



VIVIANE CASTRO YAMAMOTO

**FUNDAMENTOS DO DIREITO AUTORAL:
O DEBATE ACERCA DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE
INTELECTUAL NO ESTUDO DO CASO CONCRETO
INTERNACIONAL
“DAVID SLATER VS PETA”**

**LAVRAS – MG
2019**

VIVIANE CASTRO YAMAMOTO

**FUNDAMENTOS DO DIREITO AUTORAL: O DEBATE ACERCA DA PROTEÇÃO À
PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ESTUDO DO CASO CONCRETO
INTERNACIONAL “DAVID SLATER VS PETA”**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal de Lavras, como parte das
exigências do Curso de Graduação em Direito para
obtenção do Título de Bacharel.

Prof. Ms. Fellipe Guerra David Reis
Orientador

Prof. Dr. Pedro Ivo Ribeiro Diniz
Primeiro Membro

**LAVRAS – MG
2019**

VIVIANE CASTRO YAMAMOTO

**FUNDAMENTOS DO DIREITO AUTORAL: O DEBATE ACERCA DA PROTEÇÃO À
PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ESTUDO DO CASO CONCRETO
INTERNACIONAL “DAVID SLATER VS PETA”**

**FOUNDATIONS OF COPYRIGHT: THE DISCUSSION ABOUT INTELLECTUAL
PROPERTY PROTECTION IN THE INTERNATIONAL CONCRETE CASE STUDY
“DAVID SLATER VS PETA”**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal de Lavras, como parte das
exigências do Curso de Graduação em Direito para
obtenção do Título de Bacharel.

APROVADO em: 05/12/2019

Prof. Ms. Fellipe Guerra David Reis – UFLA

Prof. Dr. Pedro Ivo Ribeiro Diniz – UFLA

Prof. Ms. Fellipe Guerra David Reis
Orientador

Prof. Dr. Pedro Ivo Ribeiro Diniz
Primeiro Membro

**LAVRAS – MG
2019**

AGRADECIMENTOS

Em uma conversa com minha primeira orientadora, no início do Trabalho de Conclusão de Curso I, professora doutoranda Thaís Fernanda Tenório Sêco, debatíamos casos recentes envolvendo publicidade, design, direito do consumidor e direito civil. Todos interessantes. Entretanto o que mais me chamou a atenção foi um caso específico sobre direito autoral. Matéria pouco explorada na graduação, sobre o assunto sabia eu muito pouco ou quase nada. Pesquisei o caso afincado e quanto mais pesquisava, mais me perdia em detalhes... “Por que isso? Por quê aquilo?”

Foi então que admiti a mim mesma que deveria iniciar do início – literalmente - e humildemente me debruçar à história e retornar ao período antes mesmo que o país da Corte que decidiu o caso concreto fosse fundado. Caso esse que teve repercussão mundial e repercussão ainda maior dentro de mim. É interessante como precisamos de desafios para nos lembrarmos do motivo de começarmos e de estarmos onde estamos. Aprendi demais com esse trabalho, e não me restrinjo apenas ao Direito. Sou grata por ter tido a oportunidade de estudá-lo e aprofundá-lo. Agora sei o porquê. Agora entendo.

Aproveito a oportunidade para dar saudações ao David Slater, fotógrafo parte no processo estudado, que contribuiu de forma extremamente solícita para o enriquecimento do material desta monografia – de várias formas, tanto inaugurando um caso tão polêmico e paradigmático, quanto acrescentando à cultura mundial com suas belíssimas fotografias cheias de vida. Parabéns, e obrigada.

Agradeço aos meus orientadores, professor doutorando Fellipe Guerra David Reis e professor doutor Pedro Ivo Ribeiro Diniz por apostarem suas fichas no meu tema, e sobretudo, em mim. Agradeço por serem quem são, eis que são motivo de grande inspiração.

Agradeço aos meus amigos, que, entendendo o período de necessária reclusão devido à complexidade do trabalho, não saíram do meu lado e não deixaram de me apoiar. Pelo contrário, trouxeram luz aos dias escuros e arco-íris aos dias de chuva. São nos momentos de provação que descobrimos quem de fato é para sempre. Fico feliz em saber que acertei desde o começo.

Agradeço aos meus familiares pela presença – ainda que à distância, e por ficarem mais felizes com as minhas conquistas do que eu mesma. Obrigada por serem a minha força quando não tive fé.

E a Deus, agradeço por tudo. Sem Ele eu nada seria.

*Good name in man and woman, dear my lord,
Is the immediate jewel of their souls:
Who steals my purse steals trash; 'tis something, nothing;
'Twas mine, 'tis his, and has been slave to thousands:
But he that filches from me my good name
Robs me of that which not enriches him
And makes me poor indeed.
(William Shakespeare – Othello)*

RESUMO

O Trabalho de Conclusão de Curso, pré-requisito para a obtenção do título de bacharela em Direito deste caso em tela, busca contextualizar e aprofundar o conceito de propriedade intelectual e, sobremaneira, desenvolver a natureza e os fundamentos de uma de suas vertentes, o Direito Autoral. Posteriormente, expor a narrativa de um caso concreto ocorrido em 2011 que fora julgado na Corte da Califórnia, acerca de um fotógrafo processado por uma Organização Não Governamental, que entendeu que a autoria de uma foto pertencia a um macaco que segurou a câmera, e não ao fotógrafo que se deslocou até o local e organizou todo o equipamento. Poderia um animal ser titular de direitos autorais, eis que ele foi quem apertou o botão?

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

ABSTRACT

This Course Conclusion Paper, a prerequisite for obtaining a bachelor's degree in law, seeks to contextualize and deepen the concept of intellectual property and, above all, develop the nature and foundations of one of its aspects, the copyright. Subsequently, a narrative of a concrete case in 2011 that had been tried in California Court about a photographer sued by a Non-Governmental Organization who understood that the authorship of a photo belonged to a monkey who held the camera, not the photographer who came to the scene and organized all the equipment. Could an animal be the copyright holder, once that he was the one who pushed the button?

