o principal motivo, uma vez que estas medidas deixam claro que, na verdade, a intenção maior é garantir a manutenção do Direito exclusivo de auferir lucro maior com a exploração dos bens culturais, em que pese o sacrifício do interesse público e dos princípios constitucionais que dão guarida ao acesso a informação, à educação, à liberdade de expressão, apenas para citar alguns exemplos.

Esta crítica não tem o condão de fazer uma apologia à pirataria de obras, ao contrário, este constitui ilícito grave que não propicia a inclusão social, pois estimula os “usuários/consumidores” a participarem e alimentarem este crime.

É necessário enfatizar, ainda, que não há interesse por parte dos “piratas” de ver as relações entre os titulares de Direito e os usuários devidamente equilibradas. Este questionamento é fundamental, pois, se regularizados estes padrões, aquele que normalmente compraria um produto pirata, em razão de um preço mais baixo, deixaria de adquiri-lo, e, com isto, o chamado mercado informal diminuiria enormemente, propiciando o término da

⁶⁶⁷ Os usos honrados, também chamados de regra dos três passos, estão consagrados na Convenção de Berna (art. 9.2), segundo o qual o Direito exclusivo do autor pode sofrer limitações e exceções desde que incida em “certos casos especiais, que não prejudique a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor”. Esta regra é a predominante não só dentro do sistema do Direito de Autor, mas também está presente em todos os Acordos internacionais sobre os direitos autorais, desde a Convenção de Berna de 1886 até os Tratados da OMPI de 1996 (WCT/TODA e WPPT/TOIEF), sem mencionar a Diretiva europeia que harmoniza certos aspectos relativos aos direitos de autor e conexos na Sociedade da Informação.

⁶⁶⁸ Neste sentido HELBERGER, Natalie. **Christophe R. vs. Warner Music**: French court bans private-copying hostile DRM. 2006. Disponível em: <http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=180>. Acesso em: 18 Jun 2008.

pirataria.

Assim, na pirataria, existem interesses conflituosos entre os três personagens centrais deste problema, vislumbrando-se o quadro mencionado abaixo.

O usuário/consumidor quer ter acesso à informação, às obras e de forma irrestrita, e sob o ponto de vista do mercado, quer adquirir a obra/produto ou serviço de procedência e boa qualidade, sem que, para tanto, tenha que pagar um preço elevado e sem que o produto traga uma série de restrições tecnológicas, que o impeçam de fazer uso do Direito de cópia privada⁶⁶⁹. O preço elevado⁶⁷⁰ e as medidas tecnológicas, inseridas nas obras, acabam por ser um “estímulo” para a prática do ilícito, seja adquirindo a “versão” pirateada ou a quebra destes mecanismos protetivos, para obter a cópia privada, ou, ainda, simplesmente esta.

O autor e/ou titular de direito, que sob o ponto de vista consumerista, é fornecedor, deseja exercer o seu Direito exclusivo que retrata a expressão máxima da prerrogativa patrimonial e, para isto, procura, cada vez mais, introduzir mecanismos técnicos e legais para garantir o retorno de seus investimentos, limitando, sobremaneira, um Direito universal que é o Direito à cópia privada dos usuários de boa-fé e que não pretendem fazer reprodução da obra com fins de lucro (pirataria).

Ressaltando ainda que, via de regra, o autor, que é titular originário da obra, já cedeu seus direitos, através de contratos, que apresentam cláusulas questionáveis, inclusive no que diz respeito aos valores, decorrentes da cessão. Não é o autor, titular originário, que impõe estas medidas, mas, sim, o cessionário (titular derivado) que vai auferir e exercer, ao máximo, o Direito ao exclusivo patrimonial.

O pirata que fabrica e comercializa obras, com a finalidade lucrativa, prejudica o autor e/ou titular de direitos autorais e os próprios usuários, uma vez que os primeiros acabam por não receber qualquer valor a título de direitos autorais que lhes é devido pelo exclusivo, além de apresentar um produto de baixa qualidade que vai ofender o autor da obra intelectual,

⁶⁶⁹ Do contrário, vai se chegar ao absurdo de ter o usuário/consumidor ter de adquirir diversos suportes de uma única obra para poder usufruí-los, privadamente no seu carro, no seu computador pessoal de sua casa, de seu escritório, apenas para dar alguns exemplos.

⁶⁷⁰ Como justificar, por exemplo, o valor de R\$ 1,99 para a aquisição de uma música na *Internet*, quando não se tem aqui a figura do distribuidor e outras causas que justificavam outrora o valor da comercialização de um CD.

e os segundos, pela aquisição de produto, fruto de crime, que apresenta má-qualidade, podendo danificar os equipamentos, utilizados para aceder a obra⁶⁷¹, e que deixa o consumidor com problemas sérios para buscar a garantia, prevista no Código de Defesa do Consumidor⁶⁷².

Desta feita, pode-se identificar que a pirataria afeta os dois personagens que já apresentam dificuldades de relacionamento, quais sejam, os usuários/consumidores e os autores e/ou titulares de direito/fornecedores.

Ainda assim, como foi assinalado anteriormente, é necessário diferenciar a figura do “pirata” com a do “usuário/consumidor” que, eventualmente, deseje fazer uma cópia privada. Esta distinção é importante, porque se observa a utilização do termo “pirata” para aquele usuário que faz cópia privada de uma obra na *Internet*, cuja sinônimo pode agradar determinados setores, ligados à indústria cultural, mas que representa uma grave ofensa àquele que, sem intenção de lucro, sem prejudicar a exploração normal da obra, sem causar prejuízo ao autor e, para o fim específico de uso privado, tem o Direito à realizar uma cópia⁶⁷³.

A nossa legislação, quando disciplina os crimes contra os direitos de autor e os que lhes são conexos, assim como os de programas de computadores, dá uma interpretação que permite estabelecer esta diferença entre o pirata e o usuário.

A lei de programas de computador agrava a pena, quando houver a reprodução total ou parcial para fins de comércio, bem como quando expõe à venda, introduz no país, oculta ou tem depósito, original ou cópia, para fins de comércio, ou seja, pirataria,⁶⁷⁴ não prevendo

⁶⁷¹ Sem mencionar nas dificuldades que certamente o consumidor encontrará para resolver problemas como garantia do produto, identificação e responsabilização do vendedor e do fabricante. Neste sentido veja BARRETO, Luiz Paulo Teles; GONÇALVES, Márcio Costa de Menezes. Pirataria e Inclusão social. XXV SEMINÁRIO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, ABPI, **Anais...**, 2005.

⁶⁷² Pode-se afirmar, ainda, que o próprio Estado é lesado na medida em que o pirata sonega impostos e seu comércio informal acaba por prejudicar outros comerciantes ofendendo os princípios basilares da concorrência desleal. Diversos setores são afetados pela pirataria, como os autores, compositores, editores, produtores fonográficos, a indústria cinematográfica, as empresas de *software*, dentre outros.

⁶⁷³ Basta verificar a doutrina dos usos honrados, do *fair use* e do *fair dealing*.

⁶⁷⁴ Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador: Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa. § 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente: Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa. § 2º Na mesma pena do

como crime àquele que faz a cópia privada sem uma finalidade lucrativa, em que pese a proibição desta na lei nº 9.609/98, que permite ao usuário somente uma cópia de segurança.

O artigo 184 do Código Penal, igualmente, deixa claro que, no caso de violação de Direito de Autor que os que lhes são conexos⁶⁷⁵, somente o ato ilícito, com finalidade lucrativa, é que deve ser considerado crime, ressalvando, expressamente, os casos de limitações e exceções, previstas em lei, como é o caso da cópia privada⁶⁷⁶.

Neste sentir, a cópia de obra, com finalidade lucrativa, é chamada de pirataria e, por isto, considerada crime. A cópia de obra, com finalidade de uso privado, é um Direito do usuário/consumidor, motivo pelo qual constitui ofensa o emprego da expressão “pirata” a todo aquele que, com fim econômico ou não, faz cópia de obra.

De qualquer sorte, é essencial a busca de um equilíbrio, para conciliar os interesses dos usuários/consumidores e dos autores e/ou titulares de direito/fornecedores, para que os primeiros possam aceder às obras por um preço razoável, e os segundos sejam remunerados pela criação e investimento cultural e, com este ajuste, a pirataria perderá a sua força e espaço, deixando vivos os princípios constitucionais de proteção ao consumidor, ao autor, à

parágrafo anterior, incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de Direito Autoral .

⁶⁷⁵ Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, reproduzido com violação do Direito de Autor, do Direito de artista intérprete ou executante ou do Direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. § 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao Direito de Autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

⁶⁷⁶ Em verdade, a Lei Penal é mais condizente com a realidade do que a Lei Autoral que permite apenas a cópia privada de pequenos trechos e feita pelo copista, o que, de fato, é um absurdo e representa um retrocesso em relação à anterior Lei Autoral, que permitia a cópia privada de uma obra em sua íntegra.

informação, à educação, à liberdade de expressão e à cultura.

Por fim, há urgência do enfrentamento da temática das limitações ao Direito Autoral no ambiente digital, para que se possa buscar soluções legais de caráter internacional, a fim de coibir o excesso no exercício do exclusivo, conferido ao titular de Direito Autoral que impõe medidas tecnológicas de proteção e impedem o acesso às obras e à realização da cópia privada⁶⁷⁷.

Ao longo da tese, pode-se constatar que o re-descobrimento da importância econômica do Direito Autoral e o surgimento das criações utilitárias, decorrentes da informatização, causaram uma transformação do próprio instituto. Observou-se uma tendência crescente dos titulares de Direito Autoral em exercerem o exclusivo de forma excessiva e, em detrimento dos interesses dos autores e dos usuários das obras, motivo pelo qual a preservação do Direito Autoral, na atualidade, perpassa, obrigatoriamente, pelo balanceamento dos interesses dos sujeitos, participantes desta relação autoral.

Para coibir estes excessos de titularidade no Direito Autoral, a interpretação e a aplicação das limitações das prerrogativas patrimoniais devem se compatibilizar com a defesa do consumidor e com a proteção da concorrência, a fim de alcançar o pleno exercício dos direitos e das garantias fundamentais, para a formação da pessoa e o desenvolvimento nacional em nível econômico e social.

Embora não seja objeto desta tese, não se pode deixar de manifestar algumas pequenas contribuições para serem objeto de pesquisa e trabalho futuro. Para procurar preservar o Direito Autoral, é importante lembrar que o Estado e o Governo andam juntos, porém o primeiro é um ente dotado de personalidade jurídica de Direito público e está atrelado aos compromissos sociais, assumidos no ordenamento constitucional, enquanto o segundo, além de ser temporário, geralmente assume a ideologia dos partidos políticos que estiverem exercendo o seu mandato no Poder Executivo e Legislativo.

Esta observação é relevante, porque as limitações, extrínsecas do Direito Autoral,

⁶⁷⁷ HUGENHOLTZ, Peter Bernt; OKEDIJI, Ruth L. **Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright – Final Report**. 06 March. 2008. p. 34. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivative Works 3.0 Unported License, available at <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>.

como as defendidas neste estudo, são capazes de impedir muitos dos excessos, praticados pelos titulares, mas, certamente, elas não conseguem resolver todos os problemas do Direito Autoral . Outras medidas poderiam, portanto, ser adotadas, como a criação de um órgão Estatal e a assunção de licenças compulsórias na Lei Autoral, bem como a revisão internacional das questões relativas às limitações do Direito Autoral ⁶⁷⁸.

A criação de um órgão com caráter estatal e não governamental, para atuar, regulamentando e prevenindo as relações autorais, seria muito bem-vinda, pois poderia dar a credibilidade e segurança necessárias para os conflitos que estão surgindo, sem a necessidade do contencioso, a exemplo do que faz o CADE, sem olvidar que a Lei nº 5.778/74, que precedeu a atual Lei Autoral, instituiu o Conselho Nacional de Direito de Autor – CNDA, tendo sido extinto logo no início do governo Collor.

Neste sentido, há um movimento de alteração da Lei Autoral que foi incentivando pela Coordenação de Direitos Autorais do Ministério da Cultura que, durante o ano de 2008, realizou o Fórum Nacional de Direito Autoral , colocando em discussão estas temáticas polêmicas e teve, como um dos resultados, a necessidade de implementação de um novo órgão que fosse responsável pela política de Direito Autoral , tendo função reguladora e consultiva, o que, sem dúvida, acabaria por coibir uma série de atos abusivos, praticados pelos titulares de Direito Autoral , em detrimento dos próprios autores que cederam os direitos patrimoniais e os próprios usuários das obras.

Já a introdução de licenças compulsórias no texto da Lei Autoral seria outro aspecto importante a ser adotado como medida capaz de limitar o excesso de titularidade. Como visto

⁶⁷⁸ A respeito Peter Bernt Hugenholtz e Ruth Okediji adverte: *“However, none of these regimes has the capacity to encompass the entire spectrum of L&E’s associated with a mature copyright system. Similar problems of scope come with other possible regimes. For example, public broadcasting regulation may require news reporting exceptions in favor of public broadcasters, prohibit ownership of exclusive broadcasting rights in important public events or mandate cable retransmission of “must carry” television programs. Legislation on public libraries might mandate the deposit of copies of published works in public libraries. Such specific rules may perhaps protect the interests of broadcasting organizations and libraries, and by implication the interests of the general public, but only to the extent of the very limited goals of the norms at issue. Assuming it is desirable to codify limitations and exceptions in a more general consolidated instrument, a more coherent and general legal framework is certainly required”*. HUGENHOLTZ, Peter Bernt; OKEDIJI, Ruth L. **Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright – Final Report**. 06 March 2008. p. 35. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivative Works 3.0 Unported License, available at <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>>. Recomenda-se a leitura deste estudo que apresenta uma análise detalhada dos problemas e possibilidades de solução das limitações dos Direitos Autorais na atualidade.

no trabalho, as licenças compulsórias já estão previstas na Lei da propriedade industrial, e o próprio TRIPS não proíbe que o Direito Autoral adote estas licenças. A previsão legal destas ajudaria a coibir o excesso de titularidades, atendendo clamores sociais de acesso a obras órfãs, esgotadas e de interesse público. Evidentemente, os interesses dos titulares seriam preservados, através da intervenção direta de um órgão estatal que garantisse o devido processo administrativo, a fim de que o Direito Autoral e o exclusivo dos autores e/ou titulares de Direito fossem preservadas.

Estas medidas promoveriam a funcionalização do Direito Autoral por meio dos direitos fundamentais, consagrados na Constituição Federal brasileira, respeitando os interesses sociais e econômicos dos sujeitos partícipes da relação autoral: o autor, os titulares de Direito e os usuários.

CONCLUSÕES

A construção, dedutiva de um trabalho científico, obriga o pesquisador a desenvolver elementos estruturais, para que a tese tenha a firmeza necessária e condizente com o título que se postula obter, qual seja, o de Doutor em Direito. Na atualidade, encontrar o aspecto que seja capaz de dar solução a um problema ou identificá-lo se tornou mais difícil, uma vez que o mesmo provavelmente está sendo trabalhado por mais de um pesquisador, sem que um saiba da pesquisa do outro. É a máxima do Direito Autoral, em que as idéias não são protegidas, mas, sim, a sua forma de expressão. Porém, para a tese doutoral não basta a novidade relativa, o que importa é a originalidade da abordagem do tema que proporcione aos seus pares e a sociedade um verdadeiro contributo.

Esta observação procura alertar o leitor que, no transcorrer da elaboração do presente trabalho, houve um conjunto de pontos cruciais que, apesar de não poderem ser considerados isoladamente como contribuições originais da autora, foram, no entanto, essenciais para a tese. Estas contribuições essenciais foram realçadas, com o objetivo de conduzirem ao elemento fundamental da tese e, portanto, merecem destaque nestas conclusões. Dito isto, passa-se, sumariamente, às conclusões das contribuições essenciais e das contribuições originais da tese.

1 – CONTRIBUIÇÕES ESSENCIAIS

A noção contemporânea da Propriedade no Estado Social Democrático de Direito no Brasil. O pensamento sistemático deve prevalecer na interpretação dos institutos jurídicos contemporâneos, pois o Direito é fruto das experiências sociais que são objeto de

estudo de diversas ciências, como a sociologia e a economia. O Direito de Propriedade, na contemporaneidade, apresenta um alto grau de complexidade, o que impede os intérpretes/aplicadores do Direito de fazerem uma leitura clássica e reducionista. Esta leitura, por sua vez, decorre do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como um Direito fundamental na Constituição Federal brasileira que, dentro de um contexto social, acaba por re-personalizar o direito, despatrimonializando-o. A noção de propriedade apresenta, portanto, um núcleo econômico e social, porque se trata de uma apropriação privada de um bem economicamente valorado e socialmente funcionalizado. Daí concluir-se que o Direito obrigacional e proprietário possuem esta característica contemporânea de apresentarem um núcleo econômico que devem estar voltados para a funcionalização (do contrato e da propriedade). Neste sentido, pode-se afirmar que as titularidades constituem um gênero de que faz parte a propriedade e apresentam como características a intersubjetividade e o relativismo capaz de alcançar todo o tipo de patrimônio sujeito à apropriação, seja ele material ou imaterial.

A natureza proprietária do Direito Autoral . A natureza jurídica do Direito de Propriedade Intelectual é controversa. Inúmeras teorias foram elaboradas para apontarem o porquê da proteção, conferida ao ramo do Direito que tutela as criações intelectuais (propriedade industrial e Direito Autoral). Pode-se afirmar que a doutrina que melhor explica a natureza jurídica do Direito Autoral é a que a considera como um Direito de Propriedade, mas entendendo esta a partir de uma manifestação contemporânea, absolutamente dissociada da noção romana de propriedade. O reconhecimento da propriedade autoral implica relativização de seu aspecto patrimonial e re-humanização de seu aspecto moral, sem que, para isto, se tenha que admitir a existência de um Direito Autoral que apresente direitos distintos: patrimoniais e morais, os primeiros de fruição temporal e segundos, perpétuos.

O Direito Autoral é único, mas apresenta, em seu núcleo, prerrogativas morais e patrimoniais que são exercidas durante determinado prazo, previsto em lei, após o qual as obras caem em domínio público. Após surge o Direito à cultura que deve ser protegido pelo Estado, zelando pela autoria e integridade das obras, como integrantes do patrimônio cultural do país. Esta visão é compatível à noção contemporânea da propriedade no Estado Social Democrático de Direito. Reconhecer a propriedade autoral é admitir a titularidade e a autoria, no sentido de que a Lei Autoral concede um Direito exclusivo de exploração econômica da obra, sem prejuízo da autoria e dos interesses sociais de acesso às obras. O exclusivo não se

confunde com o monopólio, este pode surgir no seio do Direito Autoral , em razão dos negócios realizados. O exercício do Direito patrimonial exclusivo permite a exclusão de terceiros na fruição da obra, mas estes não podem ser excedidos pelos seus titulares. Adstrito a isto, a própria Lei Autoral considera a obra com um bem móvel, e os direitos exclusivos desfrutam do uso, gozo e fruição, típicas da propriedade ordinária.

A análise econômica no Direito Autoral não deve se sobrepor às prerrogativas morais do autor. Esta conclusão não poderia ser diversa, tendo em vista que a proteção do Direito Autoral se deu por razões econômicas e não por fins magnânimos. Foi, graças ao aspecto econômico, que os autores alcançaram o seu reconhecimento através das prerrogativas morais consagradas, tanto no sistema jurídico do *Droit D'auteur* (adotado pelo Brasil), como no do *Copyright* (ainda que tardiamente). A verdade é que os países de tradição anglo-saxã sempre se detiveram no aspecto econômico em desfavor dos autores e usuários das obras e, mesmo após se tornarem signatários da Convenção de Berna, não protegem, de forma devida, as prerrogativas morais de autoria e integridade da obra. Vale lembrar que, via de regra, são países que assumem uma forte postura liberal no mercado, cujo poder econômico impulsionou a elaboração de Acordos Internacionais, como o ADPIC/TRIPS, que não dispõe sobre as prerrogativas morais dos autores, porque o Tratado objetiva exclusivamente o comércio de bens “intelectuais”. Em que pese o potencial econômico, decorrente da exploração de obras, ainda assim, os países do sistema do *Copyright* são obrigados a reconhecer as prerrogativas morais básicas, constantes na Convenção de Berna. Quanto ao Brasil, esta obrigação decorre dos compromissos sociais, assumidos na Constituição Federal, de forma a defender a propriedade autoral (prerrogativas morais e patrimoniais).

A obra como produto. Embora se encontrem afirmações no sentido de que o grau de proteção jurídica, conferida ao Direito Autoral , corresponderia ao nível de desenvolvimento econômico, social e cultural de um país, esta noção foi há muito superada e hoje corresponde a um mito, criado pelo liberalismo econômico. Tanto é verdade que as criações intelectuais sempre existiram, mesmo diante da ausência da tutela jurídica, podendo-se suscitar que a quantidade de criações intelectuais, antes do reconhecimento legal, era superior, se comparados com as da atualidade. No entanto, não se pode negar que o surgimento de novas tecnologias trouxe uma (re)descoberta de outras possibilidades de exploração econômica das obras. Mas nem toda criação intelectual é obra, e mais, o conhecimento e a informação constituem bens públicos não sujeitos à apropriação privada. Entretanto,

contemporaneamente, passaram a ter valor econômico a ponto de obterem concessões típicas da propriedade. Sem dúvida, as novas tecnologias proporcionam um enriquecimento cultural pela facilidade no acesso à informação, contudo, pelas teorias econômicas, o conhecimento e a informação passaram a ter características de não-exclusividade na apropriação e não-rivalidade no consumo, o que contrasta com o fundamento da economia dos bens rivais, ou seja, a escassez. Esta característica é ínsita dos bens intelectuais, pois a obra, quando publicada, é apropriável, mas não diminui a possibilidade de que seja novamente apropriada (consumida) por outra pessoa. A informatização propiciou o surgimento de obras com caráter utilitário, como é o caso da base de dados e dos programas de computadores, em que a proteção se dá pela originalidade da compilação de informações nelas contidas.

Na atualidade, estes bens, considerados como obras protegidas pelo Direito Autoral, são consideradas produtos e serviços de elevado valor para o mercado, basta citar alguns exemplos de produtos: os *CDs*, *DVDs*, livros, músicas, filmes, jogos e programas de computadores; e de serviços, como os dos provedores de *Internet* e dos tradutores. Por serem assim considerados, os titulares de Direito Autoral não se abstém de exercerem o Direito exclusivo para impedir ou não autorizar o seu uso, independente de pagamento e da finalidade da utilização da obra.

O Direito Autoral, embora não seja natural, é considerado um Direito humano e fundamental. A normatização do Direito Autoral é recente no ordenamento jurídico nacional e internacional, se comparados a outros direitos, como o de propriedade que remontam ao Direito romano. Todavia, a noção da imaterialidade da propriedade não existia na Roma antiga, ao contrário, a assunção jurídica da tutela autoralista é um fruto de uma ficção jurídica, decorrente dos interesses econômicos, postos em jogo na época da Revolução Industrial. Constitui Direito natural o livre e gratuito acesso às criações intelectuais, para que os usuários possam usufruí-las plenamente, reproduzindo-as e utilizando-as como fonte de inspiração para novas criações intelectuais. A justificativa encontra-se na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, tendo em vista que a informação, o conhecimento e as obras constituem, na verdade, bens públicos. Como tais, as pessoas podem reproduzir e se inspirar nas obras para desenvolverem novas criações intelectuais, além de as interiorizar individualmente, para formação de seu patrimônio cultural. Embora não seja um Direito natural, tradicionalmente, o Direito Autoral é reconhecido como um Direito humano, nos termos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, assim como foi elevado à categoria

de direitos fundamentais, prevista na Constituição Federal do Brasil. Quanto ao reconhecimento como Direito humano, é importante destacar a tensão interna entre os dispositivos da Declaração que, de um lado, consagra o acesso à cultura como um Direito natural e, de outro, a previsão do exclusivo e das prerrogativas morais do autor. Já a sua consagração como direitos fundamentais, no Brasil, cingiu-se aos aspectos econômicos dos autores e/ou titulares de direito. A prerrogativa moral do autor não foi sequer mencionada como Direito fundamental, ainda que possa ser reconhecida através da interpretação das normas com atenção aos acordos internacionais que o Brasil é signatário e que têm aplicação imediata. Como o Brasil é signatário da Convenção de Berna, que prevê as prerrogativas morais do autor e, como o próprio ADPIC/TRIPS ordena que os países signatários atentem para o interesse social, é possível afirmar que as prerrogativas patrimoniais e as morais do Direito Autoral estão consagrados na Constituição Federal como um Direito fundamental. Para dirimir eventuais colisões entre direitos fundamentais, o intérprete deve se valer de princípios do direito, como o da proporcionalidade, destacando que o próprio Superior Tribunal de Justiça, em matéria autoral, admitiu a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por fim, ressalta-se que o Direito Autoral é humano e fundamental, porque é fruto de uma decisão política-econômica que o coloca em uma posição privilegiada na defesa da titularidade e da autoria.

Nem todo autor é titular de direito, nem toda criação intelectual é uma obra.

Quando a Convenção de Berna legislou sobre a proteção das obras literárias e artísticas, no final do século XIX, as obras constituíam a exteriorização original das criações de espírito de uma pessoa humana, havendo perfeita correspondência entre a autoria e a titularidade da obra, permanecendo esta concepção até o advento da informatização. A evolução tecnológica e a coisificação das criações trouxeram graves problemas para o Direito Autoral, visto que o potencial econômico das obras foi perfeitamente identificado pelos titulares de Direito que obtinham (e ainda obtém) a exclusividade da exploração econômica, através da cessão de direitos feitas pelo autor, até então, titular originário. O exclusivo do Direito Autoral e a informatização promoveram a mudança destas concepções tradicionais, pois, com o surgimento das criações, como as bases de dados e os programas de computadores, passou-se a vislumbrar um quadro onde há titularidade originária, mas não, autoria. Além disso, situações em que a autoria é reconhecida “fictamente” a uma pessoa jurídica, por razões meramente econômicas, desvanecendo a figura do autor e valorizando a figura do titular de Direito que explora exclusivamente a obra. A exploração econômica da obra, como produto e serviço no mercado, é fator relevante para os titulares de direito. O problema é que nem

sempre o que está protegido como obra o é de fato. A informação e o conhecimento, por si sós, não constituem uma obra, pela simples razão de que nem toda criação intelectual está sujeita à proteção autoral, porque pode carecer de originalidade e exteriorização. Entretanto, é conveniente, para os titulares de direito, que toda e qualquer criação intelectual seja protegida pela Lei Autoral, pois a proteção é imediata, independe de formalidade e, pelas convenções internacionais, têm um prazo de exploração econômica muito extenso. Daí identificar-se um descompasso da realidade com os conceitos basilares do Direito Autoral que repercutem na esfera econômica, social e jurídica, gerando aquilo que muitos doutrinadores passaram a chamar de “transformação”, “metamorfose”, “hipertrofia” e, até, “esquizofrenia” do Direito Autoral.

2 – CONTRIBUIÇÕES ORIGINAIS

As limitações extrínsecas estão assumindo o papel das limitações intrínsecas do Direito Autoral. A transformação que o Direito Autoral vem sofrendo afetou as limitações livres e gratuitas, que consistem na maneira pela qual o Estado equacionou o balanceamento entre os interesses públicos dos usuários e os privados dos autores e/ou titulares de direito. A liberdade é a regra, e o exclusivo a exceção, portanto as limitações são liberdades, e o Direito Autoral a exceção. Por este motivo, a Lei Autoral especifica as hipóteses de uso gratuito das obras sem a prévia autorização dos titulares de direito, em prol dos direitos e das liberdades fundamentais. No entanto, estas limitações intrínsecas (internas) do Direito Autoral são tidas como de interpretação restritiva e de enumeração taxativa o que conduz ao engessamento, imposto pelo sistema jurídico. É evidente que, dentro de um Estado Social Democrático de Direito, como o Brasil, este entendimento não é compatível com os compromissos sociais, assumidos na Constituição Federal, e, portanto, devem ser relativizados. Mas o problema maior das limitações intrínsecas é a forte campanha de aniquilamento destas pelas indústrias “culturais”, que já se aperceberam que a exploração econômica da obra é um produto altamente rentável na economia de mercado. A referida campanha originou uma série de instrumentos legais internacionais que ampliaram a lista de limitações, mas condicionando-as à remuneração equitativa e à imposição de medidas tecnológicas de proteção. Ora, sem liberdades (limitações), o próprio mercado capitalista não sobrevive, pois a economia depende da criação intelectual, que, via de regra, se origina com base em outra. Daí voltar-se a falar em limitações extrínsecas ao Direito Autoral, uma vez que as intrínsecas, nos moldes atuais, já

não conseguem garantir as liberdades dos usuários, que constituem regra e não exceção. As limitações extrínsecas são inúmeras e devem ser utilizadas para relativizar os excessos, praticados pelos titulares de Direito Autoral, a fim de alcançar as liberdades, previstas internamente na Lei Autoral. Enquanto não houver um instrumento internacional que concilie a obediência destas liberdades, o uso das limitações extrínsecas irá assumir, ainda que provisoriamente, o papel que deveria ser executado naturalmente pelas limitações intrínsecas.

O excesso de titularidade no Direito Autoral deve ser combatido para que este não venha a ser substituído pelos direitos dos titulares. Se não é possível negar que o Direito exclusivo, conferido ao titular de Direito Autoral, é necessário para o próprio funcionamento do mercado, também não se pode negar que ele se trata de uma contrapartida pelo esforço criativo e laboral do autor. Também, não se pode olvidar que o Estado confere o exclusivo ao titular, para que a obra, após o término do prazo de gozo e fruição econômica, regresse ao domínio público. O problema atual é que o Direito exclusivo está apresentando contornos monopolísticos pelo excesso de titularidade, praticado pelas chamadas indústrias “culturais”. O aumento no prazo de duração e a tentativa de extensão da proteção autoral sobre outras criações intelectuais denunciam este excesso, assim como a acentuada campanha reducionista das limitações ao acesso livre e gratuito das obras no ambiente digital. Vive-se um momento singular no Direito Autoral, pois se identifica uma forte preocupação de impedir o acesso livre e gratuito dos usuários às obras, impondo remuneração eqüitativa e medidas tecnológicas de proteção, para salvaguardar os interesses dos titulares de Direito e não mais os do autor, que é a sua razão de ser. Se o próprio Direito Autoral é uma excepcionalidade, criada por razões econômicas, não se pode negar que o exercício do Direito exclusivo pelo titular está excluindo o próprio autor e os usuários que fazem parte da sociedade. Em outras palavras, o excesso de titularidade é nocivo para o Estado Social Democrático de Direito, motivo pelo qual todo e qualquer ato, que viabilize ou busque a consagração permanente desta titularidade, deve ser fortemente combatido, para que se possa preservar o Direito Autoral tal como concebido. Daí utilizar-se a expressão “excesso de titularidade” ou “hipertitularidade”, pois ela traduz um forte apelo econômico, no mundo jurídico, e abarca a noção da ilicitude e do abuso, motivos pelos quais os meios, para coibir estes excessos, são variados e se encontram em outros institutos jurídicos, capazes de limitar tais condutas. Frente ao problema, pode-se afirmar que o excesso de titularidade no Direito Autoral é caracterizado pelos atos praticados por uma pessoa física ou jurídica que detém legitimamente o Direito exclusivo de exploração de uma obra, com o fim de impedir ou não autorizar o uso da obra por

terceiros, para perpetuar a exploração exclusiva, com o objetivo de obter, para si, uma vantagem econômica direta ou indireta, em frontal prejuízo da ordem econômica e social. Como as limitações intrínsecas não conseguem coibir satisfatoriamente este excesso de titularidades, o surgimento e a utilização de limitações extrínsecas são essenciais para barrar estas condutas predatórias, que desejam transformar o Direito Autoral em um Direito de seus titulares.

O Direito Autoral é, naturalmente, limitador do Direito da Concorrência. Por sua vez, a questão da concorrência deve ser posta no Direito Autoral, pois o exercício do Direito exclusivo, no plano negocial, gera o monopólio. Por não ser um Direito natural e, sim, uma criação jurídica, decorrente de conjunções políticas e históricas, a propriedade autoral limita a livre iniciativa no mercado e impede o acesso livre e gratuito às obras. O Estado concede as prerrogativas patrimoniais ao autor e/ou titular de Direito Autoral, para que estes possam explorar economicamente suas obras, por determinado período determinado em lei, em caráter exclusivo. Fala-se em exclusivo, porque “exclui” todos os demais interessados em aceder à obra, sem as condições impostas pelos titulares de direito, como a autorização prévia para aceder à obra e a obtenção de licença para sua utilização. O Direito Autoral, ao limitar a livre iniciativa, acaba trazendo consequências para o mercado, uma vez que a concorrência busca garantir a possibilidade de coexistência de produtos e serviços de mesma natureza no mercado. Como as obras, atualmente, estão sendo consideradas como produtos de alto valor negocial, os titulares de Direito acabam excluindo um grande segmento de consumidores e potenciais concorrentes do mercado, tendo em vista que, no plano negocial, o exclusivo que lhes é concedido por lei se transforma em verdadeiro monopólio legal. É evidente que a questão da concorrência se põe no Direito Autoral, por razões de mercado, pois a informatização e a negociação de produtos e serviços, protegidos como obra, são economicamente rentáveis para os titulares de direito. A exploração, exclusiva de criações utilitárias, como as bases de dados e os programas de computadores, faz com que os titulares de Direito atuem no mercado de maneira competitiva. Conclui-se que a questão da concorrência nasce do exclusivo de exploração das obras, impondo-se sempre a questão do monopólio no Direito Autoral, porque a livre concorrência é limitada artificialmente pelo exclusivo, atribuído ao autor e/ou titular de Direito Autoral.

O Direito da Concorrência e do consumidor são meios para limitar o excesso de titularidade no Direito Autoral e, juntos, podem dar uma nova leitura a este, sem esvaziá-lo. O Direito da Concorrência pressupõe existência de mercado e, portanto, somente

vai atuar como limitador do excesso de titularidade de Direito Autoral em casos específicos que possam caracterizar um abuso de poder econômico, como é o da recusa de licença de uma obra, capaz de impedir o surgimento de um novo bem cultural a ser oferecido aos consumidores. Por sua vez, o Direito do Consumidor também pode constituir um meio eficaz para coibir atos, praticados pelos titulares de Direito Autoral, que possam impedir a realização de uma cópia privada ou obrigar o consumidor a aceitar condições contratuais notoriamente abusivas. O uso do Direito da Concorrência e do consumidor são alguns dos meios, para resolver e limitar o excesso de titularidade, cumprindo a funcionalidade do Direito Autoral brasileiro, apresentando a peculiaridade de uma solução jurídica no combate do excesso do Direito exclusivo de cunho econômico. Em outras palavras, para manter o equilíbrio, exigido pela ordem econômica no Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, é legítimo o uso de instrumentos jurídicos econômicos, como a concorrência e o consumidor, para limitar outro problema econômico, decorrente do excesso de titularidade no Direito Autoral. A utilização destes limites extrínsecos tem impacto na economia de mercado e é capaz de resgatar a figura do autor e dos usuários, ambos considerados consumidores na economia de mercado. Na doutrina e jurisprudência americana e dos países da Comunidade Européia, já é possível encontrar casos de limitação da “hipertitularidade” autoral pelo Direito da Concorrência e do consumidor, entretanto, no Brasil, a questão não tem o mesmo enfrentamento, o que justifica o ineditismo de sua abordagem no Direito brasileiro. Os poucos casos encontrados dão guarida plena ao titular de Direito Autoral, por ser detentor do exclusivo de exploração econômica da obra durante a duração, prevista em lei. Este entendimento é absolutamente equivocado, visto que o próprio prazo de duração já é excessivo e incompatível com a volatilidade de substituição de obras por outras que apresentem um caráter mais utilitário para o consumidor. Adstrito a isto, o Direito brasileiro consegue utilizar os instrumentos da concorrência e do consumidor na propriedade industrial, tanto na defesa das marcas, como nas invenções, e a própria lei de propriedade industrial admite o licenciamento obrigatório por motivos econômicos e sociais, sendo utilizada a lei antitruste brasileira. No entanto, o mesmo não ocorre com o Direito Autoral, muito embora ele apresente o mesmo objetivo do Direito da Concorrência, que busca estimular a competitividade entre os concorrentes, com o fim de propiciar aos consumidores melhores preços dos produtos e serviços ofertados no mercado. O grande problema da utilização do Direito da Concorrência, como limitador do excesso de titularidade do Direito Autoral, é que ele consegue coibir o ato do titular, restrito ao mercado, enquanto o Direito do Consumidor, o de se ocupar de problemas mais urgentes para o usuário privado. Em que pese estas observações finais, o Brasil deve utilizar o Direito da Concorrência

e do consumidor como meios para limitar os excessos dos titulares de Direito Autoral, pois esta prática viabilizará a preservação da própria relação autoral que deve atender os compromissos sociais previstos na Constituição Federal brasileira, a fim de re-humanizar a figura do autor, preservando seus interesses econômicos e pessoais, sem olvidar os outros componentes da relação autoral: os usuários e titulares de direito.

A opção do Estado brasileiro pelo regime capitalista não afasta a funcionalização da propriedade autoral, ao contrário a obriga. O Brasil constitui um Estado Social Democrático de Direito, cujos fundamentos encontram-se normatizados na Constituição Federal, já a partir de seu preâmbulo. Isto quer dizer que o Estado brasileiro tem por fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Estes princípios demonstram que o Estado quer o desenvolvimento econômico e social, motivo pelo qual a adoção do regime capitalista não vai contra os interesses individuais e sociais, porque a democracia só consegue se realizar através da garantia constitucional de direitos fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana. O Estado brasileiro ao reconhecer a propriedade e a função social não só como direitos fundamentais, mas também como princípios da ordem econômica, demonstra o afastamento de toda e qualquer noção de a propriedade ser absoluta. Esta idéia não se compatibiliza com o Estado Social e Democrático de Direito, no qual a relatividade da propriedade, incluindo a autoral, deve ser posta em análise com os interesses sociais. Na verdade, os princípios da ordem econômica só têm sentido se analisados à luz dos direitos fundamentais, em especial, pelo princípio da funcionalização da propriedade autoral, o que não constitui novidade para academia e os juristas. O desafio é tornar esta evidência em efetividade, pois o uso do Direito da Concorrência e do consumidor, para limitar o excesso de titularidade, acaba por exercer a funcionalização do Direito Autoral, concretizando os direitos fundamentais. A intervenção estatal e do judiciário é necessária para a garantia dos compromissos que Estado Social Democrático de Direito brasileiro assumiu constitucionalmente. A utilização do Direito da Concorrência e do consumidor, além de constituir meios eficazes para limitar o excesso de titularidades no Direito Autoral, também acaba promovendo a funcionalização da própria relação autoral, garantindo os interesses dos autores, dos usuários e dos seus titulares. Os interesses públicos e privados no Direito Autoral devem ser harmonizados com os objetivos econômicos e sociais, previstos na Constituição Federal, que têm como princípio basilar a liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana. O uso dos princípios da ordem econômica, como instrumento para coibir o excesso de titularidades, em nome da função social,

apresenta um pragmatismo necessário para impedir o aniquilamento do próprio Direito Autoral , e, assim agindo, consegue obter a eficácia plena dos direitos fundamentais nas relações privadas, garantindo o bem-estar social.

Outros problemas relevantes a serem objeto de análise em trabalhos futuros de pesquisa

Ao longo do desenvolvimento da tese, surgiram diversas questões pontuais que acabaram não sendo analisadas profundamente, porque se correria o risco de se desviar do problema proposto no trabalho. Entretanto, é importante destacá-las, para que sejam objetos de pesquisa e estudo em trabalhos futuros. As prerrogativas morais representam a essência do Direito Autoral , visto que vinculam diretamente o autor à sua obra e, por isto, não são objeto de licença ou cessão de direitos, e o exercício protetivo da autoria e a integridade da obra é transferido ao Estado.