Keywords: Intellectual property. Copyright. Civil right.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	CONTEXTO HISTÓRICO	9
2.1	Sistema Inglês - <i>Copyright</i>	11
2.2	Sistema Francês – <i>Droit d’auteur</i>	13
2.3	Análise Comparativa entre <i>Copyright</i> e <i>Droit d’auteur</i>	14
3	TRATADOS INTERNACIONAIS.....	16
3.1	Convenção de Paris	17
3.2	Convenção de Berna	17
3.3	Convenção de Roma	19
3.4	Acordo TRIPS	20
4	CONCEITO DE PROPRIEDADE INTELECUAL	24
5	DIREITO AUTORAL	30
5.1	Teoria do Direito Pessoal-Patrimonial.....	31
5.2	Direito Autoral pela Ótica da Lei 9.610/88.....	32
5.3	Direitos Morais.....	33
5.4	Direitos Patrimoniais.....	34
5.5	Prazo	36
5.6	O Autor	37
5.7	A Obra	40
5.8	A Forma	40
5.9	Registro	41
5.10	Violações	42
5.11	Limitações.....	43
5.12	Domínio Público.....	45
6	CASO CONCRETO “DAVID SLATER VS PETA: JUSTIA CASE 16-15469....	47
6.1	Narrativa	47
6.2	Problematização.....	48
6.3	Desfecho e Decisão da Corte	52
6.4	Análise Crítica sob os Fundamentos Autorais	54
7	CONCLUSÃO	60
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O intuito principal deste Trabalho de Conclusão de Curso é discutir um caso concreto interessantíssimo sobre a disputa autoral de uma fotografia, onde, de um lado versa um fotógrafo especializado em vida selvagem, David Slater; de outro, um banco de dados sem fins lucrativo, a *Wikipedia*; e outro, uma Organização Não Governamental em prol dos Animais, a *People for the Ethical Treatment of Animals* (PETA) e entender de forma cristalina a quem a foto verdadeiramente pertence e qual o melhor desfecho ao caso verídico repleto de nuances conflituosas.

David Slater, fotógrafo que se deslocou até uma ilha da Tailândia afim de fotografar os animais locais ameaçados de extinção, ganhou muito prestígio em sua carreira após obter em 2011 uma fotografia que ficou conhecida como a primeira *selfie* não humana, eis que inaugurada por um macaco. O conflito se iniciou quando a *Wikipedia* postou a referida fotografia em seu banco de dados, sem a autorização de David e sem qualquer tipo de retribuição financeira, sob o argumento de que a fotografia não era do fotógrafo e sim do fotografado, e, dada a impossibilidade de animais serem autores, a fotografia era de domínio público. Ignorada a solicitação de retirada, a situação se agravou quando a ONG PETA, representando o animal, entendendo igualmente que a fotografia pertencia ao macaco, mas que ele era e poderia ser o autor da mesma, processou David, em 2015, requerendo os lucros provenientes da fotografia bem como os direitos de *copyright* aos animais responsáveis.

Com seu desfecho em 2018 tão polêmico quanto a própria imagem, o veredicto da Corte do Nono Circuito da Califórnia entendeu devido às diretrizes processuais e não às materiais, de forma diversa da argumentação da *Wikipedia* e da PETA. Pelo contrário, sentenciou que a PETA não tinha legitimidade para representar o animal, e nem o animal tinha legitimidade para processar sob a lei de direitos autorais. Coube a esta pesquisa o esmiuçamento dos fundamentos materiais do direito autoral para melhor compreensão não só do Direito Autoral, como também da autoria e da figura do autor, conforme expostos legais e doutrinários.

Mas tal premissa não é possível sem o devido estudo pormenorizado da propriedade intelectual, que é, em suma, una e extremamente internacionalizada. Sem restringir a análise à legislação pátria de cá ou de lá, é no capítulo dois que será exposto o contexto histórico; no três, a disciplinação dos principais tratados internacionais acerca do tema; no quatro, o conceito de propriedade intelectual; no cinco, os principais aspectos da espécie Autoral; e por fim, no capítulo sexto, a exposição crítica da lide principal, reunindo de forma sucinta todos os capítulos anteriores.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

In fact, and on almost every point of consequence, the traditions of copyright and author's right are far more alike than they are unlike – Paul Goldstein

Toda produção cultural, como as artes, a literatura e as manifestações da cultura como um todo, incluindo a religião e a filosofia, é representativa de certo modo do existir da vida social. Representam, ainda, as diversas manifestações da consciência social do período a que se referem ou em que se encontram inseridas. E, como parte da superestrutura social de uma sociedade considerada em um dado momento histórico, estão as artes e a literatura, assim como toda a produção intelectual. (FRAGOSO, 2012, p. 65).

Para a verdadeira compreensão dos princípios e valores norteadores de uma norma, é mister abordar inicialmente os fundamentos filosóficos e sociológicos da propriedade intelectual. Com efeito, é necessário esmiuçar esforçadamente o contexto histórico formativo que propiciou tanto a gênese do sistema legal do Direito Autoral, como a sua consolidação. Isso porque o Direito Autoral é “um dos ramos da ciência jurídica que, desde seus primórdios, e até na atualidade, sempre foi e é controvertido, pois lida basicamente com a imaterialidade característica da propriedade intelectual”. (GANDELMAN, 2007, P. 24).

Dentro das possibilidades de resgate histórico, a doutrina relembra que, no período arcaico da Grécia, todo esforço artístico era creditado às Musas, entidades mitológicas a quem eram atribuídas as capacidades de criar e inspirar. O paradigma da época, presidido pelo poeta lírico Homero, era de que as realizações humanas não correspondiam ao fruto do talento individual, mas do produto de uma força divina a iluminar o ser sobre um fato predestinado. Aos artistas não era atribuída qualquer importância ou imortalização de seus nomes. Submissos e subordinados, os criadores desapareciam por detrás da própria obra, em detrimento de seus deuses e soberanos. (FRAGOSO, 2012, p. 55).

Mesmo assim, é no pré-clássico da Grécia do século VII a.C. que se tem o registro do primeiro artista a apor sua assinatura nas obras de sua autoria. Aristonotos, ao ilustrar a epopeia mítica em que Ulysses e cinco de seus companheiros cegam o ciclope Polífemos, inaugura um conceito de individualidade até então inexistente. O autor, ao inscrever em seus vasos repletos de desenhos artesanais “Aristonotos *epoiesen*”, ou “feito por Aristonotos”, reivindicou o reconhecimento de sua personalidade e de sua individualidade plasmadas em suas criações. (FRAGOSO, 2012, p. 17-18).

Por sua vez, e em momento posterior, o poeta lírico Teógnis de Megara utilizou da individualidade, mas desta vez nas obras literárias, ao colocar selos identificativos em seus versos para evitar que seus poemas fossem roubados ou deturpados, e a fim de que todos pudessem reconhecer sua autoria. (FRAGOSO, 2012, p. 17-18).

Essas manifestações pujaram o reconhecimento de suas personalidades e a valorização de suas obras ao atribuí-las um sentido pessoal e exclusivo. Enquanto em Aristonotos é possível vislumbrar o nascimento do direito moral de paternidade, em Teógnis é possível verificar o nascimento daquele que seria o direito moral.

Em Roma, a noção de individualidade foi reforçada. Cícero, ao reivindicar seu direito de não ver suas obras serem publicadas sem seu consentimento, inaugura oficialmente a cisão entre o direito moral e o patrimonial, vez que, ainda que a antiguidade greco-romana estivesse inserida no contexto pré-capitalista, a noção de mercadoria já estava despontando. (FRAGOSO, 2012, p. 50-52).

Diz-se que os livros pertencem a Cícero; o livreiro Dórus diz que são dele, e a verdade está em ambos os lados. Um reivindica-os como autor, o outro como adquirente, e por isso com razão se diz que pertencem a um e a outro. Pertencem, de fato, mas não da mesma maneira. (FRAGOSO, 2012, p. 29-30).