Em vida, o autor pode se defender por atos que violem suas prerrogativas morais, inclusive limitando as prerrogativas patrimoniais que já foram objeto de cessão de direitos, então, pôde-se identificar que o Direito moral pode ser considerado um limitador do Direito patrimonial, e este aspecto merece um estudo mais específico, em que se possa verificar as prerrogativas morais do autor como limitação ao exclusivo do titular de Direito e as limitações do Direito moral, que não é absoluto.

Outro aspecto interessante a ser estudado é a proteção adequada às criações intelectuais que não podem ser caracterizadas como obras, mas que apresentam alto valor econômico para o mercado. Este ponto é deveras importante na atualidade, porque diversos doutrinadores sustentam o surgimento de um terceiro ramo do Direito da Propriedade Intelectual e outros, simplesmente, absorvem as criações como obras. Mais que pensar em uma revisão da Lei Autoral é necessário fazer uma releitura dos elementos característicos da relação autoral para, somente após, se pensar em uma re-estruturação da Lei Autoral brasileira nos aspectos concernentes às limitações e exceções do Direito Autoral .

Esta revisão deve estar alinhada com os acordos internacionais, quiçá seja necessária a elaboração de um novo instrumento internacional, para dirimir estas controvérsias. Isto que o excesso de titularidades pode ser combatido com a assunção na Lei Autoral da obrigatoriedade do respeito aos direitos humanos e fundamentais, aos princípios da ordem

econômica, em especial, a livre iniciativa, a concorrência e o Direito do Consumidor, bem como uma adequação com os institutos da função social da propriedade e do contrato e da teoria do abuso de Direito constantes no Código Civil. A adoção da licença compulsória poderia ser adequada para as finalidades de ensino, pesquisa, fins humanitários e de interesse social. Da mesma forma, a criação de órgão administrativo estatal, com competência para intervir em caráter preventivo e defensivo nas matérias autorais, pode contribuir para a limitação do excesso de titularidades, praticados em nome do exclusivo, atribuído pelo Direito Autoral.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na sociedade da informação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

AFORI, Orit Fischman. Human Rights and Copyright: The introduction of natural law considerations into american copyright law. **Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal**, New York, v. 14, n. 2, p. 498-56, 2005.

ÁGUILA, Maria del Pilar Cámara. **El derecho moral del autor – com especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor**. Granada: Comares, 1998.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **Derecho de autor**. 2. ed. Caracas: SAPI – Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1998. v. I e II.

_____. La "sociedad de la información" y su impacto en el sistema tradicional del derecho de autor y derechos conexos: los conceptos y definiciones del sistema del derecho de autor que se mantiene. In: **El derecho de autor y los derechos conexos y su gestión colectiva en la sociedad de la información**. (Octavo curso académico regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina). Santa Cruz de la Sierra: OMPI/SGAE, Oct. 2001.

_____. Propiedad intelectual, derecho de autor y derechos conexos. In: **Los derechos de autor y los derechos conexos desde la perspectiva de su gestión colectiva**. (Séptimo curso académico regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina). San Jose: OMPI/SGAE, Ago.-Oct. 2000.

_____. Comercio electrónico, puesta a disposición de contenidos y transmisiones digitales. In: **SEMINÁRIO NACIONAL DE LA OMPI SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL CIBERESPACIO**, 2000, Lima. **Anais...**, Lima: OMPI/INDECOPI, 2000.

ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos Baldios e dos Anti-baldios – o problema económico do nível óptimo de apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio – Reexame sistemático das noções nucleares de Direito reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados – das raízes aos fundamentos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do caos – Estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARONNE, Ricardo. **Uma genealogia civil-constitucional da pertença e do pertencimento. O domínio e as titularidades entre a razão e a fé**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2455>. Acesso em: 18 Jun 2008.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e di beni immateriali. Lezioni di diritto industriale. Seconda edizione**. Milano: Giuffrè, 1957.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **As relações jurídicas reais**. Lisboa: dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1962.

_____. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Minerva, 1968.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos conexos**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

_____. **Direito civil reais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **O Direito de Autor como Direito da cultura**. In: II CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE DIREITO DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS: Num novo mundo do Direito de Autor? Lisboa: Direcção Geral dos Espetáculos, 1994. Tomo II. 1047-1056p.

_____. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Direito civil - Teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. II. p. 366 e 388.

_____. **O fair use no Direito Autoral**. Direito da sociedade da informação: Coimbra, v. VI. p. 89-108.

_____. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Ordem dos Advogados, dez. 2001.

_____. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. **Revista da ABPI**, n. 63, p. 16-20, mar./abr. 2003.

_____. Direito de Autor e Desenvolvimento tecnológico: Controvérsias e Estratégias, ano I, n. I, p. 03-34, ago. 2004.

_____. O Direito intelectual em metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, ano II, n. IV, p.

03-24, fev. 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Prefácio**. In: CRIBARI, Isabela. Produção cultural e Propriedade Intelectual. São Paulo: Editora Massangana, 2008.

_____. **A questão do domínio público. I: Propriedade Intelectual – estudos em homenagem à professora Maristela Basso**. CARVALHO, Patrícia Luciane de. Curitiba: Juruá, ano. v. II. p. 173-193.

AVANCINI, Helenara Braga. **O paradoxo da Sociedade da Informação e os limites dos direitos autorais**. Dissertação de Direito defendida na Universidade do Vale do Rio dos Sinos em 2002.

_____. Breves considerações acerca do paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 63, p. 16-20, mar./abr. 2003.

_____. O Direito moral depois da morte do autor: uma abordagem comparativa com a legislação latino-americana. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. **Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 379-402.

_____. Os direitos humanos fundamentais na Sociedade da Informação. In: AVANCINI, Helenara Braga; BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. **Perspectivas atuais do Direito da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 45-72.

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

_____. **Nota sobre a aplicação da doutrina das essential facilities à Propriedade Intelectual**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/essential.doc>>. Acesso em: 1Jun 2008.

_____. **A criação de um ambiente competitivo no campo da Propriedade Intelectual – O caso sul americano**. Nov. 2005. Disponível em: <<http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/Barbosa%20FINAL%20formatado.pdf>>. Acesso em: 1Jun 2008.

_____. **A Propriedade Intelectual e a teoria do market failure**. Em 2002. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/32.doc>>. Acesso em: 1Jun 2008.

_____. **A criação de um ambiente competitivo no campo da Propriedade Intelectual – o caso sul americano**. Centro Internacional para o Comércio e o Desenvolvimento Sustentável. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2005.

_____. **Abuso de direitos e abuso de poder econômico**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/abuso.doc>>. Acesso em: 1Jun 2008.

BARRETO, Luiz Paulo Teles; GONÇALVES, Márcio Costa de Menezes. **Pirataria e inclusão social**. In: XXV SEMINÁRIO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. ABPI, 2005.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. Aperfeiçoamento e dependência em patentes. In:

BARBOSA, Denis Borges (Coord.). **Coleção Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Manual de Propriedade Intelectual**. Aracajú: Evocati, 2007.

BASSO, Maristela. **O Direito internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. **Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia economica, disciplina de la competencia desleal**. 2. ed. act. Madrid: Civitas, 1993.

BENKLER, Yochai. A economia política da produção social na economia de informação em rede. In: AFONSO, Anabela et al. (Orgs.). **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media: entre a inovação e a proteção**. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 160-175.

BERTRAND, André. En la "jungla" del derecho de autor internacional: ¿El derecho moral francés resultará inmoral en Norteamérica?. **Derecho de Alta Tecnología**, Buenos Aires, año I, n. 8, p. 1, abr. 1989.

_____. **A proteção jurídica dos programas de computadores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BERTRAND, André R. A distribuição de música na internet. In: AFONSO, Anabela et al. organizadores. **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media: entre a inovação e a proteção**. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 132-139.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do autor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direitos do consumidor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. **Direito de Autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Reflexões acerca das condições e possibilidades para uma ordem jurídica democrática no século XXI. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 445-470.

BOYLE, James. O segundo movimento de emparcelamento e a construção do domínio público. In: AFONSO, Anabela et al. (Orgs.). **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media: entre a inovação e a proteção**. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 20-57.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONDÍA RONDÁN, Fernando. **Propiedad intelectual – su significado en la sociedad de la información**. Madrid: Trivum, 1998.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias. In: DRUMOND, Victor. **Coordenação da coleção direitos autorais e temas afins**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Futuro do Direito e Direito do futuro: reflexões sobre a flexibilização dos direitos fundamentais. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 513-534.

BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento – de Gutemberg a Diderot**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BUSTAMANTE DONAS, Javier. Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnologica. Disponível em: <<http://www.campus-oei.org/revistactsi/numero1/buscamante.htm/>>. **Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación**, n. 1, Sept.-Dic. 2001.

CABRAL, Plínio. **Revolução tecnológica e Direito Autoral**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

_____. **A nova lei de direitos autorais: comentários**. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2004.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade – uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALABRESI, Guido, and A. Douglas Melamed. Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Boston, 1972. v. 85. p. 1089-1128.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 66-158.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. Liberdade e exclusivo na Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 217-232.

_____. O Estado garantidor. Claros – escuros de um conceito. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 571-576.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e a liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CAPILONGO, Celso Fernandes. Processo Administrativo nº 53500.000359/99, Apenso: Averiguação Preliminar nº 53500.002586/98 Representante: TVA Sistema de Televisão S/A Advogados: Lourival José dos Santos, Luis Carlos Guizelini Galieiro, Luiz Carlos Paschoalique Representada: TV Globo Ltda e TV Globo São Paulo Ltda. Relator: Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca. VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO CELSO CAMPILONGO - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/Julgados/directv.asp>>. Acesso em: 6 Mar 2009.

CARBONI, Guilherme. **Função social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006.

CARPENA, Heloísa. **O consumidor no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

CHAPMAN, Audrey. La propiedad intelectual como derecho humano (obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: **Boletín de derecho de autor**. París: Ediciones UNESCO, v. XXXV, n. 3, p. 4-39, Jul.-Set. 2001.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law e Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1961.

_____. **The firm, the market, and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COHEN, Julie E. Creativity and Culture in Copyright Theory. **UC Davis Law Review**, v. 40, p. 1151-1205, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante capítulo do Direito econômico. **Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 6, p. 81-105, Porto Alegre, 1976.

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Propriété littéraire et artistique. Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence. Disponível em: <<http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportconcurrence.p/>>. Acesso em: 20Jun 2009.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/Julgados/directv.asp>>. Acesso em: 18 Jun 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. Boston: Pearson Addison Wesley, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. **Direitos reais**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1979.

_____. **Código Civil e Legislação complementar**. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1991.

_____. **Tratado de Direito Civil português. Parte geral**. Coimbra: Almedina, 1999. Tomo I.

_____. Concorrência e direitos e liberdades fundamentais na União Européia. In: CORDEIRO, António Menezes; ALBUQUERQUE, Ruy de. Coordenadores. **Regulação e Concorrência – perspectivas e limites da defesa da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 9-28.

CORNISH, W. R. **Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rigths**.

3. ed. London: Sweet & Maxwell, 1996.

DAVIS, Connie C. **Copyright and Antitrust: the effects on the digital performance rights in sound recordings Act of 1995 in foreign markets.** Disponível em: <<http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v52/no2/tdavis.pdf>>. Acesso em: 1Jun 2008.

DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo – comentários sobre a sociedade do espetáculo. Tradução Estela dos Santos. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DI BLASI, Gabriel et al. **A propriedade industrial:** os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DICIONÁRIO DE ECONOMIA. **Economia de mercado.** Disponível em: <http://www.esfgabinete.com/dicionario/?completo=1&conceito=ECONOMIA_DE_MERCA_DO>. Acesso em: 6 Mar 2008.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese.** Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. 20. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

EINHORN, Michael A. Transformar espadas em relhas: uma convergência de interesses em P2P. In: AFONSO, Anabela et al. (Orgs.). **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media:** entre a inovação e a proteção. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 112-131.

GRAU, Eros. O futuro do direito. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito.** Coimbra: Almedina, 2008. p. 587-607.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural).** Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FISHER, William. Teorias da Propriedade Intelectual. In: AFONSO, Anabela et al. (Orgs.). **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media:** entre a inovação e a proteção. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 58-87.

_____. **Theories of intellectual property.** Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/iptheory.html>>. Acesso em: 20 Mai 2008.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FRIELING, Rudolf. Patrimônio digital. In: DOMINGUES, Diana (Org.). **Arte, ciência e tecnologia:** passado presente e desafios. Flávia Gisele Saretta et al. [tradutores]. São Paulo: Editora da UNESP, 2009. p. 207-217.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste,** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FORGIONI, Paula A. Acesso ao conhecimento: Que Direito nos reserva o futuro? In: In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 355-372.

FUX, Luis. Infração de patentes e medidas judiciais – reversão do ônus da prova. **Revista da ABPI**, n. 3, p. 36-37, maio.-jun.1992.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à internet – direitos autorais na Era digital**. Rio de Janeiro 1997.

_____. **O que você precisa saber sobre direitos autorais**. Rio de Janeiro: SENAC Nacional, 2004.

GANDELMAN, Marisa. **Poder e conhecimento na economia global – o regime da Propriedade Intelectual – da sua formação às regras de comércio atuais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

GANDELMAN, Silvia. **A Propriedade Intelectual na era digital. A difícil relação entre a Internet e a lei**. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, XVI. Anais... São Paulo: ABPI, p.138, 19-20 de agosto de 1996.

GLEISER, Ilan. **Caos e complexidade – A evolução do pensamento econômico**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

GOLDSTEIN, Paul. **Copyright's Highway – From Gutenberg to the celestial jukebox**. New York: Hill& Wang, 1994.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GORDON, W.; WATT, R. Developments in research and analysis. Elgar Publishing [eds.]. 2003. Available at SSRN. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=317605> or DOI: 10.2139/ssrn.317605>. Acesso em: 1Jun 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Melhoramentos, 1999.

GRAU-KUNTZ, Karin. **Direito de Autor e concorrência: uma visão dinâmica**. Slides da aula ministrada, em 2009, na Escola Superior de Magistratura do Distrito Federal – ESMARDE, fornecido, gentilmente pela autora.

GRAU-KUNTZ, Karin. **Direito de Autor e concorrência: uma visão dinâmica**. Slides da aula ministrada, em 2009, na Escola Superior de Magistratura do Distrito Federal – ESMARDE, fornecido, gentilmente pela autora.

GUIBAULT, Lucie; HELBERGER, Natali. **Copyright Law and Consumer Protection. European consumer law group**. Disponível em: <<http://www.europeanconsumerlawgroup.org>>. Acesso em: 20 Jun 2008.

GUISE, Mônica Steffen. Comércio internacional e a Propriedade Intelectual: limites ao

desenvolvimento. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; WELBER, Barral (Orgs.). **Propriedade Intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 35-58.

HAMMES, Bruno Jorge. O Direito moral do autor. **Revista Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, n. 18, 1977.

_____. “software” e a sua proteção jurídica. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 24, n. 63, 1992.

_____. **Elementos básicos do Direito de Autor brasileiro**. São Leopoldo: Unisinos, 1995.

_____. Objeto do Direito de Autor. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, n. 26, p. 39-45,

_____. Perduram os direitos morais de autor de Dante Alighieri, de Cervantes, de Shakspeare? In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**, São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2002. p. 101-105.

_____. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

HEINEMANN, Andreas. Antitruste internacional e Propriedade Intelectual. In: RODRIGUES JR, Edson Beas; POLIDO, Fabrício (Orgs.). **Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Campus, 2008, p. 437-461.

HELBERGER, Natali; HUGENHOLTZ, Bernt. **No place like home for making a copy**. Private copying in European Copyright Law and Consumer Law, 2007.

_____. **The Sony BMG rootkit Scandal**. 2006. Disponível em: <<http://www.ivir.nl>>. Acesso em: 20 Jun 2008.

_____. **Vive la balance**. Pleading for a French revolution of copyright. 2006. Disponível em: <<http://www.ivir.nl>>. Acesso em: 20 Jun 2008.

_____. Christophe R. vs. Warner Music: French court bans private-copying hostile DRM. 2006. Disponível em: <<http://www.ivir.nl>>. Acesso em: 18 Jun 2008.

HERNÁNDEZ ARROYO, Pablo. Los sistemas básicos de protección de los derechos: 'copyright' versus 'derecho de autor/derechos conexos al de autor'. Posición general de las legislaciones iberoamericanas. In: **El derecho de autor y los derechos conexos y su gestión colectiva en la sociedad de la información** (Octavo curso académico regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina). Santa Cruz de la Sierra: OMPI/SGAE, Oct. 2001.

HERSCOVICI, Alain. **Capital intangível e direitos de Propriedade Intelectual: uma análise das novas formas de produção imaterial no capitalismo contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/AlainHerscovici.pdf>>. Acesso em: 20 Mai 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. Reflexos no Direito Autoral. **Revista de Direito Autoral**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, ano I, n. I, p. 35-72, ago. 2004.

HOLLANDA, Aurélio B. **Dicionário da Língua portuguesa**.

HUGENHOLTZ, Peter Bernt; OKEDIJI, Ruth L. Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright – Final Report. 06 march, 2008, p. 1-55. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivative Works 3.0 Unported License, available at Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>>. Acesso em: 1Jun 2008.

JEHORAM, Herman Cohen. Restrictions on copyright and their abuse. In: **E.I.P.R. ISSUE**. London: Sweet & Maxwell Limited, 2005. p. 359-364.

JHERING, Rudolf Von. **O espírito do Direito romano – nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Tradução Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Editora Galvino Filho, 1934.

JUNDI, Maria Elaine Rise. Das limitações aos direitos autorais. **Revista de Direito Autoral**, ano. I, n. I, p. 180, ago. 2004.

KERR, Ian R., MAURUSHAT, Alana; TACIT, Christian S. Technical protection measures: tilting at copyright's windmill. **Ottawa Law Review**, v. 34, n. 1, 2002-3.

KOELMAN, Kamiel J. **A hard nut to crack: the protection of technological measures**. Disponível em: <<http://www.ivir.nl/publications/koelman/hardnut.html>>. Acesso em: 1Jun 2008.

_____. **The protection of technological measures vs. The copyright limitations**. ALAI Congress Adjuncts and Alternatives for Copyright, New York, 15 june 2001.

_____. Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé? Draft The final version appeared in **International Review of Intellectual Property and Competition Law** (IIC), n. 6, p. 603-638, 2004.

KHONG, Dennis W. K. The historical law and economics of the first copyright Act. **Erasmus Law and Economics Review**, v. 2, n. 1, p. 35-69, Marc. 2006.

KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade humana e direitos intelectuais: Re(visitando) o Direito Autoral na era digital**. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. An economic analysis of copyright law. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 18, jun. 325-363, 1989.

LEÃO BARCELLOS, Milton Lucídio. **Propriedade industrial & Constituição – as teorias preponderantes e a sua interpretação na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

LÉVÊQUE, François; MENIÈRE, Yann. **Économie de la propriété intellectuelle**. Paris: La Decouverte, 2003.

LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos direitos do autor**: releitura na perspectiva do Direito civil contemporâneo. Tese de Direito defendida na Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007.

LIM, Daryl. Copyright under siege: an economic analysis of the essential facilities doctrine and the compulsory licensing of copyrighted works. **Albany Law Journal of Science and Technology**, v. 17, p. 481-558, 2007.

LINHARES, José Manuel Aroso. A “abertura ao futuro” como dimensão do problema do Direito – um “correlato” da pretensão de autonomia? In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 391-430.

LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: UNESCO/CERLAC/ZAVALIA, 1993.

LIU, Joseph. P. **Copyright Law's theory of the consumer**. Boston College Law, Research n. 25, Nov. 7, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=466420>>. Acesso em: 18 Jun 2008.

LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. **Temas de propiedad industrial**. Madrid: La Ley, 2002.

LOTT, Sue. **The consumer's view of copyright**. Public Interest Advocacy Centre (PIAC), Canada, Nov. 2003.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Proteção jurídica do software – eficácia e adequação**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 63-100.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARÍA CÁRCOVA, Carlos. Uma alternativa posible: tolerancia y solidariedades interculturales. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 83-90.

MARQUES, J. P. Remédio. A comercialização de organismos geneticamente modificados e os direitos dos consumidores: alguns aspectos substantivos, procedimentais e processuais. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). **Estudos do Direito do Consumidor**. Coimbra: Centro do Direito de Consumo, 1999. p. 215-306.

MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). **Estudos do Direito do Consumidor**. Coimbra: Centro do Direito de Consumo, 2005. p. 49-110.

MELO, Alberto de Sá e. **Contrato de Direito de Autor**: a autonomia contratual na formação do Direito de Autor. Coimbra: Almedina, 2008.

MCERLEAN, Kelly. Proteção da Propriedade Intelectual na indústria cinematográfica: o caso irlandês. In: AFONSO, Anabela et al. (Orgs.). **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media**: entre a inovação e a proteção. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 140-147.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: fundamentos do Direito do Consumidor; Direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Tomo XVII. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor – repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 535-570.

MURRAY, Michael. Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrines for Visual Works. **Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series Research Paper**, n. 06-09, p. 03-121, May 24, 2006.

NETTO, José Carlos Costa. Direito Autoral no Brasil. In: BICUDO, Hélio. (Coord.). **Coleção Juristas da atualidade**. São Paulo: FTD, 1998.

NIKOLTCHEV, Susanne. **Digital rights management from a consumer's perspective**. European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2005.

NIVARRA, Luca. **Il diritto d'autore**. Texto apresentado em palestra aos alunos da Pós-Graduação da UNISINOS, e sem publicação por ocasião do III SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO MODERNO: UMA VISÃO TRANSDICIPLINAR. II ENCONTRO EURO-AMERICANO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, I ENCONTRO INTERNACIONAL DA SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE TULLIO ASCARELLI. São Leopoldo, 05 dez. 2006.

OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno de; WILLINGTON, João. **Anotações à Lei nº 9.619/98**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PAIAS, Patrícia Rebello da Silva. **O regime jurídico das bases de dados - Direito de Autor versus copyright - Direito sui generis**. Relatório apresentado no Curso de Mestrado em Direito Intelectual na disciplina de Direito da Sociedade da Informação da Faculdade de Direito de Lisboa sob coordenação dos professores doutores Dário Moura Vicente e José Alberto Vieira, 2005. 45p.

PANINI, Gabrile Maria. **I rapporti fra la proprietà intellettuale e il diritto antitrust**: la dottrina dell'essentialfacility. Disponível em: <<http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/osservatori/intellettuale/wp2001/Panini.pdf>>. Acesso em: 1Jun 2008.

Pareceres apresentados pela DirecTV e pela globo no processo administrativo nº 53500.000359-99: representante agência nacional de telecomunicações “ex-officio” (TVA Sistema de televisão S/A – DirecTV), representada TV Globo Ltda e Tv Globo São Paulo

Ltda. Revista do IBRAC, v. 8, n.7, p. 1-177, 2001.

PARISI, Francesco; DEPOORTER, Ben. **The Market for Intellectual Property: The Case of Complementary Oligopoly. The economics of Copyright: developments in research and analysis.** W. Gordon, R. Watt, eds., Elgar Publishing, 2003; George Mason Law & Economics Research Paper No. 02-19.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – convergências e assimetrias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 131- 151.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito civil – Introdução ao Direito civil constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade tecnodigital.** Coimbra: Almedina, 2001.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da ordem econômica – o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PFISTER, Laurent. La propriété littéraire est-elle une propriété? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle. **Revue Internationale du Droit D'auteur**, n. 205, trimestrielle, p. 117-210, Juillet 2005.

PILATI, Isaac. Direitos autorais e Internet. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática – limites e perspectivas da vida digital.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de direitos autorais – um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998.** Livro 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PIMENTEL, Luiz Otávio; WELBER, Barral. Direito de Propriedade Intelectual e desenvolvimento. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; WELBER, Barral (Orgs.). **Propriedade Intelectual e desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 11-34.

PIOESAN, Flávia. Direitos humanos e Propriedade Intelectual: proteção internacional e constitucional. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Org.). **Propriedade Intelectual – estudos em homenagem à professora Maristela Basso.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 13-42.

POLI, Leonardo Macedo. **Direitos de autor e software.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Direito Autoral – Parte geral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral.** Tomo I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

RAMELLO, Giovanni B. Copyright and antitrust issues. **Liuc Papers**, n. 114, Serie Economia e Impresa, 31, Oct. 2002.

_____. **Diritto d'autore e tutela della concorrenza nell'esperienza antitrust europea e**

italiana. Università Carlo Cattaneo – IUC, Castellanza. Disponível em: <<http://www.unisi.it/lawandeconomics/>>. Acesso em: 10 Jun 2008.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. **Propiedad intelectual – el moderno derecho de autor.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ROCHA, Manuel Lopes. A Propriedade Intelectual e os novos meios na lei e nos tribunais. In: AFONSO, Anabela et al. (Orgs.). **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media:** entre a inovação e a proteção. Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 148-159.

ROCHA, Thiago Gonçalves Paluma. Proteção da Propriedade Intelectual pelo TRIPS e transferência de tecnologia. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; WELBER, Barral (Orgs.). **Propriedade Intelectual e desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 149-172.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do Direito – uma introdução.** Coimbra: Almedina, 2007.

ROGEL VIDE, Carlos; DRUMOND, Victor. Manual de Direito Autoral . In: DRUMOND, Victor. **Coordenação da coleção direitos autorais e temas afins.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. O giro económico do Direito ou o novo e sofisticado caminho da servidão: para uma nova gramática do Direito democrático no século XXI. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do direito.** Coimbra: Almedina, 2008. p. 223-234.

ROSA, António Manchuco. Propriedade Intelectual e nova economia dos “standards” digitais – antagonismo e cooperação. In: AFONSO, Anabela et al. (Orgs.). **A economia da Propriedade Intelectual e os novos media: entre a inovação e a proteção.** Lisboa: Guerra e Paz, 2006. p. 88-111.

ROSA, Daniel. **Direito de Autor.** São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.

ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do Direito da Concorrência.** São Paulo: Singular, 2008, p. 169-189.

ROVER, Aires José. Comércio eletrônico: Direito e desenvolvimento. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; WELBER, Barral (Orgs.). **Propriedade Intelectual e desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 59-70.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso de direito.** Coimbra: Almedina, 1997.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. Abuso de Direito. **Cadernos de Ciências e Técnica Fiscal,** Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos. Ministério das Finanças, 1973. D02-614 (II).

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da Concorrência e obrigação de contratar.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCASSA, Teresa. **Originality and Utilitarian Works: The Uneasy Relationship between**

Copyright Law and Unfair Competition. University of Ottawa Law & Technology Journal, v. 51, 2003-2004.

SALINAS, Rodrigo Kopke. Introdução ao Direito Autoral . In: CRIBARI, Isabela. **Produção cultural e Propriedade Intelectual**. São Paulo: Editora Massangana, 2008, p. 19- 43.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial - As condutas**. 1. ed. São Paulo. Malheiros, Jan. 2003.

SAMUELSON, Pamela. DRM {and, or, vs.} The law. **Communications of the ACM**, v. 46, n. 4, Apr. 2003.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Princípios constitucionais e Propriedade Intelectual – o regime constitucional do Direito Autoral . In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). **Direito da Propriedade Intelectual – estudos em homenagem a Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 11-31.

SARLET, Ingo. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e desenvolvimento econômico**. Tradução de Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992.

SIIRIAINEN, Fabrice. Droit d'auteur contra droit de la concurrence: *versus* droit de la regulation. **Revue Internationale de Droit Economique**, 4 (t. XV, 4), 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial**. Coimbra: Almedina, 2008.

SILVEIRA, Newton. **A Propriedade Intelectual e a nova lei de propriedade industrial – Lei n. 9.279/96, de 14-5-1996**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Propriedade Intelectual – propriedade industrial, Direito de Autor, software, cultivares**. 3. ed. Barueri: Manole, 2005.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo. **Defesa da concorrência no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1998.

SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**. In: Revista de Direito Autoral , Ano II, número IV, fevereiro de 2006, p.151-152.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e proteção jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Porto Alegre, 1999.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STIGLITZ, Ruben S. Contrato de consumo y clausulas abusivas. p. 307- 340. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). **Estudos do Direito do Consumidor**. Coimbra: Centro

do Direito de Consumo, 1999. [n. 1].

STOCKINGER, Gottfried. **A interação entre cibernsistemas e sistemas sociais**. Disponível em: <<http://kneda.iguw.tuwien.ac.at/~godo/cibersistemas.doc>>. Acesso em: 12 jan. 2002.

TAUBMAN, Joseph. **Copyright and antitrust**. New York: Federal Legal Publications, INC, 1960.

TIMM, Luciano Benetti. Função Social do Direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 97, v. 876, p. 11-43, out. 2008.

TINOCO SOARES, José Carlos. **Lei de patentes, marcas e direitos conexos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TORRES CADENA, Mónica. Excepciones y limitaciones relativas a los derechos de autor y conexos. Los problemas de la "regla de los tres pasos". Particular referencia al derecho de remuneración equitativa por la copia para uso personal de las obras impresas. In: **El derecho de autor y los derechos conexos y su gestión colectiva en la sociedad de la información (Octavo curso académico regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina)**. Santa Cruz de la Sierra: OMPI/SGAE, octubre de 2001.

TRABUCO, Cláudia. **O Direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

UCHTENHAGEN, Ulrich. El derecho de autor como derecho humano: ¿una apuesta por la superación de los dos sistemas básicos de protección? In: **El derecho de autor y los derechos conexos y su gestión colectiva en la sociedad de la información (Octavo curso académico regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina)**. Santa Cruz de la Sierra: OMPI/SGAE, Oct. 2001.

WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento econômico e tecnologia da informação. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; WELBER, Barral (Orgs.). **Propriedade Intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 71-102.

*Recebido no dia 19/10/2012
Aprovado no dia 22/10/2012
Publicado no dia 30/10/2012*

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

LAÍS HELENA HORTA MAIA

**A CONTRAFAÇÃO NAS CRIAÇÕES DE MODA:
A POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO DAS CRIAÇÕES
DE MODA FRENTE AO CRIME DE CONTRAFAÇÃO.**

**São Cristóvão
2009**

LAÍS HELENA HORTA MAIA

**A CONTRAFAÇÃO DAS CRIAÇÕES DE MODA:
A POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO DAS CRIAÇÕES
DE MODA EM FACE AO CRIME DE
CONTRAFAÇÃO.**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Sergipe como um dos pré-requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

ORIENTADORA PROF^a. DRA: CARLA EUGÊNIA CALDAS BARROS

**São Cristóvão
2009**

LAÍS HELENA HORTA MAIA

**A CONTRAFAÇÃO DAS CRIAÇÕES DE MODA:
A POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO DAS CRIAÇÕES DE MODA
EM FACE AO CRIME DE CONTRAFAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal de
Sergipe, como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovada em: ____/____/____

Banca Examinadora

Prof.^a Dr.^a Carla Eugênia Caldas Barros

Universidade Federal de Sergipe – UFS

Prof. Aladir Cardozo Filho

Universidade Federal de Sergipe – UFS

Prof. Antonio Carlos de Magalhães Couto Garcez

Universidade Federal de Sergipe – UFS

**Dedico o presente trabalho às
pessoas que, durante essa
jornada acadêmica, me
ensinaram a ser mais humana e
a ver o quanto o mundo é bom.**

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Jorge Luiz Maia e Iara Maria Horta Maia, por serem meu exemplo de luta e perseverança, pelo apoio incondicional, pelas palavras de incentivo nas horas difíceis e pelo amor, amizade e compreensão.

Ao meu irmão, Luiz Felipe, pela paciência em explicar para uma estudante iniciante a amplitude que é o mundo jurídico, e pela amizade que transcende os laços familiares.

À minha irmã Luisa Maria, por sempre estar do meu lado, por me mostrar que a praticidade é muitas vezes necessária, e pelo companheirismo que irá perdurar por toda a vida.

Agradeço, especialmente à Professora. Ivanete, por me ajudar a colocar as muitas idéias que deram origem a esse trabalho em ordem, possibilitando o resultado final.

Finalmente, faço um agradecimento à Professora Carla, pela paciência e receptividade com que aceitou conduzir o presente trabalho, sempre mostrando a melhor forma de prosseguir.

“A moda não é algo presente apenas nas roupas. A moda está no céu, nas ruas, a moda tem a ver com idéias, a forma como vivemos, o que está acontecendo”.

Coco Chanel

RESUMO

O presente trabalho monográfico destina-se a analisar possibilidade de proteção das criações da moda pela Propriedade Intelectual, para combater o crime de contrafação. Busca-se demonstrar a incidência de proteção tanto pelo Direito do Autor quanto pelo Direito da Propriedade Industrial, para justificar a condenação simultânea do contrafator na esfera civil e penal. A metodologia utilizada foi a consulta das mais diversas fontes legislativas e doutrinárias, comparando e conjugando a opinião de vários autores, resultando em uma interpretação que prestigia o titular do direito.

PALAVRAS CHAVE: Propriedade Intelectual, direito do autor, direito da propriedade industrial, moda, dupla proteção, contrafação.

ABSTRACT

This monograph is intended to examine the possibility of protecting the creations of fashion by the Intellectual Property, to combat the crime of counterfeiting. It also demonstrates the incidence of protection by both the Copyright Law and the Industrial Property Law, to justify the condemnation of both the infringer in the civil and criminal matters. The methodology used was to consult several sources of laws and doctrines, comparing and combining the opinion of several authors, resulting in an interpretation that honors the right holder.

KEYWORDS: Intellectual Property, Copyright, Industrial Property Law, fashion, dual protection, counterfeit

SUMÁRIO

Introdução.....	11
1. A Moda e a Propriedade Intelectual no Sistema Jurídico Brasileiro	13
1.1. Caracterização da Moda no contexto histórico	13
1.2. Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual.....	14
1.3. Da Propriedade Intelectual e sua divisão.....	18
1.3.1. Da Propriedade Industrial	20
1.3.2. Do Direito do Autor.....	25
1.4. Da Proteção do Desenho de Moda no Direito Brasileiro	31
1.5. Da Proteção dos Tecidos no Direito Brasileiro.....	32
1.6. Da Proteção dos Acessórios no Direito Brasileiro	32
2. Titularidade da Propriedade Intelectual na Moda	34
2.1. No direito do autor	34
2.2. Na propriedade industrial	38
2.3. Registro de proteção na propriedade industrial	43
2.3.1. Instituto Nacional de Propriedade Industrial.....	43
2.4. O Registro no Direito do Autor.....	47
2.5. A Dupla Proteção das Criações da Moda	49
3. Crimes contra a Propriedade Intelectual nas Criações de Moda.....	51
3.1. Da Contrafação	52
3.1.1. Da Contrafação da Lei 9.610/98	54
3.1.2. Da Contrafação na Lei 9.279/96	54
3.2. Das ações penais e cíveis cabíveis	59
3.3. Jurisprudência Comentada.....	61

Considerações Finais.....	64

Referências	67

INTRODUÇÃO

A motivação do presente trabalho é a analisar a possibilidade de proteção das criações de moda pela legislação brasileira, para permitir o combate à contrafação, ou seja, combater a pirataria de roupas, estampas e acessórios.

Para tanto é necessário se conceituar o que é Moda e qual sua importância para o Homem, e a seguir analisar se, por ser um fenômeno essencialmente efêmero, é passível de proteção legal.

Ao destacar as modalidades das criações de moda, nota-se que elas se encaixam nos institutos presentes na Propriedade Intelectual, razão pela qual são estabelecidas as bases constitucionais que apóiam esse direito, presentes nos artigos 5º, 193 e 215, da Carta Magna.

Diante disso, caracteriza-se a Propriedade Intelectual e suas divisões em Direito do Autor e Direito da Propriedade Industrial, protegidos pelas Leis 9.610/98 e 9.279/96, respectivamente, ressaltando suas particularidades, e como a obra do criador de moda pode ser acolhida por tais institutos jurídicos.

A análise foi seqüenciada estabelecendo-se a titularidade do direito, tanto do direito autoral quanto no direito industrial, situando o estilista contratado ou autônomo, conforme for.

É esclarecida a questão do registro da obra, em especial o procedimento realizado perante o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual, tratando, rapidamente do procedimento necessário ao registro, e a sua não obrigatoriedade para reconhecimento do direito autoral, passando, no entanto, pelo procedimento no órgão competente.

Aborda-se a corrente que defende a dupla proteção das criações da moda, tanto pelo Direito Industrial quanto pelo Autoral, destacando as vantagens e requisitos para que isso aconteça.

Por fim, trata-se das violações da Propriedade Intelectual nas criações de moda, mais especificamente do crime de contrafação, combinado com o de concorrência desleal, situando o tipo tanto no direito penal quanto no direito civil, apontando a possibilidade de dupla condenação do infrator.

Conclui-se o estudo com o comentário de caso exemplificativo de crime de contrafação na Moda, a fim de demonstrar que a tutela dos direitos do criador de moda é possível e que o infrator deve ser punido com severidade.

CAPÍTULO I

1. A moda e a propriedade intelectual no sistema jurídico brasileiro

1.1. Caracterização da Moda no contexto histórico.

A concepção de vestuário vem da necessidade do ser humano de proteger seu corpo das intempéries, tanto climáticas, tais como sol, chuva, calor ou frio, quanto físicas, como forma de criar uma barreira de proteção para sua integridade.

No entanto, apesar de inicialmente ter objetivo único de proteção se tornou parte da evolução da sociedade, as roupas serviam para adornar e distinguir quem as usava das demais pessoas. Dessa forma, o vestuário se configura como diferenciador social, que espelha hábitos e costumes de uma comunidade ou classe.

A história da moda começa portanto no momento em que o indivíduo passa a imprimir em seu vestuário – inicialmente apenas funcional – o gosto pelo adorno, a vontade de exprimir sua personalidade e posição perante seus iguais, ultrapassando o objetivo inicial de proteção. Por isso a moda está inserida no desenvolvimento do sentimento de sociedade através da História, na evolução e mudança dos costumes humanos.

O fato é que, independentemente de qualquer época ou lugar, a roupa sempre foi um diferenciador social, uma espécie de retrato de uma comunidade ou classe. Mais ainda: a roupa pode revelar o perfil de uma pessoa. A maneira de se vestir expressa a personalidade e o status social pretendido pelo indivíduo.

Segundo Daniela Cristina Alves Santana:

“o conceito de moda, como sequência de variações constantes de caráter coercitivo, é utilizado pelas ciências sociais em dois sentidos, sendo primeiro mais amplo, abarcando as transformações periódicas nos diversos setores da atividade social, na política, na religião, na ciência e na estética, limitando-se o segundo apenas às transformações ocorridas no vestuário.” (2007, p.30)

A moda é um reflexo móvel de como somos e dos tempos em que vivemos, podendo revelar nossas prioridades, aspirações, liberalismo ou conservadorismo, ou ainda, satisfazer necessidades emocionais simples ou complexas. ou seja, a moda fala, revela características, identidades e *status* de quem as usa.

Em sua relação intrínseca com a estética, cores, linhas e formas, a moda equipara-se à Arte na medida em que traz uma forma de interpretação do momento histórico vivido pela sociedade de maneira muito própria, refletindo a situação cultural, econômica e política vigente, da mesma forma que a pintura e a literatura, por exemplo.

Na moda o caráter estético da roupa sobreleva seu caráter funcional, pois o maior valor de uma peça de vestuário não reside estritamente na qualidade do material, mas sim na originalidade e criatividade do desenho, sendo a finalidade primária de uma roupa a sua aparência e não sua utilidade.

O significado da moda não se resume somente a ser algo consumível, o objetivo é ser mais do que um mero produto entre muitos outros, pois movimenta-se na linha que separa o consumo da arte.