Inclusive, a autoria era até tratada como simples mercadoria:

Há registros de um interessante caso em que o poeta Marcial discute com Fidentino, suposto plagiador de sua obra, os meios de aquisição de seus trabalhos. Marcial teria argumentado: “segundo consta, Fidentino, tu lês os meus trabalhos ao povo como se fossem teus. Se queres que os digam meus, mandar-te-ei de graça os meus poemas; se quiseres que os digam teus, compra-os, para que deixem de ser meus”. E teria ainda afirmado que “quem busca a fama por meio de poesias alheias, que lê como suas, deve comprar não o livro, mas o silêncio do autor”. (BRANCO, p. 14 apud ROCHA, 2001, p. 15).

Na Idade Média – não chamada de Idade das Trevas a esmo –, enquanto para a nobreza os artistas deviam uma fidelidade de ordem material em razão das benesses recebidas, à Igreja, sob submissão expressa à Bíblia e abstenção de tudo o que fosse pagão ou fruto da heresia, os autores deviam satisfação não apenas acerca do modo como deveriam produzir, como também sobre o quê poderiam elaborar. (FRAGOSO, 2012, p. 68-73).

Tal cenário se modificou com a Renascença, quando os artistas, escultores e pintores se impuseram e se libertaram das lojas e das guildas das quais faziam parte, emancipando-se das

relações de subordinação e transformando-se, gradualmente, em profissionais autônomos autodeterminados.¹

As pessoas já não se contentavam em fazer o papel de plateia e ficar tranquilamente sentadas enquanto o imperador e o papa lhes diziam o que fazer e o que pensar. Queriam ser atores no palco da vida. Insistiam, portanto, em dar “expressão” às suas ideias individuais, e tal expressão manifestava-se na “poesia, na escultura, na arquitetura, na pintura e nos livros publicados”, como uma “recém descoberta alegria de viver”. (FRAGOSO, 2012, p. 116).

Posteriormente, com o advento dos pensamentos liberais e burgueses, jusnaturalistas e liberais, e da racionalidade (em detrimento da superstição Divina), estabeleceu-se uma nova escala de valores, pautada primordialmente na liberdade, na propriedade privada e, por conseguinte, na reificação da produção artística.

Com a introdução da imprensa de Gutenberg na Europa, e sua respectiva revolução social, os manuscritos puderam ser impressos em larga escala, com maior exatidão e a um custo menor, implicando a transformação da leitura em uma rica fonte de lucro para os envolvidos neste ramo, principalmente e tão somente aos últimos figurantes da escala produtiva.

Os autores, uma vez mais, não estavam munidos, por si próprios, de condições para comercializar diretamente suas composições, permanecendo alheios à própria obra. A exploração ficou por conta da burguesia, que recebeu privilégios para exploração de obras em decorrência de sua aliança com a realeza.

Esses privilégios esboçaram o advento de dois sistemas legais distintos, que se cindiram no hemisfério e tiveram desenvolvimentos completamente diferentes, quais sejam: o sistema comercial anglo-americano de *Copyright* e o sistema individual continental francês *Droit D’Auteur*.

2.1 Sistema inglês – *Copyright*

Nesse sistema, de raízes *common law* anglo-saxã, sob influência de Locke, vigente no Reino Unido, Estados Unidos, Austrália, Canadá, África do Sul, Irlanda, e demais ex-colônias britânicas, a proteção é conferida à obra, mais especificamente, como o próprio nome indica, ao direito de cópia. Aqui, o viés patrimonial predomina sobre o moral.

¹Ao término dos anos de 1780, o “mecenato chega ao fim absoluto” e cresce o número de poetas e homens de letras independentes que vivem de seus escritos, assim como número de pessoas que leem e compram livros e cuja relação com o autor é absolutamente impessoal. (HAUSER, 1995, p. 547).

Até 1709, na Inglaterra, a editora *Stationer's Company* detinha confortavelmente todo o comércio de livros para si, eis que agraciada pelo *Licensing Act* (1662). A companhia, privilegiada, manteve-se dona de um verdadeiro monopólio de publicações em troca da promessa da rigorosa autocensura e da supressão de material tendencioso aos interesses da Corte. Seu perene controle, todavia, entrou em colapso em uma acirrada concorrência com os editores domésticos e os piratas estrangeiros, quando a londrina *Stationer's* percebeu-se com pouco material, devido a exacerbada censura da qual ela mesma era responsável por aplicar.

Para a solução deste inconveniente, os livreiros, debilitados, decidiram mudar de estratégia: começaram a pleitear proteção não mais para si próprios, mas para os autores, de quem desejavam a cessão dos direitos sobre as obras. (BRANCO, p. 16 apud ABRÃO, 2002, p. 29). Logo, na prática, os privilégios aparentavam ter chegado ao fim. Ledo engano.

O Estatuto da Rainha Ana, de 10 de abril de 1710, corrente na doutrina como sendo a primeira lei de proteção aos direitos autorais (ZANINI, 2010), passou a proibir a impressão, reimpressão ou importação de um livro com *copyright* sem a devida permissão². Não obstante, na prática, a reprodução de obras era promovida por editores e por quem mais detivesse a cópia original para a reprodução de livros e outros escritos, sob pena de *forfeit* – a perda dos exemplares. Ou seja, o que poderia significar uma tutela protetiva do direito autoral, na realidade era a manutenção do *status quo*, sob outra roupagem. Sob o viés legislativo, o *Copyright* nasceu como o resultado da hegemonia do interesse não do autor, nem da obra, e sim da burguesia detentora dos meios de produção. Destarte, o Estatuto “objetivava, claramente, a proteção do direito de cópia de livros impressos e não outra coisa.” (FRAGOSO, 2012, p. 151).

Revestido de uma suposta intenção política a fim de “encorajar o aprendizado, e investir os autores dos livros impressos, ou seus compradores, em certos direitos durante certo tempo” (ZANINI, 2015, p. 17), o Estatuto tinha como último fim coibir a reprodução não autorizada de livros. Deveras, o real intento do Estatuto da Rainha Ana era o de proteger o comércio legal e um *lobby* já consolidado. Sem qualquer referência ao direito do autor, exceto o de publicar seus livros, o indigitado Estatuto inaugurou um direito patrimonial de natureza estritamente econômica, eis que “(...) voltado para o comércio do corpo material da obra literária, sem se importar com a natureza de seu conteúdo ou do seu elemento espiritual, a criação propriamente dita; em outras palavras, sem se importar com o autor ou sua personalidade.” (FRAGOSO, 2012, p. 156).

² The Statute of Anne; April 10, 1710. Disponível em:
<https://avalon.law.yale.edu/18th_century/anne_1710.asp>

Em 1909, com o estabelecimento do *Copyright Act*, a legislação passou a impor certas formalidades para proteção do Direito Autoral, especialmente a colocação do símbolo “©” na obra. Em decorrência disso, caso ausente o emprego do símbolo, a obra recai em domínio público.

O Estatuto vigorou até a adesão da França ao Tratado de Berna, tema do próximo capítulo.