Em suma, como apregoa Santana (2007, p. 42), as criações de moda são criações intelectuais, fruto da evolução das técnicas industriais, revestida de técnica e que se aproxima da arte, merecendo a proteção pela propriedade intelectual.

1. 2. Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual

Segundo leciona Carla Eugênia Caldas Barros (2007, p.60), no Brasil, a Propriedade Intelectual está disciplinada na Constituição Federal, pela Lei nº 9.279/96, que cuida da propriedade industrial, e na Lei nº 9.610/98, que consolida a legislação sobre direitos autorais.

Inspirada nos princípios da pessoalidade e da dignidade humana, a Constituição Brasileira, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (CF, art. 193), cumpre ao Estado garantir o exercício dos direitos culturais e apoiar e incentivar a valorização e difusão das manifestações culturais (art.215 CF).

Ao tutelar os direitos fundamentais do homem, a Constituição Federal expressa situações jurídicas sob os aspectos subjetivos e objetivos, privilegiando a dignidade e liberdade da pessoa humana. Tais direitos ostentam as características de inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

No que concerne à propriedade intelectual, o art. 5º da Constituição Federal confere tutela específica nos seguintes termos:

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

"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; 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" (inciso XXVIII);

"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" (inciso XXIX).

Quanto à tutela do direito autoral, a Carta Magna consagra a liberdade de manifestação do pensamento, vedando-se o anonimato, bem como a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (CF, art. 5º, IV e IX).

Conjugando os incisos IX e XXVII do artigo 5º, da Carta Magna, temos que ao autor é conferido o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação; sendo que tal direito exclusivo é transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. As normas constitucionais reconhecem o direito de propriedade intelectual em caráter vitalício, compreendendo direitos morais e patrimoniais.

O direito do autor se baseia, basicamente, como um direito exclusivo, patrimonial, em que o autor possui o monopólio de utilização, publicação e reprodução de sua obra, pautando-se nos limites estabelecidos na constituição.

Esse direito previsto na constituição dá origem não só ao direito patrimonial, mas também ao chamado direito moral, e podem ser equiparados aos direitos humanos, baseando-se tanto na constituição como em tratados internacionais.

De acordo com o disposto na Carta de 1988, compete ao Estado garantir o acesso aos direitos subjetivos à produção autoral, assegurando também a existência de interesses econômicos pertinentes ao tema

No que diz respeito aos direitos patrimoniais, o legislador constituinte, como acima dito, nos incisos XXVII e XVIII, de seu art. 5º, concedeu ao autor direito exclusivo de usufruir das suas obras intelectuais.

Observe-se que, ao utilizar a expressão “direito exclusivo”, o legislador coloca o direito do autor no mesmo patamar ao direito de propriedade, colocando o direito do autor no rol do que, para fins didáticos, chamamos de direito de cunho patrimonial.

Já no que toca aos direitos morais, estes estão previstos nos incisos IX e X, do mesmo art. 5º, que lecionam, respectivamente, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, e que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O primeiro e mais radical dos direitos morais é o de exprimir-se ou calar-se, o chamado *direito de divulgação*. A raiz deste direito, claramente, é o inciso IX da nossa declaração de direitos.

Isso porque não se pode deixar de considerar os direitos *morais* acessórios à liberdade de expressão que tem o autor da obra, em face à autoria, como o direito à nomeação, o de retirar a obra de circulação, o do inédito, o da integridade, e o de promover alterações.

Além do aspecto econômico, contido na obra, o preceito Constitucional visa principalmente proteger o direito de liberdade de manifestação do pensamento, garantindo-se o direito ao autor de utilizar as obras literárias, artísticas e científicas, proibindo que a expressão de seu pensamento seja deturpada. Mais do que proteção à

propriedade, existe proteção à liberdade de pensamento. Mas, há que se ter em conta que protegido o direito à liberdade de pensamento, todos os outros direitos ligados à criação intelectual também estão protegidos.

Note-se, porém, que as legislações nacionais estabelecem balanceamentos específicos para o exercício de tais direitos, inclusive em face do direito de propriedade.

Ademais, não podemos nos furtar de comentar que conceito de direito moral tem repercussões fundamentais no direito autoral, muito além do que se pode ler dos art. 24 a 27 da Lei 9.610/98. É elemento central para a questão da autoria conjunta, das obras feitas sobre encomenda, da titularidade original por pessoas jurídica, da penhorabilidade dos bens imateriais, todos esses elementos com eminente repercussão no campo dos direitos patrimoniais.

No contexto constitucional brasileiro os direitos intelectuais de conteúdo essencialmente industrial (patentes, marcas, nomes empresariais, etc.) são objeto de tutela própria, que não se confundem mesmo com a regulação *econômica* dos direitos autorais. Não é assim, no entanto, que ocorre no que toca aos direitos autorais.

Certo é que, no que for objeto de *propriedade* (ou seja, no alcance dos direitos patrimoniais), o direito autoral também está sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum - a *função social da propriedade* de que fala o Art. 5º, XXIII da Carta de 1988.

Note-se, uma vez mais, neste contexto, que a proteção autoral, como propugna boa parte da doutrina, não se esgota na noção de propriedade, em particular pela presença dos direitos de personalidade ou direitos morais em geral. O artigo 5º, XXII da Carta, que assegura inequivocamente o direito de propriedade, deve ser sempre contrastado com as

restrições do inciso seguinte, a saber, as de que a propriedade atenderá sua função social. Também no Art. 170 a propriedade privada é definida como princípio essencial da ordem econômica, sempre com o condicionante de sua função social

O estatuto constitucional dos direitos autorais tem outra vertente além da propriedade – o da liberdade de informação. Seja através da aplicação de algum dos limites legais ao direito, seja através da interpretação da lei autoral, é preciso ficar claro que a propriedade intelectual não pode coibir, irrazoável e desproporcionalmente, o acesso à informação por parte de toda a sociedade, e o direito de expressão de cada um.

1. 3. Da propriedade intelectual e sua divisão.

Uma vez estabelecidos os fundamentos constitucionais da propriedade intelectual, é necessário que se faça um destrinchamento de seu conceito. A propriedade intelectual se baseia, essencialmente, em dois pilares, o direito da personalidade e os direitos intelectuais.

Seguiremos aqui a linha de raciocínio utilizada por Santana (2007, p. 36), segundo a qual os direitos da personalidade se mostram como aqueles que se referem ao indivíduo em si, abrangendo o direito à vida, a honra, à imagem, entre outros.

De forma diversa os direitos intelectuais abrangem as relações de uma pessoa com suas criações imateriais, trabalho de seu intelecto.

Ao falar em criações, consideramos que o termo significa concretizar uma idéia, a partir do zero, pelo intelecto humano.

Assim, como ensina Carlos Alberto Bittar (2003, p. 3), os direitos intelectuais incidiriam sobre as criações do gênio humano, voltadas tanto para a sensibilidade e

transmissão de conhecimento como para a satisfação dos interesses materiais que se apresentem na vida diária.

Ao conjunto dos conceitos de direito de personalidade e direitos intelectuais, nasceu a expressão propriedade intelectual ou propriedade imaterial, que recebeu da Organização Mundial da Propriedade Intelectual a seguinte definição:

“[A propriedade intelectual é] a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”

Convencionou-se que a propriedade intelectual está dividida em dois ramos diferentes, que foram baseados na diferença entre arte e técnica. São eles o direito autoral, que trata da estética e se aproxima do sentimento artístico do Homem, e a propriedade industrial, que visa proteger as criações que tem fins econômicos, utilização doméstica, e objetivos práticos e econômicos.

Explana Bittar, que:

“Na regulação dos direitos sobre a obra industrial, a proteção fixada objetivou a aplicação do produto final na consecução de utilidades, ou na solução de problemas técnicos, relacionando-se no processo de produção e de expansão da economia, sob a égide de um regime de concorrência desleal. Vincula-se, pois, mais a interesses técnicos, econômicos e políticos, amparando. De um lado, o produto industrial, e impedindo, de outro, a concorrência desleal.

Assim, na obra intelectual resguardam-se mais os interesses do autor, com os reflexos econômicos e sociais daí decorrentes, enquanto na obra industrial o objetivo último é o aproveitamento, pela coletividade, da utilidade resultante.” (2005, p. 5)

1.3.1. Da propriedade industrial

Na definição da Convenção de Paris de 1883 (art. 1 § 2), é o conjunto de direitos que compreende as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.

O direito da propriedade industrial é um conjunto de princípios reguladores das proteções às criações intelectuais no campo técnico, objetivando a difusão tecnológica e a garantia de exploração exclusiva por parte de seus criadores.

Assim como o direito autoral, adiante tratado, a proteção intelectual no campo da indústria é preceito constitucional, arrolado também no campo dos direitos fundamentais, previsto especificamente no art. 5º, XXIX, da Constituição, anteriormente tratado.

No Brasil, a propriedade industrial é regulada pela Lei 9.279/96, o chamado Código da Propriedade Industrial (CPI), cujo objeto, diferentemente da propriedade artística *strictu sensu*, apresenta natureza jurídica mais patrimonial que pessoal. Quatro são os bens imateriais protegidos pelo direito industrial: a patente de invenção, o modelo de utilidade, o registro de desenho industrial e a marca.

No que diz respeito às criações de moda, a propriedade industrial se afina com a idéia de criações técnicas, que no presente estudo, para delimitação do tema, restringem-se às invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais

Apesar da conotação artística da moda, é inegável que se trata de um ramo basicamente industrial, sendo objeto natural da proteção pela propriedade industrial, seja pelo instituto do modelo de invenção, seja como modelo de utilidade.

Existe ainda a possibilidade de proteção por meio do desenho industrial, que muito se afina com o direito do autor, uma vez que ambos dizem respeito à criações estéticas de forma.

Leciona Newton Silveira (2005, p.06) que as invenções industriais tem como objetivo *“um resultado técnico, de caráter abstrato, que consiste na concepção de uma nova relação de causalidade que não se encontra na natureza”*.

Com base em tal afirmação, trazendo a idéia de invenção industrial para a realidade das criações da moda, apesar do movimento cíclico das modelagens, vemos que existe uma grande produção no campo de materiais e padronagens, que, no contexto global, caminham para uma política sustentável, na busca de tecidos mais leves, nas alternativas ao uso do couro e das peles, e nas tecnologias que permitam o reaproveitamento de materiais.

A invenção industrial possui três requisitos básicos: a novidade, a industriabilidade e a atividade inventiva. Se uma criação, como o exemplo hipotético de um tecido tecnológico que não amassa, possuir todos esses requisitos e utilizar técnicas que diferem dos métodos e de seus semelhantes já existentes, será passível de proteção patentária, nos termos do art. 8º, da Lei 9.279/96, sendo considerada invenção.

O art. 9º, da mesma Lei, prevê a proteção por patente como modelo de utilidade, que nada mais é que o produto resultante de uma modificação na forma, ou na disposição,

de objeto já existente. É uma melhoria de caráter funcional ou estético no uso, ou no processo de fabricação do objeto.

Neste caso, permanece a exigência dos requisitos da invenção, sendo que a novidade seria da forma, na disposição ou na fabricação do objeto, como foi feito, por exemplo, em uma bota de cano alto, que dá ao consumidor a possibilidade de, ao abrir um zíper horizontal rente ao tornozelo, utilizá-la como uma bota de cano curto.

Nota-se que o objeto acima descrito não inventou um produto antes desconhecido, mas trouxe uma nova utilidade a uma peça já existente, sendo suscetível de proteção como modelo de utilidade.

No que diz respeito ao desenho industrial, que têm particular relevância no presente estudo, este é definido pelo art. 95, da Lei de Propriedade Industrial, como a forma plástica ornamental de um objeto, ou o conjunto ornamental de linhas e cores, que possa servir de aplicação num produto e proporcione um resultado visualmente novo e original, e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

Segundo Denis Borges Barbosa:

“(...)Se a criação é técnica, teremos uma hipótese de patente de invenção ou de modelo industrial. Se a criação é puramente estética, sem aplicação a produto industrial, poder-se-á ter a proteção pelo Direito Autoral; tendo-se uma obra de arte aplicada, com qualificação de poder servir de tipo de fabricação industrial, estamos no domínio do desenho industrial” (2003, p.446)

Caldas Barros (2007, p. 393) afirma que o desenho industrial é, em princípio, a concepção funcional-estética de um produto, passível de ser reproduzido industrialmente em série. Assim, para que uma criação seja passível de proteção como

desenho industrial, é preciso que traga uma novidade, um aspecto original objetivo, que difere o objeto desenhado dos anteriormente conhecidos.

Sobre o tema Newton Silveira lembra que:

“Como se verifica, o desenho industrial compõe dois elementos que no mundo moderno não mais se contrapõem: a funcionalidade e a estética. A separação lógica entre tais conceitos, além de carecer de aplicação prática, não chega nem mesmo a constituir mais uma separação lógica visto o novo conceito estético de que o feio é incômodo. O design representa a união entre a técnica e a estética, fenômeno do sistema industrial moderno que não pode ser reduzido aos critérios convencionais da arte e da técnica. As novas criações de forma devem, assim, acompanhar a evolução da matéria e serem disciplinadas sem dependência das categorias rígidas da técnica e da estética. Tal forma é fruto da atividade criativa do designer e pode ser considerada como integrante da estética contemporânea.”¹

Também afirma o autor que a novidade consiste não na forma abstratamente considerada, mas na forma efetivamente utilizada como modelo. Lembra que:

“A novidade de um modelo ou desenho pode consistir na composição do conjunto, mesmo que suas partes sejam conhecidas. Segundo Pouillet, tais criações quando não despertam nenhum sentimento estético, satisfazendo apenas ao gosto da moda, somente podem ser protegidas pela lei de desenhos e modelos, caso contrário entram no domínio da propriedade artística.” (2005, p.6)

Além da novidade, o desenho industrial deverá ser original, isto é, dele deve resultar um resultado visual novo, mesmo que decorrente da combinação de configurações já conhecidas.

Ainda de acordo com o mesmo, a originalidade se refere, subjetivamente, à esfera pessoal do autor, enquanto que objetivamente, é a criação ainda desconhecida como situação de fato.

“[...] a originalidade é condição tanto para a proteção das invenções, quanto das obras artísticas, podendo-se dizer que nas

¹ SILVEIRA, Newton. Direito de Autor no Direito Industrial. Disponível em: www.newmarc.com.br/novo/index.asp?p=artigos.asp&m...pdf. Acesso em 28 de novembro de 2009.

obras de arte a originalidade se refere à forma considerada em si mesma, enquanto que para os modelos e desenhos industriais a forma em si pode não ser original, desde que o seja a sua aplicação, isto é, a originalidade neste caso consistiria na associação original de uma determinada forma a um determinado produto industrial.” (1998, p. 2)

Para que seja suscetível de proteção o desenho industrial, a lei não exige que o autor crie obra absolutamente nova ou original, ou seja, formas completamente desconhecidas e inéditas, efeitos novos e estilos completamente desconhecidos. Segundo João da Gama Cerqueira:

“O desenho pode ser novo em si e novo segundo a Lei. Analisando sob o primeiro aspecto, teríamos a novidade intrínseca do desenho ou modelo, que se aproxima do conceito de originalidade, embora não se identifique. Sob o segundo aspecto, teríamos a novidade extrínseca, cujo critério nos é dado exclusivamente pela lei positiva.” (1982, p. 663)

Dessa forma, o desenho industrial é fruto da inspiração do próprio autor e será considerado original quando não for uma mera cópia ou imitação de outro objeto.

O terceiro requisito do desenho industrial é tratado no artigo 95 da Lei de Propriedade Industrial, a saber, servir de tipo de fabricação industrial.

Não são passíveis de proteção os Desenhos Industriais que forem contrários à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra a liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimentos dignos de respeito e veneração, bem como toda a forma que for necessária, comum ou vulgar, ou ainda, aquela que for determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais

O direito da propriedade industrial, conferido pelo registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), tem temporalidade limitada, variando de acordo com a modalidade de registro.

Para as invenções a duração é de vinte anos contados a partir de seu depósito. Em relação ao modelo de utilidade, o modelo é de quinze anos, também contados da data de depósito.

Já no desenho industrial o prazo é de dez anos, contados a partir da data do pedido, prorrogáveis por três períodos iguais e sucessivos de cinco anos, perfazendo um total de vinte e cinco anos de titularidade do direito.

1.3.2. Do Direito do Autor

Segundo Carlos Alberto Bittar (2005, p. 8) o direito do autor é o “ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências”.

Comenta José de Oliveira Ascensão:

“O Direito do Autor é justificado pela tutela da criação e não pela repressão da imitação. A repressão da imitação poderá fazer-se por recurso a vários ramos do direito, como a concorrência desleal. Só entra porém no domínio do Direito de Autor quando o objeto da imitação for uma verdadeira obra literária ou artística (...). Desse modo se visa compensar o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade. Por isso esta aceita o ônus que representa a imposição do exclusivo” (1997, p. 3)

O direito autoral é, portanto, o direito que o autor tem de gozar dos benefícios resultantes de sua criação. É o direito dado ao autor de uma obra literária, científica e artística de ligar seu nome a sua criação, reproduzi-la e dela dispor da forma que melhor lhe aprouver.

Dispõe a Carta magna, em seu art. 5º, XXVII e XXVIII:

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

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

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

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”

Além da previsão constitucional, o direito do autor é regulado pela Lei 9.610/98, a chamada Lei do Direito Autoral.

A doutrina divide o direito autoral em duas vertentes, quais sejam, o aspecto moral e o aspecto patrimonial da criação.

O direito moral do autor é aquele gerado pela relação criação/criador, sendo diretamente vinculado à pessoa do autor, conectando, objetivamente, o direito à integridade e à paternidade da obra. É um direito personalíssimo, irrenunciável, impenhorável e absoluto do autor, não sendo limitado pelo tempo.

Os direitos patrimoniais, por sua vez, referem-se aos direitos monetários do autor de uma obra, e podem ser transferidos. Neste caso o autor tem a liberdade de repassar ou não seu direito a terceiros, possuindo natureza de direito real, possuindo tempo de vigência limitado.

Os direitos patrimoniais estão dispostos no art. 28, da Lei 9.610/98², e dizem respeito ao monopólio do autor sobre a exploração de sua obra, submetendo ao crivo do autor

² Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

qualquer forma de utilização de sua criação, salvo os casos especificados no art. 46³, da mesma Lei.

São obras protegidas pelo direito autoral todas as criações do intelecto humano, qualquer que seja sua forma de expressão ou meio de fixação e qualquer que seja seu suporte, tangível ou não, atual ou que se invente no futuro.

Leciona Ascensão que:

“(...) o direito do autor tutela necessariamente criações de espírito. (...) uma forma natural, por mais bela que seja, não é obra literária ou artística; não o é o quadro pintado por animal; ou o ferro retorcido encontrado nos destroços de um avião; ou formas caprichosas moldadas pela neve. Por mais sugestivas que sejam, não são obras humanas e não podem, pois, usufruir do Direito de Autor”. (1997, p. 27)

³ Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

A lei autoral não se preocupa com o mérito da obra, levando em conta, basicamente, apenas se esta conta com o requisito da originalidade. Não se leva em conta o caráter qualitativo da obra, protegendo-se qualquer produção do intelecto humano.

Excluem-se, no entanto, da proteção da Lei 9.610/98 as obras de caráter meramente utilitário, que já são tuteladas pela propriedade industrial. A legislação nega, literalmente, a proteção do “aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras”.

Especificamente em relação às criações da moda, a originalidade exigida pela direito do autor, é encarada de modo subjetivo, no qual para ser original basta que na obra haja um novo olhar, este sim original, mesmo que inspirado por obras já existentes. A originalidade, neste caso é a impressão da personalidade do autor na criação artística.

Como ensina Zara Olívia Algardi:

“(...)para que se possa falar em originalidade nas criações da moda, é suficiente que exista uma nova concepção harmoniosa, devendo a criação ser diferente da simples execução sem qualquer aporte original, ainda que fruto de uma combinação de elementos já conhecidos, já que, por seguir o gosto do momento, não é fácil a aplicação do conceito de novidade”⁴

Em um análise mais cuidadosa vemos inclusive que as criações da moda apresentam característica únicas, pois apesar de se afinar com o conceito de obra de arte, não pode deixar de se restringir às necessidades do mercado, onde a forma deve ser concebida para atender as expectativas estéticas do consumidor de forma viável para ser reproduzida rapidamente e em grande escala.

⁴ ALGARDI, Zara Olivia. Disegno industriale e arte applicata, p.232, *apud*, SANTANA, Daniela Cristina Alves, p. 134.

Neste caso, apesar do aspecto industrial da produção de moda, ainda é pertinente sua proteção pelo direito do autor, pois, como bem apregoa Silveira, *“a utilidade de uma obra não exclui necessariamente o seu caráter artístico, o que se verifica, em especial na arquitetura, que pode ser considerada a expressão sensível de uma necessidade satisfeita”*⁵.

Segundo o autor, o que se leva em situações em que o objeto de proteção tem natureza híbrida entre o artístico e o industrial, é o caráter expressivo vinculado intimamente à forma, que irá determinar se obra tem ou não valor artístico. Identificada a expressão artística na peça de vestuário, estará a mesma protegida pelo direito autoral, mesmo que submetida à produção industrial em larga escala.

Para que seja protegida, a idéia do criador de moda deve ser exteriorizada, existindo no mundo físico, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.610/98:

“Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (...)”.

A obra só passa a ser protegida pelo direito do autor quando deixa o plano das idéias para começar a existir no mundo real de forma palpável. Este momento ocorre quando o estilista passa sua idéia para o papel, no chamado *croqui* ou na confecção de um protótipo diretamente em tecido, se enquadrando no rol de proteção dos incisos VI⁶ e X⁷, do artigo acima.

⁵ SILVEIRA, Newton. Direito de autor no desenho industrial. Disponível em www.newmarc.com.br/novo/index.asp?p=artigos.asp&m...pdf. Acesso em 20 de novembro de 2009.

⁶ VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

⁷ X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

No entanto, é importante reforçar que a peça criada pelo estilista somente será protegida pelo direito do autor se, durante o processo criativo, for possível observar que houve o desenvolvimento de um traço único, característico do autor em relações aos já existentes, em um esforço em se obter um produto original e com identidade própria.

Uma vez superada a questão acerca da possibilidade de proteção das criações da moda pelo direito do autor, há alguns aspectos bastante íntimos desse tipo obra que não são protegidos, por pertencerem à sociedade e retratarem uma determinada época, não podendo ser reclamados por ninguém. São eles a idéia, a tendência, o estilo e o movimento.

Enquanto a obra está apenas na mente do autor, não é possível sua proteção pelo direito autoral, que somente se torna objeto de tutela, conforme anteriormente explanado, quando adquire forma do mundo físico.

Assim, a criação de moda só será passível de proteção quando a idéia de um vestido, por exemplo, deixar de ser uma abstração do estilista e passar a ter forma, seja no papel, em forma de *croqui*, seja em protótipo feito de tecido.

A tendência é um sentimento mais amplo, que traduz a direção criativa de uma sociedade em determinada época. Trata-se de um movimento coletivo, que dita as preferências dos consumidores para as produções na indústria de vestuário

O conceito de tendência é bastante próximo da explicação de estilo, que nada mais é que a realização no presente da tendência, que tem como uma de suas características determinar as preferências futuras dos consumidores.

Por fim o movimento, segundo Santana (2007, p. 141), é “*uma ação voluntária de um grupo de pessoas visando alterar idéias e opiniões*”. O maior exemplo de movimento na moda é o Movimento Punk, que subverteu a estética que prevalecia nos anos 70, representando a insatisfação dos jovens de classe operária inglesa no final da década de 1970.

1.4. Da proteção do desenho de moda no direito brasileiro.

O desenho tem papel fundamental no desenvolvimento da moda, pois é normal que a criação, antes ganhar um modelo tridimensional em tecido, seja desenhada, desenvolvida em moldes (também desenhados, diga-se de passagem), para posteriormente dar origem ao produto final.

Os desenhos de moda, no caso, os *croquis*, são protegidos pelo direito do autor, na medida em que todo desenho é suscetível de proteção, abrangendo todo e qualquer desenho artístico que revelem a originalidade do criador do modelo, sendo plenamente protegidos pelo art. 7º, X, da Lei de Direitos Autorais.

Já o molde que segundo Salles Ferreira (2000, p. 41) é “o desenho planificado em uma dimensão bidimensional, projetando uma peça que será realizada de forma tridimensional”, provoca dúvidas quanto à sua proteção, pois, apesar de ser um desenho de certo modo artístico, que contém originalidade no corte e no caimento, tem caráter de instruções técnicas para produção industrial de um modelo de roupa.

Neste ponto, assevera Santana (2007, p. 164) que:

“(...)examinando o INPI os aspectos formais dos conjuntos de moldes para a confecção de peças de vestuário, concluiu que tais moldes não se encaixariam no conceito de desenho industrial, já que determinados por considerações técnicas, ou seja, tratavam-se de meras instruções práticas para a elaboração de uma peça de vestuário.

Com relação ao direito do autor, a proteção do molde também não é clara.

Por um lado, pode-se entender que a mesma solução adotada pelo INPI deve ser aplicada no âmbito do direito autoral, já que o direito do autor apenas protege a criação estética, não sendo objeto de proteção os meros esquemas ou regras técnicas, como observamos do art. 8º da Lei 9.610/98”

Conclui a autora que, uma vez que o art. 7º, VIII, Lei de Direitos Autorais, protege todo desenho que configure uma “criação do espírito”, os moldes também seriam passíveis de proteção, ficando a cargo do registrador examinar, caso a caso as condições que possibilitariam o registro.

1.5. Da proteção dos tecidos no direito brasileiro.

O tecido é a matéria prima da produção de moda, e no que diz respeito à sua proteção, esta varia de acordo com sua utilização e enfoque no modelo final.

Se o tecido por si só contém expressão de criação de espírito e exprime uma manifestação artística característica do autor, privilegiando sua estampa e desenho, a proteção será tutelada pelo direito do autor, pois o que se estará protegendo não é o tecido em si, mas sua estampa, a manifestação artística exteriorizada em sua estrutura.

No entanto o tecido pode também, em alguns casos, ser protegido pelo direito industrial, caso apresentar algum avanço tecnológico na sua composição que modifique a forma de produção das peças com ele fabricado. O caso mais famoso de tecido tecnológico protegido pela propriedade industrial é a *lycra*, que conferiu elasticidade aos tecidos, proporcionando modelagens antes impossíveis.

1.6. Da proteção dos acessórios no direito brasileiro.

Os acessórios de moda são os diversos adornos que usamos ao nos trajar que vão desde o relógio de pulso, os sapatos, constituindo uma infinidade de objetos, cuja finalidade, mesmo que de fundo útil, é, basicamente ornamental.

Os acessórios normalmente apresentam uma mesma estrutura básica, como por exemplo, um par de óculos, ou um colar, o que os torna passível de proteção é a carga artística que pode ser cumulada em sua fabricação, vindo a portar um traço individual, marcante, que expresse uma criação de espírito característico de certo criador.

Os acessórios não são passíveis de proteção pelo direito industrial, ficando a cargo do direito do autor garantir o monopólio do estilista, por se tratar de obra de caráter fortemente artístico, incluída no rol do art. 7º, VIII da Lei 9.610/98.

CAPÍTULO II

2. Titularidade da Propriedade Intelectual na Moda.

2.1. No Direito do Autor

No direito do autor, a titularidade pode ser vista tanto do ponto de vista da criação da obra, que pode ser feito por meio de contrato de prestação de serviços, no caso de criador autônomo, ou por contrato de trabalho, quanto do criador assalariado.

A titularidade também pode ser abordada no que diz respeito à exploração da obra, critério que abarca os contratos de cessão de direitos e licenciamento, por exemplo.

No caso do criador autônomo a titularidade é mais facilmente atribuída, ficando assegurado o direito moral do estilista criador, bem como o patrimonial, uma vez que seja quem ele organize sua produção, orientando seus colaboradores na confecção da peça.

O artigo 15, da Lei 9.610/98, vem a esclarecer a questão:

Art. 15. A co-autoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada.

§ 1º Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio.

Dessa forma, as costureiras, artesões e outros trabalhadores que trabalham em um ateliê de um estilista não podem ser considerados titulares do direito patrimonial do autor, pois exercem o papel de auxiliar na transposição da idéia criativa já definida na

realidade, por meio do desenho, para uma forma tridimensional, não importando em atividade de criação.

A situação do estilista contratado, no entanto, não segue o mesmo raciocínio, se afinando com o conceito de obra por encomenda, via contrato de trabalho. Usualmente este contrato de trabalho traz em seu teor cláusulas que estabelecem a cessão de todos os direitos patrimoniais do criador, mantendo o estilista apenas o direito moral sobre suas obras. Neste sentido, o art. 17, da LDA, estabelece:

Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

§ 1º Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada.

§ 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.

§ 3º O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução.

Por conseguinte, o direito patrimonial da criação feita na constância de um contrato de trabalho seria do contratante do estilista, no caso, a “grife” para qual ele trabalha e de quem recebe orientações quanto as direções criativas das peças a serem confeccionadas.

No tocante à exploração comercial o criador pode alienar seu direito de dispor financeiramente de sua obra, transmitindo seus direitos patrimoniais a outrem, total ou parcialmente:

O art. 49, da Lei de Direitos Autorais dispõe que:

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

O autor pode transmitir todos os direitos patrimoniais sobre a obra, sendo vedado a transferência do direito de natureza moral, inerente ao criador. A transmissão é feita por meio de contrato formal, com duração máxima de cinco anos.

Se o contrato for de cessão de direitos, este só será válido no país em que o negócio jurídico for celebrado, salvo cláusula que determine expressamente o contrário.

Leciona Caldas Barros que:

“(...) Inexistindo especificações quanto às modalidades de utilização, interpretar-se-á o contrato restritivamente, admitindo-se apenas uma modalidade, no caso a indispensável à efetivação da finalidade contratual.

São elementos essenciais da cessão: seu objetivo, as condições de exercício cedido, acrescentando-se ainda, o tempo, o lugar e o preço. (...) Há, ainda a hipótese da cessão dos direitos autorais futuros. A lei esclarece que ela pode vigorar até, no máximo, cinco anos e deve ser reduzida a esse prazo a que for por período superior ou indeterminado, diminuindo-se o preço ajustado na proporção que for devida” (2007, p. 530)

No caso de obra protegida pelo direito do autor, concebida na vigência de um contrato de prestação de serviços, afirma Bittar que:

“Na obra realizada sob prestação de serviços, ou o autor libera-se sozinho na consecução da obra (obra de produção independente em que o encomendante apenas sugere o tema ou solicita a criação), ou o encomendante colabora em sua consecução (obra em colaboração), ou ainda dirige o trabalho do elaborador (obra dirigida: o verdadeiro autor é o encomendante, de sorte que o trabalho mecânico do elaborador nenhum direito lhe traz, a não ser à remuneração ajustada).

No primeiro caso, ao criador pertencerão os direitos autorais de cunho moral, dependendo os patrimoniais dos termos do ajuste, entendendo-se o uso, em qualquer caso, restrito ao avençado, ou à finalidade precípua da obra. No segundo caso, os direitos pertencerão a ambos, em comunhão, enquanto no último, o encomendante é o único titular dos direitos autorais” (2005, p. 41)

Assim, as pessoas que trabalham em ateliês de costuras não podem reivindicar direitos autorais sobre as peças que confeccionam, pois, esta situação se encaixa do terceiro caso, em que o mentor da obra é o encomendante, ou estilista, limitando-se aquelas ao papel de meras executoras.

Da mesma forma, caso o contrato seja de trabalho, o mesmo autor define que:

“Em nada altera os princípios e orientações expostos a vinculação do criador com o encomendante, preservando-se àquele, no regime unionista, os direitos morais sobre sua criação e transferindo-se, por força da remuneração do trabalho intelectual, direitos patrimoniais correspondentes à utilização consentânea com a finalidade de sua atividade.” (2005, p. 42)

O contrato de licenciamento diz respeito à cessão de dos direitos patrimoniais sobre uma obra, em sua totalidade ou não, onde há a determinação do tempo de duração e alcance territorial, autorizando o licenciado a reproduzir e comercializar a obra, mediante o pagamento de uma remuneração.

Como as criações da moda carregam uma conotação profundamente artística, relevante se faz a ressalva do art. 77, da LDA, que estabelece que, salvo disposição em contrário, a simples alienação de um objeto que materializa uma obra de arte plástica, não dá ao adquirente o direito de reproduzi-la.

No caso da indústria da moda tal disposição é de profunda relevância, pois o fato de um indivíduo adquirir uma peça de roupa de determinada grife não lhe confere o direito de reproduzi-la, incorrendo tal ato no crime de contrafação, que será tratado adiante.

2.2. Na propriedade industrial

O criador é a pessoa que teve a idéia inicial do desenho industrial ou participou na sua execução e desenvolvimento. É o "mentor intelectual" da invenção, enquanto o titular é o dono ou proprietário da mesma, tendo os direitos patrimoniais, isto é, aquele em nome do qual o registro é concedido. Ocorre que, nem sempre o titular de um registro é o criador da invenção.

O Art. 5º da Constituição Federal, em seus incisos XXVII e XXIX prevê que o titular do direito à proteção das criações intelectuais são os seus autores ou criadores.

O Art. 4º da Convenção de Paris (CUP), da qual o Brasil é signatário, determina que o inventor tem o direito de ser mencionado como tal na patente, mesmo que ele não seja o requerente.

Por sua vez, o Art. 6º § 4º e o art. 94 da LPI prevêem que o autor solicite a não divulgação de seu nome, o qual não constará nos documentos e publicações oficiais do INPI, inclusive no certificado concedido.

Não obstante, a presunção da legitimação do requerente, o inventor/autor há que ser nomeado e qualificado pela disposição constitucional citada.

A Lei de Propriedade Industrial, nº 9.279/96, regula os principais aspectos envolvidos quando a invenção ou modelo de utilidade, também aplicável as criações de desenho industrial, tiverem ocorrido na vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços. Vejamos:

Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a

pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

§ 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

§ 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.

O Art. 92 da LPI entende que tais disposições aplicam-se, no que couber, às relações entre o trabalhador autônomo ou o estagiário da empresa contratante e entre empresas contratantes e contratadas. Tais disposições aplicam-se aos Desenhos Industriais, haja vista o Art. 121 da LPI.

A propriedade industrial é de propriedade exclusiva do empregador quando a criação resulta da própria atividade contratada, isto é, a atividade inventiva ou criativa é prevista ou decorrente da própria natureza do trabalho do empregado (invenções ou modelo de utilidade de serviço). Assim o resultado obtido com o trabalho criativo deve ser aquele previsto antes de sua realização, decorrendo da própria natureza do trabalho.

Para ser de propriedade exclusiva do empregado, a obra não pode ter qualquer relação com a relação contratado/contratante, ou seja, a criação é realizada sem relação com o contrato de trabalho ou prestação de serviços, e ainda, sem utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador. Vejamos:

Art. 90. Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador

A propriedade industrial pertencerá a ambos quando as criações decorrerem da contribuição pessoal do empregado e de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregadora, conforme disposto no art. 91, da mesma lei.

Art. 91. A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.

§ 1º Sendo mais de um empregado, a parte que lhes couber será dividida igualmente entre todos, salvo ajuste em contrário.

§ 2º É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração.

§ 3º A exploração do objeto da patente, na falta de acordo, deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de 1 (um) ano, contado da data de sua concessão, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado a titularidade da patente, ressalvadas as hipóteses de falta de exploração por razões legítimas.

As disposições dos Art. 89 possibilitam ao autor a participação nos ganhos resultantes da exploração do desenho industrial.

Art. 89. O empregador, titular da patente, poderá conceder ao empregado, autor de invento ou aperfeiçoamento, participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, mediante negociação com o interessado ou conforme disposto em norma da empresa.

Parágrafo único. A participação referida neste artigo não se incorpora, a qualquer título, ao salário do empregado.

O direito de propriedade industrial, adquirido através do registro patentário pode ser explorado através da cessão e da licença conferida pelos titulares da patente à terceiro.

Calda Barros (2007, p. 270) afirma que:

“A patente, como já se expôs, é o instrumento legítimo para garantia de direitos sobre a invenção e o modelo de utilidade. Seu titular, por um período de 20 anos e 15 anos, respectivamente, poderá explorá-la economicamente ou conferir o direito de exploração a terceiros, mediante contrato de cessão ou de licença. É importante ressaltar que é obrigatória a exploração do invento, sob pena de terceiros obterem a licença compulsória”

A patente ou seu respectivo pedido de depósito podem ser cedidos onerosamente a terceiros.

Conforme leciona Fabio Ulhoa Coelho:

“A cessão do direito industrial é o contrato de transferência da propriedade industrial, e tem por objeto a patente ou registro,

concedidos ou simplesmente depositados. A cessão pode ser total, quando compreende todos os direitos titularizados pelo cedente, ou parcial. Esta última pode se limitar quanto ao objeto (cede-se parte das reivindicações depositadas ou patenteadas, por exemplo) ou quanto à área de atuação do cessionário (transfere-se o direito de exploração econômica com exclusividade dentro de certo país, por exemplo). Não há cessão temporalmente limitada da propriedade industrial, e não apenas de autorização de seu uso”. (2006, p. 85)

Os efeitos da cessão, se feita por instrumento particular, operam somente entre as partes, ao passo que se houver anotação da cessão no INPI, serão produzidos efeitos *erga omnes*.

É necessário que se faça a distinção entre a cessão e a licença de patentes, sendo o primeiro contrato em que o titular transfere o direito de exclusividade (ou o direito de pedir patente, ou sobre o pedido de patente), como um todo, e não só seu exercício - como no caso da licença.

Pela licença, o titular do direito exclusivo autoriza o uso e o gozo do objeto de sua patente e sinal distintivo, ou, como o quer parte da doutrina, compromete-se a não exercer o seu poder de proibir o uso.

Existem, três tipos de licenças de patentes, quais sejam a licença voluntária, a oferta de licença e licença compulsória.

A licença voluntária permite que o titular da patente ou o depositante do pedido licencie terceiros a fabricar e comercializar o produto ou processo. Os Arts. 61 a 63 da LPI estabelecem que o titular da patente ou o depositante do pedido, durante o prazo de vigência de sua patente, tem o direito de licenciar terceiros a fabricar e comercializar o produto e/ou processo protegido.

O contrato de licença, que deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros, produzirá tais efeitos a partir da data de sua publicação. O

aperfeiçoamento introduzido em patente licenciada pertence a quem o fizer, sendo assegurado à outra parte contratante o direito de preferência para o seu licenciamento.

Caso o titular não tenha consiga licenciar sua patente, ele pode solicitar a chamada *oferta de licença*, que visa estimular a incorporação de invenções e inovação ao processo produtivo, culminando na divulgação de patentes concedidas anteriormente, com o intuito de promover a industrialização e comercialização de seus produtos.

Finalmente, para evitar possíveis abusos do detentor da patente, a LPI, em seus artigos 68 a 74, estabelece que nos casos de insuficiência de exploração, exercício abusivo da patente, abuso de poder econômico, dependência de patentes ou interesse público ou emergência nacional, será concedida a *licença compulsória*.

Tal medida de salvaguarda, assim como a caducidade, visa a exploração efetiva do invento no país, pelo titular ou terceiros, legalmente licenciados, de forma que o privilégio concedido traga benefícios à sociedade e não seja simplesmente utilizado como medida abusiva do poder, interrompendo ou dificultando o desenvolvimento econômico e industrial do país.