2.2 Sistema francês – *Droit d’auteur*

Oriundo do direito francês *civil law* de tradição romano-germânica, consoante a orientação de Kant e adotado pela França, Argentina, Chile, Brasil, América Latina, Ásia e África (GOLDSTEIN, 2001, p. 3) nesse sistema a proteção fundamental recai sobre a figura do autor, e não sobre a obra propriamente dita.

Na França, os monopólios de impressão terminaram com a Revolução Francesa. Em 26 de agosto de 1789, é votada pela Assembleia Nacional e promulgada por Luis XVI a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão³, que colocou a termo o *Ancien Regime* e promoveu a abolição dos privilégios perpétuos feudais, aqueles outorgados aos editores. (FRAGOSO, 2012, p. 164).

Além de assentar um liame intrínseco do autor com as respectivas criações (um direito de cunho moral), a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão reconheceu que a exclusividade não se tratava de privilégio, mas de uma genuína propriedade (direito real):⁴

Aqueles que começaram a usar a palavra ‘propriedade’ relacionada a invenções tiveram um objetivo bem definido em suas mentes: eles queriam substituir uma palavra que tinha um ar desagradável, privilégio, por uma palavra com uma respeitável conotação. (...) Inserir a palavra propriedade não é uma questão pouco importante, pois palavras podem ter grande influência sobre as mentes, (...) a pessoa comum respeitará a invenção de seu vizinho se ela estiver convencida de que a mesma é propriedade, caso a lei a proclame como tal. (MACHLUP; FRITZ; PENROSE, 1950, p. 16-17).

Segundo a tradição francesa, os direitos autorais são direitos personalíssimos consagrados pelos direitos humanos, o que significa dizer que dispensam formalidades de registro, porquanto prontamente reconhecidos. Sob a égide do iluminismo, este sistema resguarda para a obra e o autor uma certa aura de dignidade, não permitindo que os direitos

³ *Declaration de Droits de l’Homme et du Citoyen.*

⁴ ASCENSÃO, 2008, p. 87

morais sejam transacionados como parte do pacote ou uma mercadoria “a mais”. (FRAGOSO, 2012, p. 247).

O *Le Chapelier*, constante da Assembleia Legislativa na França (1791), ressalta o vínculo praticamente sacro que o olhar francês lançava sobre o autor e sua obra:

A mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável, e, se eu ainda mais puder dizer, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra fruto do pensamento de um escritor: uma propriedade de gênero totalmente diferente das demais propriedades. (FRANÇA, 1791).

Até a aprovação da Lei de Direitos Autorais de 1957, poucas alterações foram feitas nas leis francesas e, por mais de um século e meio, a acomodação da lei francesa de direitos autorais a novas tecnologias de reprodução e desempenho foi deixada quase que exclusivamente aos tribunais. (GOLDSTEIN, 2001, p. 8-9).

2.3 Análise Comparativa entre *Copyright* e *Droit d’auteur*

Conforme visto anteriormente, o *Copyright*, de tendência utilitária, repousa na proteção e exploração econômica da obra. O objetivo primordial da política protetiva em tela é o de garantir que o autor obtenha a devida compensação pelo uso comercial de sua obra. Desse modo, o autor é estimulado a divulgar a produção e a continuar nessa cadeia produtora.

Por sua vez, o *Droit d’Auteur*, enraizado na filosofia dos direitos naturais, tem cerne no autor e seus direitos morais. O fim precípua é de que o autor consiga controle sobre a obra e possa autonomamente decidir sobre os caminhos de sua utilização.

Não obstante às peculiaridades de cada sistema jurídico protetivo do Direito Autoral, “(...) é possível dizer que os direitos autorais criados pela revolução francesa pouco se distinguem das leis inglesas ou americanas”⁵. Com efeito, no tocante aos direitos patrimoniais, ambos os sistemas preconizam a exploração econômica da obra e submetem-se às mesmas exigências do sistema capitalista:

(...) Seja em um sistema ou outro, não há limitações para a exploração patrimonial das obras, uma vez autorizada por seus autores; logo, também não haveria limitações para todas as imposições do capital sobre o trabalho, não sendo este ou aquele sistema jurídico-autoral que faz a diferença. Ao não aceitar as condições para contratação de quem detém o capital, também o autor está livre para nada auferir por seu trabalho. Ou, na melhor das hipóteses, suportar o risco da empreitada, nem sempre com resultados satisfatórios, apesar da satisfação que isso possa trazer para alguns em nome de sua

⁵ Tradução livre: C'est dire que le Droit d'Auteur dessiné par la révolution française ne se distingue guère du Droit d'Auteur anglais ou américain. – La Nature du Droit d’Auteur – Doirt de Propriété ou Monopole? (BITTAR, 2005).

liberdade individual como criador. Em defesa de seu sistema, o *Droit d'Auteur* socorre-se de certa aura a cercar os artistas e os escritores, como seres especiais, possuidores de alguns atributos estranhos à maioria dos comuns mortais. Alguns veem nisso um obstáculo à livre circulação das obras e das ideias; outros, como uma garantia de algo espiritualmente superior. (FRAGOSO, 2012, p. 191).

Em lentes críticas, há autores que entendem que o *Copyright* privilegia os interesses da sociedade, ainda que sob a égide da lógica de mercado (“*logique de marché*”). De outro lado, há quem sustente que, na verdade, o *Copyright* envolve interesses privados e não tem por objetivo a democratização das ideias, nem a livre difusão ou o livre acesso ao conteúdo (FRAGOSO, 2012, p. 200). “O *copyright* é, portanto, apenas um pretexto para a ganância corporativa”.⁶ (GINSBURG, 2003, p. 1.065).

No mesmo diapasão, o sistema *Droit* também não é ileso a críticas, porquanto

(...) Aparece cada vez mais como um meio de fazer dinheiro, e não como um instituto de defesa da personalidade. Passou a ser possível lucrar, cumulativamente, pelo direito patrimonial e pelo direito “moral” do autor. (ASCENSÃO, 2002, p. 91)

(...) Serve bem para discursos, mas as iniciativas comunitárias no setor são escassas e desintegradas.” (ASCENSÃO, 2002, p. 27).

De qualquer forma, assim como a filosofia dos direitos naturais infiltrou as leis de direitos autorais da tradição do direito consuetudinário, o utilitarismo se enraizou nas leis de direito do autor das tradições do direito civil. Noutras palavras:

A tensão entre os dois sistemas, do *Copyright* e do *Droit D'Auteur* não pode ser vista como uma luta entre o bem e o mal; também não é uma luta entre inimigos. Ambos os sistemas têm matizes próprios a merecer respeito, é bem verdade, embora no interior de cada um deles também os conflitos se manifestem. São vários e diversos os pontos de atrito e convergência entre ambos os sistemas, mas é inegável a realidade e a importância de cada um deles perante o mundo atual. (FRAGOSO, 2012, p. 248).

Rumo ao prestígio dos criadores intelectuais e dos agentes econômicos envolvidos, assim como do real progresso das ciências e das artes, coube ao Direito Internacional o compromisso de encontrar uma harmonia entre os dois sistemas, apta a superar as contradições entre eles e promover a integração eficaz entre ambos.