Nas criações de moda, que muitas vezes são concebidas por um estilista contratado, é importante abordar o caso de licença não-voluntária de invenção realizada por empregado, em que, como dito anteriormente, a titularidade é dividida, igualmente, entre empregador e empregado. Caldas Barros leciona que:

“No caso, a exploração da patente cabe, exclusivamente, ao empregador, assegurando-se ao empregado ou empregados a justa remuneração. Isso, inexistindo acordo entre as partes. Não iniciando o empregador a exploração no prazo de um ano, contado da data de concessão da patente, deverá a titularidade ser transferida, definitivamente, ao empregado ou empregados e, ocorrendo condições para tanto, poderá haver, até mesmo, concessão de licença

compulsória a terceiro interessado, ou mesmo, de tornar-se a patente do domínio público.” (2007, p. 284)

No que diz respeito ao desenho industrial é possível a cessão total ou parcial do registro de desenho industrial e seus direitos.

A cessão deverá ser requerida perante o INPI, que fará as devidas anotações, as quais produzirão efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação.

Ressalte-se que o autor, como proprietário do registro de desenho industrial, pode celebrar contrato de licença de uso do objeto protegido. O referido contrato somente produzirá efeitos contra terceiros depois de averbado junto ao INPI e publicada a averbação.

2.2. O registro de proteção da propriedade industrial.

2.2.1. Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

O INPI é uma autarquia federal, criada em dezembro de 1970, com o objetivo de executar as leis que regulam a propriedade industrial.

O Instituto é vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, sendo o órgão responsável pela recepção, encaminhamento e concessão de privilégios de direito industrial.

Para o criador de moda, o INPI traz a possibilidade de registro patentário das obras que se encaixem como invenção e modelo de utilidade. Como vimos, a grande maioria das criações de moda, seja nas peças de vestuário ou na produção de acessórios não trazem inovações na forma ou no processo que justifiquem sua classificação como invenção.

Portanto, na área de moda, o que será mais útil é a patente de modelo de utilidade e de desenho industrial, ficando a patente de invenção um tanto adstrita à indústria têxtil, ao empregar novas tecnologias no processo produtivo para obtenção de tecidos ainda não existentes, como foi o advento da *lycra* e do *neoprene*, por exemplo.

Portanto, para fins didáticos, iremos abordar, ainda que de forma não tão profunda, o procedimento de registro de tais obras no Instituto Nacional de Propriedade Industrial, focando, no entanto, no registro de modelo de utilidade e desenho industrial, pelos motivos acima expostos.

O procedimento de registro de patente, seja de invenção ou de modelo de utilidade, deve atender requisitos essenciais, tais como requerimento, relatório descritivo, reivindicações, desenhos e resumo.

Em uma conceituação sintética e objetiva, o requerimento consiste no formulário padronizado, fornecido pelo INPI, no qual o requerente informa os dados necessários para o encaminhamento do processo de patente, como o nome do requerente, o titular da patente e a modalidade do pedido.

O relatório é o documento onde o requerente irá descrever, de maneira clara, o objeto a ser protegido. Esta exposição deve consistir em introdução, descrição do estado da técnica, desenvolvimento e conclusão.

As reivindicações são a relação dos direitos e privilégios pretendidos pelo depositante, devendo relatar as particularidades da invenção ou do modelo de utilidade naquilo em que se refere aos seus aspectos técnicos.

Os desenhos, quando necessários, devem ilustrar o objeto do pedido, obedecendo os critérios impostos pelo INPI. As reproduções não podem ser acompanhadas de texto, devendo ser entregues em preto e branco, com trações firmes, e em escala que permita sua redução sem distorção da figura.

Por fim, o resumo é um texto sucinto que permita ao examinador avaliar brevemente os itens constantes do pedido.

O primeiro passo para solicitação de uma patente é se certificar de que se trata de algo novo não somente no contexto brasileiro, mas também mundial. A patente é considerada nova quando não compreendida no estado da técnica, ou seja, a matéria reivindicada na patente não tenha se tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente.

Elaborado o relatório descritivo, reivindicações, desenhos (obrigatório para o caso de Modelo de Utilidade) e resumo (obrigatório para Patentes), pode-se depositar o pedido. O depósito deve ser feito na sede do INPI ou nas Divisões Regionais ou Representações nos demais Estados

O pedido de patente será mantido em sigilo durante 18 meses contados da data de depósito. Publicado o pedido de patente, e até o final do processo, será facultada a apresentação pelos interessados, de documentos e informações para subsidiarem o exame. A apreciação do pedido de patente deverá ser requerida pelo depositante ou por qualquer interessado, no prazo de 36 meses contados da data do depósito, sob pena do arquivamento do pedido.

Após depositado o pedido, o acompanhamento processual do mesmo poderá ser feito através da RPI (Revista da Propriedade Industrial), que é a publicação oficial do INPI.

O exame técnico realizado pelo INPI irá investigar a adequação da matéria reivindicada, fundamentada no relatório descritivo e desenhos, como passível de patente, bem como a suficiência descritiva e aplicação industrial.

Para aferição das condições de novidade, atividade/ato inventivo o examinador irá aproveitar quaisquer subsídios que tenham sido apresentados e realizar uma busca para determinação do estado da técnica.

Ao final o examinador elabora um parecer relativo a: patenteabilidade do pedido (deferimento); adaptação do pedido à natureza reivindicada; reformulação do pedido ou divisão; ou exigências técnicas. Quando o parecer for pela não patenteabilidade ou pelo não enquadramento do pedido na natureza reivindicada ou formular qualquer exigência, o depositante será intimado para manifestar-se no prazo de 90 dias. Não respondida a exigência, o pedido será definitivamente arquivado. No caso de indeferimento do pedido o requerente dispõe de 60 dias para iniciar um procedimento administrativo de recurso.

A patente será concedida depois de deferido o seu pedido e comprovado o pagamento da retribuição correspondente, expedindo-se a respectiva carta-patente. O pagamento da retribuição referente à expedição da carta-patente e respectiva comprovação deverá ser efetuado no prazo de 60 dias contados do deferimento. Reputa-se concedida a patente na data de publicação do respectivo ato. Na carta-patente deverão constar o número, o título e a natureza respectivos, o nome do inventor, a qualificação e o domicílio do titular, o prazo de vigência, o relatório descritivo, as reivindicações e os desenhos, bem como os dados relativos à prioridade.

O depositante do pedido e o titular da patente estão sujeitos ao pagamento de retribuição anual, a partir do início do terceiro ano da data do depósito. O pagamento deverá ser efetuado dentro dos primeiros 3 meses de cada período anual, podendo, ainda, ser feito, independente de notificação, dentro dos 6 meses subseqüentes, mediante pagamento de retribuição adicional. Isto aplica-se aos pedidos internacionais depositados em virtude de tratado em vigor no Brasil, devendo o pagamento das retribuições anuais vencidas antes da data da entrada no processamento nacional ser efetuado no prazo de 3 meses dessa data. A falta de pagamento da retribuição anual acarretará o arquivamento do pedido ou a extinção da patente.

Ressalte-se que, se a criação industrializável for relacionada com a forma plástica ornamental de um objeto ou conjunto de linhas e cores, que possa ser aplicada a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação, deve-se requerer um registro de Desenho Industrial.

No desenho industrial, o que se protege é a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial (Art. 95 da LPI).

O registro de Desenho Industrial protege a configuração externa do objeto e não o funcionamento do mesmo.

Para ser passível de proteção o desenho deve ser novo, original e, principalmente, servir de tipo de fabricação industrial. Não se enquadram neste conceito as obras de caráter puramente artístico.

No caso, somente são passíveis de proteção pelo desenho industrial as criações que, apesar de trazerem em seu conteúdo eminente caráter artístico, possuem potencial de produção em escala industrial, não sendo uma peça única, ou conceitual.

Voltando ao contexto da Moda , temos que o vestido ou peça feita por encomenda, que é único, com forte apelo artístico, não é sujeito à proteção do desenho industrial, enquanto os croquis feitos para uma coleção que terá uma tiragem de vários exemplares, mesmo que artisticamente, serão protegidos, pois serão fabricados em escala industrial.

O registro de Desenho Industrial vigora por 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogáveis por mais 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos, até atingir o prazo máximo de 25 (vinte e cinco) anos de proteção (Art. 108 da LPI).

2.3. O Registro no Direito do Autor.

A proteção da obra autoral independe de registro, diferentemente do que ocorre com as marcas e patentes em que este é constitutivo de direito. Aqui, o certificado equivale a uma escritura. Matriculada de propriedade (se válida), o registro de obra intelectual é facultativo, voluntário, mas pode servir como prova de anterioridade em relação à obra idêntica publicada por terceiros sem autorização.

O registro de obras intelectuais no Brasil - seguindo a tradição dos países de base jurídica românica - é facultativo, gerando apenas a presunção de autoria. É um registro declaratório e não constitutivo de direito. A Lei n.º 9.610/98, no seu art. 18, afirma que “a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”. Não existe, desta forma, nenhuma formalidade que condicione a existência de um direito de autor.

Não obstante, afirma Eduardo Lycurgo Leite que:

“O registro, em que pese ser facultativo e declaratório, é recomendado, vez que, por constituir-se em presunção relativa de autoria e época de criação da obra (marco temporal do ato de criação da obra), se presta a reforçar o conjunto probatório que poderá fazer o autor acerca da autoria e da data de criação de sua obra.” (2004, p. 93)

O surgimento do direito de autor se dá com a criação de uma obra intelectual (literária, científica ou artística), tenha ela sido registrada ou não. No entanto, para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual, poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas-Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

O registro é feito de forma simples, com o preenchimento do formulário devido, instruído com cópias dos documentos do autor e um exemplar da obra a ser registrada. O registro não é gratuito, sendo o valor fixado pelo órgão a que o registro seja devido.

A proteção do direito moral do autor é indefinida, não tendo prazo de validade, passando aos herdeiros do criador. Já no que diz respeito ao direito patrimonial decorrente da autoria, este dura por toda a vida do criador, acrescidos de setenta anos, contados da morte deste, passando, durante esse período, a ser a posse de seus sucessores, na ordem estabelecida no art. 1.603, do Código Civil.

2.4. Da dupla proteção das criações da moda

Esclarecida a referente questão dos registros da propriedade industrial e das obras meramente artísticas, protegidas unicamente pelo direito autoral, vislumbramos a possibilidade da dupla proteção das criações da moda, tanto pela propriedade industrial

quanto pelo direito do autor, sendo este particularmente relevante, uma vez que não se protege somente o produto, mas também os direitos morais do criador.

Como nas criações de moda lidamos com objetos que oscilam entre obras de arte e produtos industriais, e que o design remete, antes de tudo, à criatividade do artista, as peças de moda podem ser protegidas pelos dois institutos, usufruindo dos direitos autorais e da proteção do modelo industrial.

Ressalte-se que a criação de moda somente será sujeita à dupla proteção se possuir, igualmente, os requisitos exigidos pelo tanto direito do autor quanto pelo direito industrial. Assim, deverá manifestar, além do cunho artístico, a originalidade, novidade e caráter industrial necessários à concessão do registro patentário.

Bittar se manifesta sobre o tema da seguinte maneira:

“Isto [a dupla proteção] significa que um bem estético pode, ao mesmo tempo, servir a sensibilização e a fins utilitários, sem perda de suas condições intrínsecas e sem qualquer conflito entre os sistemas em interação, que, ao revés, se completam, como na hipótese vertente, na qual forma artística gerou produto industrial, destinado a fins de comercialização, mas também de sensibilização” (2002, p. 134)

Segue o autor dizendo que:

“Com efeito, enquanto no Direito de Autor se protegem as criações estéticas (de arte), no de Propriedade Industrial são amparadas as de caráter utilitário (de aplicação industrial), mas quando combinadas no uso empresarial, para a identificação de empresas e de produtos, opera-se a sua interação, passando a criação a gozar da dupla proteção, quando destacável cada aspecto” (2002, p. 136)

Cabe novamente salientar, que embora seja recomendado para segurança em supostas discussões judiciais, a proteção de direito autoral independe de registro. Assim, recomenda-se ao criador priorizar o registro no INPI antes da divulgação de sua produção, sob pena de perda do quesito novidade, caso o registro autoral seja anterior.

Os direitos conferidos pela proteção autoral e pela proteção de desenhos industriais são similares no que concerne à possibilidade de impedir terceiros não autorizados de explorar economicamente o objeto protegido. O prazo de proteção autoral, conferido pela legislação brasileira, é, no entanto, bem maior que o da área de desenhos industriais.

CAPÍTULO III

3. Crimes contra a Propriedade Intelectual nas Criações de Moda.

O criador, quer seja na moda, ou em outras áreas do conhecimento, está sujeito à violação do direito de propriedade sobre suas próprias criações.

Os crimes contra a propriedade intelectual estão previstos, na legislação brasileira, na parte especial do Código Penal, e nas Leis nº 9.610/98 (lei de direitos autorais) e nº 9.279/96 (lei da propriedade industrial), que trazem as sanções cíveis e penais, bem como a tipificação de diversos delitos contra as patentes, desenhos industriais, marcas, contra indicações geográficas, crime de concorrência desleal, entre outros.

O presente estudo vai se restringir ao exame do crime de contrafação das criações da moda, por ser este o mais freqüentemente sofrido pelos criadores, com a explosão da pirataria, contemplando também os casos de concorrência desleal por imitação servil.

Inicialmente é interessante trazer o conceito de contrafação, que, segundo Caldas Barros (2007, p. 285), *“é o ato de falsificar produtos, valores, assinaturas, de forma que se iludam as pessoas quanto a sua autenticidade ou mediante a violação de direitos autorais sobre obras científicas, literárias e artísticas(...)”*.

No caso específico da indústria de moda, é delicado tratar de contrafação, pois, como já falado anteriormente, a moda é estritamente efêmera, se pautando pela idéia de

tendência, reciclando formas antigas com sutis diferenças para criar um produto novo, que desperte o desejo de consumo da população.

A cópia de modelos de moda é tão antiga quanto a própria história do Homem Moderno. Já no século XIX, em Paris, existiam as chamadas *casas de cópia*, que eram lugares que vendiam cópias baratas dos vestidos desfilados nas passarelas, sendo precursora da pirataria existente hoje em dia (Santana, 2007, p. 18).

Portanto, em um mundo globalizado, em que as informações correm tão depressa, não é possível falar em contrafação quando temos modelos que se inspiram em outros. Para se falar em violação do direito intelectual do criador é necessário que haja a reprodução servil de uma peça, protegendo-se não o todo, mas os detalhes que diferenciem uma roupa de outra.

Assim, de acordo com Santana (2007, p. 136), *“a diferenciação de uma roupa passível de proteção pelo direito do autor de outra não protegida remanesce na originalidade da combinação de seus detalhes, uma vez que a forma principal, quase sempre, já se encontra em domínio público.”*

3.1. Da contrafação

O crime de contrafação é tipificado no art. 184, do Código Penal Brasileiro, que trata da Violação de Direito Autoral. Vejamos:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.
§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

Nesse tipo penal, o bem jurídico tutelado é a propriedade intelectual do autor, composto pelo complexo de direitos morais e patrimoniais nascidos com a obra.

A violação desse direito pode ocorrer de várias formas, seja com a reprodução não autorizada da obra, seja pela comercialização não autorizada de objetos originais. O crime aqui discutido consiste em transgredir, falsificar ou ofender o direito do autor.

Vemos, portanto, que o que se tutela é a proteção ao direito do autor, independente de registro da obra. A lei penal se restringe a condenar a violação dos direitos do autor, deixando para a lei específica dispor sobre o rol de direitos por ela protegidos. Como define Cezar Roberto Bitencourt (2006, p.423), *“a lei penal não define o que é direito do autor ou direito autoral. Essa definição deve ser buscada na lei civil (9.610/98), caracterizando-se, pois, como norma penal em branco”*

Ainda no estudo da tipificação da contrafação no Código Penal, vemos, em sua classificação, que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, podendo existir as figuras da co-autoria e da participação.

O sujeito passivo é o titular do direito autoral, seja seu criador, ou o detentor de seus direitos, como, por exemplo, o cessionário, ressalvados o direito moral, que é inalienável, por ser de natureza personalíssima.

O elemento subjetivo do crime de contrafação é o dolo, que é a vontade consciente e voluntária do indivíduo em violar direito alheio. Além da intenção em lesar, há de se observar a existência de auferição de lucro com a reprodução não autorizada, tanto pelo comércio direto, ou pela venda primária. Tais elementos especiais são considerados qualificadores do crime, indicados nos parágrafos 1º e 2º do artigo examinado.

A classificação doutrinária do crime de violação do direito autoral é de crime comum, ou seja, que pode ser praticado por qualquer indivíduo, de mera conduta, não importando a produção do resultado para a existência do delito. Em geral se trata crime instantâneo, consumando-se em um só momento. A ação penal é de iniciativa privada.

Para que se constate a contrafação, é preciso que se compare a obra original com o exemplar supostamente contrafeito, utilizando-se de critérios norteadores para que se constate ou não a presença de características que justifiquem a acusação.

Para Balmes Veja Garcia:

“A contrafação deve ser apreciada pelas suas semelhanças e não pelas suas diferenças. Através desse postulado, a partir do momento em que os elementos essenciais da invenção protegida encontram-se no objeto incriminado, mesmo se tal semelhança essencial faz-se acompanhar de outras diferenças secundárias, tem-se materializada a contrafação. A importância de apreciar a contrafação pelas semelhanças é absolutamente justificável porque a condição

necessária da contrafação é de que os elementos constitutivos do objeto produzido sejam reproduzidos. Contudo, tal condição também é suficiente visto as diferenças acrescentadas não as excluírem, nem as destruírem na medida em que a reprodução ilícita remanesce”. (2005, p. 66)

Sabendo que a contrafação é um delito que traz conseqüências tanto na área cível quanto no direito penal, vamos à análise dos dispositivos que tratam deste crime nas leis específicas que tratam da propriedade intelectual.

3.1.1. Da contrafação na Lei 9.610/98

As sanções às violações dos direitos autorais estão previstas nos artigos 101 a 110 da Lei 9.610/98, sendo que, para exame do tema escolhido, nos limitaremos a comentar os artigos que repercutem nos casos de contrafação de criações de moda.

No art. 101, a Lei de Direitos Autorais, como anteriormente dito, não tipifica o crime de contrafação, estabelecendo que as penas previstas no Código Penal não impedem a cumulação com as sanções civis previstas nos dispositivos que lhe seguem.

Segundo Ricardo Bandle Filizzola, em artigo constante da obra “Propriedade Imaterial”, de organização de Eliane Y. Abrão:

“(...) a exploração ou utilização de um direito de propriedade intelectual sem o consentimento do titular constitui sempre um ato ilícito, que supera um mero ilícito civil para constituir, de fato, um ilícito penal. A aplicação da sanção unicamente na esfera civil revela-se insuficiente para garantir a integridade dos direitos dos titulares e, ao mesmo tempo, assegurar a realização das funções do Estado no qual se refere à ordem econômica, razão pela qual se justifica a necessidade de proteção penal” (2006, p. 129)

Assim, a legislação entende que o contrafator, ao violar o direito intrínseco do criador, deve responder pelo delito penal e civilmente, se sujeitando, cumulativamente com a condenação penal, a indenizar o prejuízo que causou ao titular do direito.

Para tanto, o legislador, no art. 102, confere ao autor o direito de ação de busca e apreensão do material contrafeito, e, mesmo que não este não seja encontrado, caso fique comprovada sua ocorrência, subsiste o direito de indenização cabível.

Caso haja a apreensão, as mercadorias passam a ser de propriedade do real titular da propriedade, que terá o direito de ser restituído do valor arrecado com a venda dos objetos fraudulentos. No caso não se tenha como mensurar a quantidade de objetos contrafeitos, a transgressor será obrigado a pagar o valor equivalente a três mil exemplares, além dos já apreendidos, conforme determina o art. 103, em seu parágrafo único.

Uma vez detectada a utilização fraudulenta de obra alheia, a autoridade judicial acionada pelo autor deve determinar a imediata suspensão ou interrupção da atividade contrafatora, com a possibilidade de multa diária por descumprimento da decisão, sendo que, se o infrator for reincidente neste tipo de crime, a multa pode ser aumentada em até o dobro. (art. 105)

Para as criações de moda, o artigo com maior relevância para a conservação do valor da peça é o 106, que dispõe que a sentença condenatória poderá determinar a destruição de todos os exemplares ilícitos, bem como a perda de máquinas, equipamentos e insumos destinados a fabricação e comercialização destes.

3.1.2. Da contrafação na Lei 9.279/96

A Lei de Propriedade Industrial, por sua vez, traz em seu Título V, os tipos de crimes contra patentes, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas e de concorrência desleal.

Vamos nos limitar a abordar os crimes contra as patentes e contra o desenho industrial, por acreditar que são os que apresentam maior afinidade com a proteção das criações de moda, que, como já demonstrado, podem ser tuteladas pela propriedade industrial quando classificadas como invenção, modelo de utilidade, e mais comumente como desenho industrial.

O art. 183, da referida lei, trata da violação de privilégio de invenção, que é o delito cometido por quem fabrica produto objeto de patente de invenção ou modelo de utilidade, ou mesmo por quem se utiliza do processo patentado, sem autorização do titular da patente.

No caso, a reprodução do objeto pode ser total ou parcial, sendo que no último caso para ser considerada crime a cópia tem que recair em elementos caracterizadores da patente. Para que seja caracterizada a contrafação da patente, seja de invenção ou de modelo de utilidade, não é necessário que a imitação da peça seja perfeita e totalmente idêntica, bastando que sejam reproduzidos os elementos principais do objeto patentado.

O delito trazido no bojo do art. 184 estende a responsabilidade pelo crime de contrafação não só àquele que fabrica objeto patentado sem permissão, mas também aos indivíduos que mantém tal mercadoria em estoque, exportam, importam, vendem, expõem ou oferecem à venda, ocultam ou recebem, para fins econômicos objetos fabricados sem a autorização do titular da patente.

Esse artigo é de suma importância para o titular da patente, porque na esmagadora maioria das situações é impossível localizar o contrafator primário, sendo muitas vezes a repressão aos revendedores a única maneira de evitar os prejuízos provocados pela falsificação de seus produtos.

No que diz respeito ao crimes contra o desenho industrial, temos o disposto nos artigos 187 e 188, sendo que este é análogo ao artigo 184, acima explanado, na medida em que criminaliza a conduta de quem exporta, importa, vende , expõe ou oferece à venda, tem em estoque, ocultam ou recebe, para fins econômicos objetos que incorpore desenho industrial devidamente registrado que possa induzir o consumidor a erro.

O art 187 tipifica o crime contra o desenho industrial como “fabricar, sem autorização do titular, desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão”.

Este artigo adequa-se perfeitamente aos problemas normalmente enfrentados pelos criador de moda, pois é comum uma grande *Maison* lançar certo tipo de bolsa, ou de modelagem e logo aparecerem diversas peças semelhantes, que são vendidas por um preço bem menor, aproveitando-se da fama de certo estilista para induzir o consumidor à acreditar que, comprando a peça mais barata, estará adquirindo um produto equivalente.

Observa João da Gama Cerqueira que:

“A lei pune não apenas a reprodução integral do desenho ou modelo industrial, isto é, a sua cópia servil, mas ainda, a reprodução parcial, desde que tenha por objeto os seus elementos característicos. A reprodução parcial pode consistir também na imitação do desenho ou modelo industrial” (1982, p.712)

Nesse sentido ressalva José Henrique Pierangeli:

“Temos por válida essa conclusão, mas com uma ressalva, ou seja, que numa ou noutra situação, a imitação seja substancial, seja ele total ou parcial, posto que toda reprodução é um ato de contrafação, independentemente da causação de um prejuízo. (...) Assim, uma contrafação grosseira se afasta do âmbito da proibição pela sua dessemelhança, e não pela confusão que

possa ser criada, porque esta não constitui condição para o reconhecimento do delito.” (2003, p. 210)

Assim, vale reforçar que a contrafação é verificada na comparação das semelhanças entre os objetos e não de suas diferenças. Inclusive, dependendo do nível de imitação, o contrafator pode recair no crime previsto no art. 195, da LPI, de desvio de clientela, inserido dentro do rol de crimes de concorrência desleal, que consiste em aliciar clientela de outrem por meios fraudulentos.

Esses meios fraudulentos podem ser a imitação servil, que é a cópia fiel, não autorizada, das peças de outros estilista, ou o parasitismo, que é “*a imitação dos desenhos, do aproveitamento de pesquisa, estudos e experiências alheias, a adoção da mesma estratégia publicitária, dentro outros, não necessitando ser uma cópia servil*” (Santana, 2007, p 177).

Um bom exemplo de concorrência desleal por parasitismo são as peças colocadas à venda pelas lojas de departamento, chamadas de *fast fashion*.

3.2. Das ações penais e cíveis cabíveis

A ação de contrafação deve ser proposta nos casos acima, tanto na esfera civil quanto na esfera penal, podendo inclusive ser cominada com ação de concorrência desleal.

O legitimado a agir é o titular da patente, devendo ser intentada a partir da data de publicação do pedido de patente. Em uma ação penal o autor deve indicar, além da incidência da contrafação em si, a existência do dolo do infrator. Já na área cível, não é necessário que o ato seja intencional, bastando que se comprove que a autoria é anterior ao resultado contrafeito. Conforme leciona Caldas Barros (2007, p. 294), o direito à ação prescreve em três anos após cometida a contrafação*

Julgada a ação procedente o autor terá, civilmente direito à indenização, cujo valor deve ser determinado em função dos benefícios que o prejudicado auferiria caso não tivesse ocorrido a violação.

Ressalte-se que o juiz pode, atendendo a um pedido liminar, determinar a busca e apreensão dos produtos contrafeitos e ordenar a interrupção do ato lesante, exigindo o pagamento de caução.

No processo penal, os contrafeitores estão sujeitos à pena de três meses a um ano, ou multa. No caso, considera-se agravante da pena, aumentando-a de um terço à metade, se o criminoso tiver sido representante, mandatário, preposto, sócio ou empregado do titular da patente..

A ação penal é privada, ou seja, depende de iniciativa do titular do direito. Ressalta Pierangeli:

“Além dos requisitos fixados pelo Código de Processo Penal, na ação penal privada referente aos crimes contra a propriedade industrial e de concorrência desleal, a queixa deve ser instruída com o auto de busca e apreensão, e/ou vistoria, elaborados coma observância dos arts. 201 a 203 da LPI. Tanto uma quanto outra devem ser promovidas pelo ofendido, ou seja, pelo titular do bem jurídico – na hipótese, o direito de patente - , que está sendo violado”. (2003, p 194)

Nos crime de contrafação de desenhos industrial deve-se atentar para os requisitos material, que resume-se à exploração indevida de obra registrada alheia, e moral, que é o dolo presumido do agente infrator.

Podem entrar coma ação de contrafação de desenhos industriais o autor ou titular do desenho, o licenciado, cessionário, organizações profissionais e, em certos casos, se estiverem envolvidos o interesse público ou direitos difusos, o Ministério Público.

Em geral, a ação penal nesse caso é privada, porém, nos casos em que o Ministério Público for legitimado ativo, trata-se ação penal pública incondicionada.

Procedente a ação, o contrafator será condenado civilmente à reparação de danos, e penalmente, à detenção ou multa.

Quando a tutela jurisdicional recair sobre obra protegida pelo direito autoral, o autor não necessita de registro para provar sua autoria, podendo se lançar de outros meios que comprovem sua titularidade.

Ascensão (1997, p. 321), afirma, a esse respeito que, quem quiser atuar como autor não tem que demonstrar pelo registro essa qualidade. Se quiser pedir uma providência cautelar, pode fazer a prova da sua qualidade de outra maneira, apresentando, por exemplo uma obra donde conste seu nome.

Conforme explanado no item 3.1.1, acima, o autor pode requerer a busca e apreensão dos exemplares contrafeitos, e sua destruição, além de exigir o pagamento do valor dos objetos vendidos e, caso, seja de quantidade não conhecida, do montante equivalente a três mil exemplares, além dos já apreendidos.

Além dessa primeira indenização, é cabível a reparação por danos morais e lucros cessantes, se comprovados pelo ofendido.

Sobre o dano moral, Lycurgo Leite defende:

“O dano moral decorrente do direito de inédito configura-se pela simples comunicação da obra ao público sem que esta tenha sido autorizada pelo autor, ou, se autorizada tiver sido, se feita em dissonância com a método e as condições escolhidas pelo autor para que a divulgação ocorra” (2004, p. 125)

Quem viola os direitos autorais está sujeito, se condenado penalmente, à detenção de três meses a um ano e multa, se tratando de ação penal privada, dependente de iniciativa do ofendido.

Contudo, se o delito recair nos agravantes dos parágrafos 1º e 2º, do art. 184, do Código Penal, além da pena ser aumentada para reclusão de dois a quatro anos de prisão e multa, a ação penal será pública incondicionada.

3.3. Jurisprudência Comentada

Trazemos um caso exemplificativo, que provocou ampla discussão da matéria, de querela judicial envolvendo ação de contrafação cominada com o crime de concorrência desleal, em que uma confecção de biquínis acusa uma grande loja de departamentos de copiar sua estampa característica para fabricar biquínis similares.

A referida decisão é uma das mais completas sobre o assunto, tendo sido já comentada por Santana (2007). Não obstante, nos valeremos do mesmo exemplo, a fim de tecermos as considerações pertinentes ao objeto do presente estudo.

No caso, a Poko Pano, conhecida grife de roupas de banho, que tem por característica as estampas exclusivas, design diferenciado e tiragem limitada de suas peças, alegou que a C&A, após desfile apresentado pela autora no São Paulo Fashion Week, em julho de 2003, começou a vender peças idênticas em suas filiais.

A autora não teve conhecimento de tal ato, sendo comunicada por clientes e revendedores, que, inconformados, reclamaram ter encontrado a peça, que era vendida a um preço aproximado de setenta reais, nas lojas C&A, por um valor muito inferior. Tal

fato levou, inclusive, ao rompimento de contrato por parte de algumas lojas que revendiam o produto.

Diante de tal fato, a Poko Pano entrou com um pedido liminar, requerendo a suspensão da venda das peças contrafeitas, sob de multa diária de dez mil reais. A liminar foi concedida, sendo que, na oportunidade do julgamento de mérito, o pedido autoral foi julgado procedente, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos materiais fixados em três mil vezes o valor do biquíni plagiado vendido na C&A (totalizando um montante de cinquenta e três mil reais, uma vez que a peça é vendida a aproximadamente dezessete reais e noventa centavos), além de danos morais fixados em cinquenta mil.

Durante a instrução processual, a requerida alegou que a estampa considerada contrafeita era, na verdade tendência na época, e como tal, não seria passível de proteção. Alega também que a autora não possuía registro do desenho no INPI.

A magistrada enfrentou as alegações de defesa lecionando que ninguém pode ser dono da idéia, mas pode ser dono da forma. Para ela, a boneca usada pela Poko Pano em suas estampas apresentava forma própria com relação à proporção dos membros e padrão de roupa usada pelo personagem.

Afirma que *“Tendência de moda significa idéia e o conceito de idéia não tem proteção legal. Mas quando a idéia toma forma, o Direito Autoral pode ser invocado pra proteger a invenção”*.

Quanto à ausência do registro no INPI, a juíza ressalta a falta de obrigatoriedade de registro no Direito Autoral, ressaltando, no entanto, que a autora, no momento da contrafação, já havia depositado o pedido de registro de desenho industrial, e que a Lei

9.279/96, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, *“dá ao prejudicado o direito de reaver as perdas e danos de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos na Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios”*.

Por fim, a juíza conclui sua argumentação afirmando que a C&A prejudicou os negócios da Poko Pano. Assim, por consequência, a grife de biquínis teria o direito de ser ressarcida. *“Além de atingido o direito autoral, comprovou a autora o prejuízo à reputação de seus negócios e a confusão entre os produtos, decorrente da reprodução, pela C&A, da estampa desenvolvida anteriormente pela autora. Enfim, o prejuízo moral da empresa autora consubstancia-se em sua imagem denegrida, em razão da conduta da ré”*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando as razões acima, vislumbramos a necessidade de avaliar se a hipótese que moveu este trabalho foi respondida conforme a legislação em vigor.

A busca por respostas veio da inquietação enfrentada por diversas vezes por esta acadêmica, ao analisar, quase como de brincadeira, a beleza e força lúdica da moda na vida das pessoas.

Justo com a percepção de que todos, independente do grau de vaidade, são, mesmo que desapercivelmente, seduzidos pela estética das peças de vestuário, veio a noção de como o estilista, o indivíduo que faz da criação de peças de vestuário sua profissão, sofre com a vulnerabilidade de sua obra.

O estilista, para chegar ao produto final que vemos nas lojas, protagoniza um exaustivo processo criativo e de produção, que demanda investimentos financeiros, pesquisas sociológicas, e busca de novas tecnologias.

O consumidor, no entanto, se contenta, na maioria das vezes, com o objeto que satisfaça o impulso visual, ignorando o esforço do estilista e dando vazão aos contrafeitores, que, criminosamente, se aproveitam de um design conhecido para lucrar com a venda de artigos falsificados, a chamada “pirataria”.

O estudo comprovou a possibilidade de proteção pelo direito do autor e pela propriedade industrial, e tratou do crime de contrafação contra as obras de moda, que encontra suporte, tanto no Direito Penal, quanto nas leis específicas, determinando que o infrator dos direitos do titular deve responder tanto penal quanto civilmente, inovando

ao garantir ao autor o pagamento de indenização por danos materiais, além da incidência do dano moral, no caso da Lei 9.610/98.

Ressalta que, ao contrário do que a maioria das pessoas nos leva a crer, a contrafação, vulgo pirataria, de bolsas, roupas, e outros objetos, não está adstrita ao comércio popular, ficando claro que, todo aquele que se utilizar de obra alheia sem permissão de seu titular, deve responder por seus delitos.

Nas criações de moda o autor não é o único prejudicado, pois o consumidor, ao adquirir um objeto contrafeito, busca, na verdade, se aproximar do objeto original, se expondo, conscientemente ou não, a riscos que vão desde a baixa durabilidade do produto até a exposição à objetos de qualidade duvidosa, que pode vir a causar danos reais ao usuário.

Além disso, o objeto contrafeito pode inclusive induzir o consumidor a erro, como no caso comentado, em que, por causa de uma imitação servil, uma confecção de biquínis perdeu contratos importantes, além de ter seu valor agregado relevantemente diminuído, importando em grave desfalque econômico do criador de boa-fé.

Assim, na linha de chegada desta monografia de conclusão de curso, concluímos que o direito intelectual do criador de moda, deve ser protegido de todas as maneiras possíveis, iniciando-se pela conscientização da importância do registro, mesmo nos casos em que ele não é obrigatório, e introduzindo na sociedade a idéia de que consumir produtos contrafeitos é incentivar o aumento do crime organizado.

O que se pretende não é elitizar a Moda, mas, ao contrário, proporcionar ao pequeno criador a possibilidade de exercitar sua criatividade, sem medo de ter sua obra usurpada, pois, uma vez tendo seu direito garantido o estilista pode criar mais segurança, aumentar

sua produção, diversificar preços e atender a demandas de diferentes poderes aquisitivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABRÃO, Eliane Yachoub (organizadora). Propriedade Imaterial: direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade. 1ª edição. São Paulo: Editora Senac São Paulo. 2006.

ALCANTARA, Direitos de exclusividade sobre a propriedade intelectual: monopólio jurídico vs. monopólio econômico. Disponível em: www.bheringadvogados.com.br. Acesso em: 14 de junho de 2009.

ALGARDI, Zara Olivia. Disegno industriale e arte applicata. Milano: Giuffré. 1977;

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.

BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2003.

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. O atual sistema de registro e exercício de direitos sobre desenhos industriais frente ao disposto no inciso XXIX do art. 5º da Carta Magna de 1998. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n.470, 20 out. 2004. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5824](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5824). Acesso em: 02 dez. 2008.

BARREIROS, Renato. O conteúdo do direito do autor: direitos morais e direitos patrimoniais.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. Manual de direito da propriedade intelectual. 1. ed. Aracaju: Evocati, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.

_____, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BOTELHO, Marcos César. Da propriedade industrial e intelectual. Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3151>. Acesso em: 02 dez. 2008.

CARVALHO, Sérgio Medeiros Paulino. Propriedade do desenho industrial na dinâmica da inovação nas MPMEs brasileiras: situação atual e perspectivas. Disponível em: www.scielo.com.br. Acesso em 20 jan. 2009.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade industrial. 2ª edição. São Paulo: RT, 1982.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 17. ed. rev. e atual. de acordo com a nova Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAY, Corinne. Design Law in Fashion Industry. Disponível em: www.fashionlaw.co.uk. Acesso em 13 fev. 2009.

DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2008.

EBOLI, João Carlos de Camargo. O interesse intelectual coletivo e sua harmonização com a propriedade intelectual. Disponível em: <http://www.socinpro.org.br/art.09.htm>. Acesso em 05 fev. 2009.

FEGHARI, Marta Kasznar. As engrenagens da moda. 1. ed. Rio de Janeiro: SENAC, 2001.

FILHO, Calixto Salomão. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público. Revista C.E.J., 2006, n. 35, p. 12/19.

FILHO, Plínio Martins. Os direitos autorais na internet. Disponível em: www.scielo.com.br. Acesso em: 16 abril 2009.

GARCIA, Balmes Vega. Contrafação de Patentes: violação de direitos de propriedade industrial com ênfase na área químico-farmacêutica. São Paulo: LTr, 2004.

JONES, Sue Jenkyn. Fashion Design. Tradução de Iara Biderman. São Paulo: Csac Naify. 2005.

LEITE, Eduardo Lycurgo. Direito de Autor. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

LIMA, João Ademar de Andrade. Curso de propriedade intelectual para designers. Teresópolis: Editora Novas Idéias, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras. 1989.

_____, Gilles; ROUX, Elyette. O luxo eterno: a idade do sagrado ao tempo das marcas. São Paulo: Companhia das Letras. 2005.

LOSSO, Marlus Eduardo Faria. Noções de direito autoral e sua regulação internacional. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 464, 14 out. 2004. Disponível em: <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5806>. Acesso em: 21 out. 2008.

MARÇURA, João Omar. As violações dos direitos autorais e as formas de proteção. In: Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta. Ano II, n. 32, p.29/40.

MICHEL, Jean. Direito de autor, direito de cópia e direito à informação: o ponto de vista e a ação das associações de profissionais da informação e da documentação. Disponível em: www.scielo.com.br. Acesso em: 16 abril 2009.

MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: Cadernos de Políticas Culturais. 2006, vol. 1, p.237/435.

PIERANGELI, José Henrique. Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PIMENTA, Eduardo. Princípios de Direitos Autorais, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

RECH, Sandra Regina. O gestor de design de moda: agente diferenciador no mercado glabalizado. Disponível em: www.scielo.com.br. Acesso em 20 jan. 2009.

SIDKIN, Stephen. Intellectual Property. Disponível em: www.fashionlaw.co.uk. Acesso em: 13 de fev. 2009.

SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual e as novas leis autorais. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____, Newton. Propriedade Intelectual. 3ª edição revista e ampliada. Barueri, SP: Manole, 2005.

_____, Newton. Direito de autor no desenho industrial. Disponível em www.newmarc.com.br/novo/index.asp?p=artigos.asp&m...pdf. Acesso em 20 de novembro de 2009.

SIMON, Imre & VIEIRA, Miguel Said. A propriedade intelectual diante da emergência da produção social. Disponível em: <http://www.ime.usp.br/~is/papir/pips-19mar07.pdf>. Acesso em: 02 de abril de 2009.

STREHLAU, Suzane. O luxo falsificado e suas formas de consumo. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2004.

TSIDARIDES, Jody. Registered Designs – A Brief Overview. Disponível: www.fashionlaw.co.uk. Acesso em: 13 fev. 2009.

_____, Jody. The Benefits of a Registered Design. Disponível: www.fashionlaw.co.uk. Acesso em: 13 fev. 2009.

VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: Cadernos de Políticas Culturais. 2006, vol. 1, p. 174/236.

*Recebido no dia 19/10/2012
Aprovado no dia 22/10/2012
Publicado no dia 30/10/2012*