⁶ “Copyright thus is merely a pretext for corporate greed”

3 TRATADOS INTERNACIONAIS

“A matéria da Propriedade Intelectual é mesmo internacionalizada, e nada mais enganoso do que se ater exclusivamente à literatura jurídica pátria”. (Denis Borges Barbosa).

A propriedade intelectual, marcada pela desmaterialização estratégica de bens cada vez mais abstratos, intangíveis e de difícil localização no universo, representa atualmente uma fatia volumosa do Produto Interno Bruto (PIB) dos países industrializados. Em contrapartida, o fluxo desses mesmos bens em países em desenvolvimento sempre ocorreu de forma lenta e inflexível (ASCENSÃO, 2002, p. 94).

Até meados do século XIX a proteção à propriedade intelectual se dava majoritariamente por meio das legislações nacionais. Países que mantinham relações comerciais mais estreitas haviam fechado acordos de reconhecimento e proteção mútuos da produção intelectual de seus nacionais, mas não havia acordos multilaterais envolvendo um número expressivo de nações. (LEMOS, 2011, p. 08).

No século XIX, as supremacias nacionais criaram regras internacionais comuns acerca da proteção à propriedade intelectual, a fim de interseccionar os sistemas *Copyright* e *Droit D’Auteur*. Essas normas consistiram num meio-termo entre os institutos, de forma a preservar as peculiaridades de cada um, mas conservar um núcleo obrigatório, tendo em vista a previsão da possibilidade de as diferenças tornarem-se um empecilho ao comércio internacionais.

Isso se deu porque os tratados bilaterais já não eram mais suficientes. Além de custosos e morosos, eles não contavam com aplicação afora dos limites nacionais e o pedido de apreensão dos exemplares produzidos sem autorização também não era interessante ao autor, passando este a pretender, doravante, o reconhecimento de um direito no ordenamento jurídico estrangeiro. (ZANINI, 2015, p. 61-62). A propriedade intelectual tem, portanto, vocação cosmopolita e necessidade de governança, desde seu berço:

No âmbito global, entretanto, não existe poder centralizado que possa exercer a função de governo. O que existe é, por um lado, uma paulatina harmonização de vontades estatais soberanas, e, por outro, uma crescente participação de atores não-estatais, processo acelerado vertiginosamente com a mais recente onda de globalização. Tais atores influenciam as decisões tomadas no âmbito global, sejam elas formais, como a celebração de Tratados, ou informais, como a adoção de recomendações e boas práticas. Em vez de um governo centralizado, instaura-se no plano global uma articulação de governança, em que governos e atores não estatais (em maior ou menor grau de equilíbrio, a depender do regime internacional sob exame) contribuem para a formulação dos princípios, normas, regras e padrões decisórios. James Rosenau chama a atenção para a importante diferenciação entre governo e governança: “governo sugere atividades sustentadas por uma autoridade formal, pelo poder

de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instituídas, enquanto governança refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistências. Em outras palavras, governança é um fenômeno mais amplo do que governo”. (LEMOS, 2011 p. 9-10).

Pode-se dizer que as articulações das Organizações Não Governamentais (ONGs) de interesse privado, relacionadas a patentes e autoralidade (LEMOS, 2011, p. 09), influenciaram a agenda pública do presente assunto. Nesse contexto, o “objetivo era angariar aquiescência suficiente para que a proteção da propriedade intelectual, mediante a concessão de monopólios de exploração, fosse reforçada e estendida para outros países.” (LEMOS, 2011, p. 9).

3.1 Convenção De Paris

Firmada em 1883, em razão da extrema relevância da ampliação do comércio internacional de produtos industrializados, a Convenção de Paris (1883) estreou a onda de Convenções sobre a Propriedade Intelectual e se destinou exclusivamente à tutela da propriedade intelectual industrial.

A teor dos artigos 1º e 3º da Convenção, a norma compreende ampliativamente como propriedade industrial não só a indústria e o comércio propriamente ditos, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos fabricados ou naturais, por exemplo: vinhos, grãos, tabaco em folha, frutos, animais, minérios, águas minerais, cervejas, flores, farinhas.

De forma sucinta, segundo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), a Convenção foi vista como uma solução, não para bloquear o acesso de outros países à invenção, mas, pelo contrário, “(...) para introduzir o uso de novas tecnologias nos países”, “harmonizar a legislação da propriedade industrial e tornar o processo de requisição de instrumentos de proteção (...) mais ágil e simplificado” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2004).

3.2 Convenção De Berna

Em 1886 e firmado na cidade suíça de Berna, o Tratado foi inicialmente assinado por dez países – todos europeus em alto grau de desenvolvimento, o que se explica pelo grande número de obras intelectuais exportadas por eles e o interesse em tutelá-las. Com o tempo, o

acordo teve seu caráter predominantemente europeu minimizado em razão do ingresso de inúmeros países, hoje contabilizados em cento e setenta e cinco aderentes. (CONVENÇÃO DE BERNA, 1886).

Na Convenção de Berna são elencadas normas convencionais (cuja função é resolver conflitos decorrentes da exploração internacional das obras, logo, aplicáveis a todos os países membros), normas de conflito (que não fornecem soluções diretas, mas remetem os conflitos para a legislação do país onde a proteção é reclamada), e disposições administrativas (de regulação interna).

A Lei em comento definiu genericamente o objeto de proteção a “toda produção no domínio literário, científico ou artístico que possa ser publicada por qualquer modo de impressão ou reprodução” (art. 2.1.). Para subsunção à hipótese normativa, é preciso que as ideias estejam revestidas de palavras, notas musicais, ou desenhos. E são essas palavras, notas e desenhos que constituem o objeto do Direito, não as ideias nelas expressas. (BARBOSA, 2010, p. 172).

Berna deixou como legado três princípios fundamentais: (I) Princípio do Tratamento Nacional, que garante ao autor a proteção das regras do país de sua nacionalidade, e ordena que os Estados participantes da Convenção dispensem aos autores dos demais países idêntica proteção àquela dispensada aos seus nacionais, vedado estabelecimento de medidas discriminatórias aos estrangeiros (artigo 5.3); (II) Princípio da Proteção Automática, em que a tutela do direito à propriedade intelectual dispensa qualquer exigência para ser aplicada, de modo com que é desnecessária qualquer espécie de registro, depósito e fiscalização (artigo 5.2); e (III) Princípio da Independência da Proteção, segundo o qual a proteção aos direitos de propriedade intelectual persiste independentemente da existência de proteção no país de origem da criação (artigo 5.2).

Esses princípios foram de suma importância para resolver a problemática da territorialidade frente às lides envolvendo jurisdição no âmbito do Direito Internacional Privado:

O *copyright* é territorial: um *copyright* francês ou japonês não existe fora da França ou do Japão”. Já sob a Convenção de Berna, dotada de nuances do *Droit D’Auteur* e seu princípio do tratamento nacional, exige-se que os países membros dêem às obras originárias de outros países membros um tratamento não menos favorável do que às obras de seus próprios nacionais; desta forma, uma obra japonesa passa a receber na França a mesma proteção que uma obra de um cidadão francês receberia na França. Por sua vez, a regra geral de escolha da lei para determinar se um direito autoral foi violado é aplicar a lei do país em que o uso não autorizado ocorreu. Assim, se um processo for instaurado nos Estados Unidos por uso não autorizado na França de uma obra

originária do Japão, o tribunal dos Estados Unidos aplicará a lei francesa para determinar se o uso foi realmente ilegal (GOLDSTEIN, 2001, p. 61).

Berna também abordou os direitos morais, bem como seus reflexos, tais como o direito de divulgação, de paternidade, de integridade e de retirada da obra, entre outros, tudo isso sem prejuízo dos direitos patrimoniais. Mas comparando os direitos morais previstos na Convenção de Berna com aqueles garantidos nos países que adotam o *Droit D'auteur*, é possível denotar que a proteção de Berna é bem mais tímida que a tutela francesa, em razão da resistência dos países *team copyright* em aceitar a consideração do caráter moral.

Nessas circunstâncias, os Estados Unidos da América se mostraram relutantes à adesão, tanto que não nacionalizaram nenhuma regra sequer acerca dos direitos morais, sob o argumento de que proteção parecida era dada por regras de difamação ou concorrência desleal. (FRAGOSO, 2012, p. 199).

Em 1893, as duas Convenções anteriores (Paris e Berna) agruparam-se, dando origem a uma Secretaria para a administração dos direitos imateriais em comento, através do Escritório Internacional Reunido para Proteção da Propriedade Intelectual (*International Bureaux for the Protection of Intellectual Property*), (BIRPI, na sigla em francês). (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, 1919).

3.3 Convenção De Roma

O surgimento de revolucionárias técnicas de fonografia e cinematografia possibilitou uma plêiade de formas inéditas de criação, reprodução e execução. A partir de então, diversas pessoas passaram a poder exercer um trabalho conjunto de grande importância para a obra final. De fato, “não são os autores os únicos fatores da criação intelectual. Algumas obras não chegam ao público, senão por intermediários, que as tornam perceptíveis pelo público.” (EBOLI apud CHAVES, 2003, p. 02).

Assim, a Convenção de Roma foi produto da demanda de três categorias de titulares: o artista, sobre sua interpretação ou execução; o produtor de fonogramas, sobre sua produção sonora; e o organismo de radiodifusão, sobre seu programa. Essas três categorias, porém, embora não sejam autoras *stricto sensu*, participam do processo criativo de diferentes maneiras, pelo que fazem jus aos direitos conexos ou direitos vizinhos. (BRASIL, 1998).

Assinada em 1961, após uma longa conferência diplomática com o patrocínio e assessoramento da OMPI, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Convenção de Roma

(1991) passou a contemplar novos direitos que não se confundem com o do autor da obra originária. É o que a própria Convenção trouxe em seu texto normativo, ao positivar que: “Art 1º: A proteção prevista pela presente Convenção deixa intacta e não afeta, de qualquer modo, a proteção ao direito do autor sobre as obras literárias e artísticas”.

3.4 Acordo TRIPS

No contexto do entrave causado pelo caos pós-segunda guerra e o fenômeno da globalização, um ator de grande importância surgiu para o comércio mundial: a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Em 1974, A OMPI⁷ celebrou acordo com a ONU, tornando-se uma de suas agências especializadas, e incumbiu-se da elaboração do Acordo TRIPs (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) ou ADPIC em português: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.

Assinado em 1994 e advindo de uma série de resoluções na Rodada do Uruguai, o Acordo TRIPS-OMPI, em um de seus acordos principais, criou a Organização Mundial do Comércio (OMC), ente responsável pela proteção do comércio legítimo e pela fiscalização da proteção à propriedade intelectual (1994), que até então vigorava em esparsas leis domésticas.

Atualmente, o Acordo TRIPS-OMPI é o mais importante instrumento multilateral para a globalização das leis de propriedade intelectual nas sete espécies deste gênero: (1) direitos do autor e direitos conexos; (2) marcas; (3) indicações geográficas; (4) desenhos industriais; (5) patentes; (6) topografias de circuitos integrados e (7) proteção de informação confidencial. Desde seu advento, o Acordo TRIPS-OMPI tem função de harmonizar legislações no âmbito internacional, incluindo expressamente a Convenção de Paris, Berna e Roma.

O Tratado que cria a OMC foi praticamente um guarda-chuva coercitivo para uma série de acordos substantivos dado o princípio do *single undertaking*, que estabelece que todos os acordos devem ser incorporados pelo país que queira se tornar membro da organização. Noutras palavras, se o país desejar participar do comércio mundial, ele é obrigado a assinar o Acordo (LEMOS, 2011, p. 18), e, ao aderi-lo, submete-se “em tese” aos princípios regulares das convenções supracitadas. Isto posto, o TRIPS viabilizou o consenso entre os Estados, mas não alterou, contudo, a enorme discrepância entre as legislações domésticas (DINIZ, 2010, p. 62)

Quer dizer, os princípios fundamentais das convenções sobre Propriedade Intelectual, que tão lenta e penosamente eram assegurados pelas convenções

⁷ Hoje com 192 Estados-membros.

multilaterais existentes, são de uma penada impostos, adiram ou não os Estados àquelas convenções. (ASCENSÃO, 2002, p. 11).

Entretanto, aqui cabem ressalvas. O Acordo TRIPS-OMPI, fruto da pressão de países insatisfeitos e inadimplentes da essência moralista de Berna, afastou expressamente a relevância dos direitos morais previstos nas Convenções anteriores, centrando suas diretrizes tão somente na racionalidade econômica de exploração. Desta forma, o direito moral não é considerado pela OMC, nem o que não traduz ou não implica impacto econômico. Para a OMC, apenas a questão econômica tem valor – literalmente. Neste sentido, o principal acordo que regulamenta a questão no âmbito internacional foi negociado e conceitualizado como um tratado de comércio (DINIZ, 2010, p. 72).

De qualquer modo, o Acordo TRIPS-OMPI não foi o último e nem o único acordo responsável pela análise do assunto, muito menos implementou um “direito global”. Conforme os padrões de proteção se tornaram mais complexos, diversas convenções internacionais debateram e interligaram matérias sobre marcas⁸, desenhos e modelos⁹, patentes¹⁰, biodiversidade¹¹, denominações de origens¹² e direitos conexos.¹³

⁸ Protocolo de Nice (*Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques*) (1957): Classificação internacional de produtos e serviços; Protocolo de Madri (*Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques*) (1891): Sistema para registro de marcas; Acordo de Viena (*Arrangement de Vienne instituant une classification internationale des éléments figuratifs des marques*) (1973): Classificação de elementos figurativos; Tratado de Nairóbi (*Tratado de Nairobi sobre la protección del símbolo olímpico*) (1981): Proteção ao símbolo olímpico; Tratado sobre o Direito de Marcas (*Trademark Law Treaty*) (TLT) (1994);

⁹ Acordo de Haia (*L'Arrangement de La Haye régit l'enregistrement international des dessins et modèles industriels*) (1925): Registro de desenhos e modelos industriais; Acordo de Locarno (*The Locarno Agreement establishes a classification for industrial designs*) (1968): Registro de designs industriais;

¹⁰ Tratado de Cooperação em Matéria de Patente (*Patent Cooperation Treaty*) (PCT) (1970): Depósito de patentes; Convenção de Munique sobre a Patente Européia (*Convention sur la délivrance de brevets européen*) (1973): Patentes comunitárias europeias; Tratado de Washington – *Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits* (1989): Proteção a circuitos integrados; Convenção Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais (*Convention Internationale pour la protection des obtention végétales*) (1961): Patente de cultivares; Tratado de Budapeste (*The Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure*) (1977): Depósito internacional de microorganismos;

¹¹ Convenção sobre a Diversidade Biológica (*Convention on Biological Diversity*) (1992): Recursos genéticos; Protocolo de Cartagena (*Cartagena Protocol n Biosafety*) (2000): Trânsito interfronteiras de organismos vivos modificados;

¹² Acordo de Lisboa (*Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international*) (1958): Proteção das denominações de origem e seu registro;

¹³ Convenção de Roma (*Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations*) (1961): Direitos dos intérpretes ou executantes; Convenção dos Fonogramas (*The Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of Their Phonograms*) (1971): Proteção contra a cópia não-autorizada; Convenção sobre sinais distribuídos por satélites (*Convention concernant la distribution de signaux porteurs de*

Embora não autoaplicáveis¹⁴, os Estados devem refletir os princípios das Convenções em suas leis internas, e este é exatamente o poder de vinculação dos Tratados. Em suma, as Convenções apenas estabelecem *standards*, leia-se parâmetros mínimos, e ao aderir, o país signatário compromete-se perante seus pares a editar suas leis conforme o texto legal acordado e acatar os regramentos internacionais formais ratificados (GOLDSTEIN, 2001, p. 15-16). Isto de certa maneira pode ser um problema na medida em que, como as normas contemporâneas de direitos intelectuais não são universais, alguns países acabam cumprindo todos os padrões, enquanto outros apenas os mais baixos. (GOLDSTEIN, 2001, p. 13).

Em verdade, é possível concluir que é importante que existam regramentos tanto internacionais envolvendo tratados, acordos e convênios, quanto nacionais implicando leis, decretos e demais regulações, afinal, os bens imateriais inevitavelmente – e felizmente – possuem intensa circulação entre os territórios e o intuito do desenvolvimento é facilitar cada vez mais esta situação.

Não obstante, a criação sucessiva de órgãos para imprimir a todo custo a vontade unilateral de um país sobre outros todas as vezes que um tratado, do qual uma boa parcela dos países do globo concorda, contraria a vontade de uma minoria (ainda que muito influente no globo), soa mais como um problema do que uma manobra esperta revestida de solução. Vide a criação da TRIPS, que mais parece ter sido criada para satisfação norte-americana do que para a tutela jurídica dos direitos de propriedade intelectual em si.

Perscruta-se: se a problemática da qualificação e proteção adequadas aos direitos autorais é travada em terrenos muito mais econômicos do que filosóficos, “sob o enfoque da sociologia jurídica, até que ponto a criação da OMC trouxe e ainda traz benefícios para a sedimentação do direito da propriedade intelectual e quais as mudanças sociais decorrentes desse direito”? (BARROS, 2007, p. 82). As regras propostas por esta instituição são realmente harmonizadoras e propícias àquele que cria?

Há quem entenda que o Acordo TRIPS obriga os países-membros da OMC a adotar padrões mais rigorosos de proteção patentária, o que, conseqüentemente, encarece o acesso às inovações tecnológicas (IPEA, 2011, p. 6). Há também quem sustente que existe apenas uma

programmes transmis par satellite) (1974): Controle de programações transmitidas por radiodifusão; Tratado sobre Interpretação, Execução e Fonogramas (*WIPO Performances and Phonograms Treaty*) (WPPT) (1996): Reprodução, distribuição, locação e disponibilização de obras; Tratado de Marraqueche (Marrakesh Treaty) (2013): Versões acessíveis para pessoas com dificuldades visuais

¹⁴ Art. 36 de Berna: “Todo país parte na presente Convenção se compromete a adotar, de conformidade com sua Constituição, as medidas necessárias para assegurar a aplicação da presente Convenção.”

imposição de interesses por parte dos grupos que exercem o poder, como uma forma de dominação social (SABADELL, 2000 apud BARROS, 2007, p. 83). De outro lado, que a ideia de um sistema global unificado para a proteção à propriedade intelectual é plausível, e ainda que não alcançado imediatamente, é uma conquista importante, vez que representa um grande avanço para os direitos intelectuais (DINIZ, 2010, p. 71)

Contudo, levando a tino que mesmo os países que não conseguem sequer satisfazer as necessidades primárias de suas populações, devem conceder um alto nível de proteção a bens intelectuais que não estão em condições de produzir (ASCENSÃO, 2002, p. 95; LEMOS, 2011, p. 11), tais alegações têm fundamento e implicam revisão do ordenamento:

Se as leis de direitos autorais não derivam sua autoridade da criatividade humana, mas buscam apenas compensar o investimento, o escopo da proteção deve ser repensado e talvez reduzido. (GINSBURG, 2003, p. 1.064).

Ora, “se foram necessários mais de dois milênios para os autores se libertarem do Estado e dos mecenas como garantidores de sua subsistência, encontram-se agora atados às chamadas forças de mercado” (FRAGOSO, 2012, p. 188). Entretanto, a abolição da regulação não salta aos olhos como um suposto desenlace adequado, bem como “os direitos autorais não podem ser entendidos apenas como uma estação tolerante de má vontade no caminho para o domínio público” (GINSBURG, 2003, p. 1.068), ainda que o domínio público objetive paradigmas de altíssima relevância:

O trabalho criativo deve ser incentivado e recompensado, mas a motivação privada deve, em última análise, servir à causa da promoção da ampla disponibilidade pública de literatura, música e outras artes. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1984).

A atribuição continua sendo um poderoso incentivo à produção criativa. Além disso, as normas de crédito, incluindo as que produziram todas as notas de rodapé desta peça, são extremamente valiosas para profissões específicas e indivíduos que trabalham nessas profissões. Às vezes, no entanto, a lei e a moral devem divergir, quando as ferramentas da lei são muito grosseiras para fazer as distinções finas que prevalecem na ética. (TUSHNET, 2007, p. 36).

Nem só o autor, ou editor, nem só o comércio ou o interesse público. Em um cenário onde o autor se vê ofuscado pelo impressor, e o distribuidor confrontado com os usuários, como preservar certos princípios sem abrir mão da elasticidade?

4 CONCEITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

“O essencial é invisível aos olhos”. (Antoine de Saint Exupéry).

É um tanto curioso que os conceitos de propriedade sejam atribuídos mais facilmente a coisas tangíveis que as coisas intangíveis. Se uma pessoa furta minha caneta ou minha bicicleta, surge uma sensação geral de violação em quase todas as culturas. Se uma pessoa rouba meu projeto para uma caneta ou uma bicicleta, o instinto de condenação já não é tão forte. No entanto, a utilidade comercial do intangível pode ser muito grande. A caneta é uma quantidade fixa de um; o projeto da caneta, embora um só, paira como uma possibilidade impalpável de fabricação de muitas canetas. O estudo da economia na última década vem esclarecendo o valor bastante considerável do conhecimento como tal, distinguindo-o dos bens que resultam deste conhecimento. (SHERWOOD, 1992, p. 23).

De fato, o que vale mais: uma simples caneta, ou o projeto que dá origem a ela e a tantas outras?

O essencial, nesse caso, é o projeto, sem o qual não existiria o livro. Não podemos tocar nas ideias, ver sua cor, sentir seu cheiro, mas sabemos que essa entidade incorpórea é responsável pelos grandes progressos da humanidade. Tudo começa com uma simples ideia, que se torna um projeto, que se exterioriza em algo contemplativo, como uma obra de arte, ou útil, como o avião tão sonhado por Santos Dumont. (SANTOS, 2009, p. 07).

Em termos muito genéricos, “a propriedade, no seu sentido lato, é o poder irrestrito de uma pessoa sobre um bem.” (DI BLASI, 1997, p. 15) Um bem ordinário pode ser adquirido por qualquer meio lícito, seja por meio da aquisição, posse, sucessão, produção própria ou serviço terceirizado. Com a propriedade intelectual é diferente. De forma peculiar, a propriedade intelectual advirá sempre de dentro do homem: o ato da criação de seu gênio. (NETTO, 2019, p. 48).

A raiz histórica e os fundamentos constitucionais da propriedade intelectual são muito menos naturais do que da propriedade romanística; a propriedade intelectual é muito mais complexa, ainda mais funcional, ainda mais condicionada, ainda mais socialmente responsável, e seguramente muito menos plena do que qualquer outra forma de propriedade. (BARBOSA, 2005, p. 23).

A escultura especificada no mármore, assim, distingue-se da matéria física; ela não é tangível. Na metáfora da estátua em que a obra surge *naquilo que o artista retirou da pedra*, a criação é avassaladoramente imaterial. A Arte está naquilo que era tangível, e foi retirado – seus dedos sentem a superfície polida do que ficou, mas só a imaginação e a intuição discernem o que foi retirado.

É nesse espaço de contemplação, (...) “o espaço do sonho flutuante”, que circulam os bens da propriedade intelectual. (BARBOSA, 2005, p. 31)

Diferentes de todos os outros bens juridicamente conceituados, os bens imateriais são únicos, tanto entre si, quanto em relação aos demais bens juridicamente conhecidos. Segundo Blackstone, bens corpóreos são aqueles que “*as affects the senses, such as can be seen and handed by the body*”, enquanto os incorpóreos são “*creatures of the mind and exist only in contemplation*” (BIRKENHEAD apud BORGES, 2005, p. 44). Uma obra de arte consiste na coexistência de bem corpóreo e incorpóreo num só. É a ideia que toma forma no mundo exterior.

Mas ser único não significa ser escasso. “Tal como as praças públicas ou o ar atmosférico, que são bens *extra commercium* porque não são escassos, também o espírito, a cultura, e a inventividade humana são juridicamente *res communes omnium*” (BORGES, 2005, p. 24). Adepto a essa acepção, Thomas Jefferson, em 1826, discursou no sentido dessa condição ser algo positivo:

Se a natureza produziu uma coisa menos suscetível de propriedade exclusiva que todas as outras, essa coisa é ação do poder de pensar que chamamos de ideia, que um indivíduo pode possuir com exclusividade apenas se mantém para si mesmo. Mas, no momento em que divulga, ela é forçosamente possuída por todo mundo e aquele que a recebe não consegue se desembaraçar dela. Seu caráter peculiar também é que ninguém a possui de menos, porque todos os outros a possuem integralmente. Aquele que recebe uma idéia de mim, recebe instrução para si sem que haja diminuição da minha, da mesma forma que quem acende um lampião no meu, recebe luz sem que a minha seja apagada." ¹⁵

Não tanto por ser equivocado o exemplo, ainda que nobre, mas sim por sua inviabilidade prática, o discurso de Thomas Jefferson falha na medida em que desconsidera a Teoria do *Market Faillure* e o incentivo financeiro que move o autor. Não que todos obrem por dinheiro, mas num mundo capitalista, onde tudo tem um preço, as pessoas precisam de recursos financeiros para sobrevivência.

Em um cenário idealizado, o mercado sozinho conseguiria equilibrar o uso com a justa retribuição dos esforços despendidos. Entretanto, segundo a teoria da falha do mercado, com a propriedade intelectual, este cenário não passa de uma quimera:

(...) num regime econômico ideal, as forças de mercado atuariam livremente e, pela eterna e onipotente mão do mercado, haveria a distribuição natural dos recursos e proveitos. No entanto, existe um problema: a natureza dos bens imateriais, que fazem com que, em grande parte das hipóteses, um bem imaterial, uma vez colocado no mercado, seja suscetível de imediata dispersão. Colocar o conhecimento em si numa revista científica, se não houver nenhuma restrição de ordem jurídica, transforma-se em domínio

¹⁵ JEFFERSON, Thomas. *The Writings of Thomas Jefferson*. Disponível em: <http://www.constitution.org/tj/jeff13.txt>.

comum, ou seja, ele se torna absorvível, assimilável e utilizável por qualquer um. Na proporção em que esse conhecimento tenha uma projeção econômica, ele serve apenas de nivelamento da competição. Ou, se não houver nivelamento, favorecerá aqueles titulares de empresas que mais estiverem aptos na competição a aproveitar dessa margem acumulativa de conhecimento. Mas a desvantagem dessa dispersão do conhecimento é que não há retorno na atividade econômica da pesquisa. Consequentemente, é preciso resolver o que os economistas chamam de falha de mercado, que é a tendência à dispersão dos bens imateriais, principalmente aqueles que pressupõem conhecimento, através de um mecanismo jurídico que crie uma segunda falha de mercado, que vem a ser a restrição de direitos. O direito torna-se indisponível, reservado, fechado o que naturalmente tenderia à dispersão. (BARBOSA, 2005, p. 64).

Eis um exemplo empírico:

Quando, no mundo físico, A é proprietário de um carro, isso impede que B o seja, simultaneamente com A, exceto numa situação de condomínio. Mas, ainda assim, se A estiver usando o carro de que é proprietário, isso impede B de o usar autonomamente, ao mesmo tempo. Isso significa que, no mundo físico, palpável, existe uma escassez de bens, o que equivale a dizer que a utilização de um bem por alguém normalmente impede a utilização simultânea desse mesmo bem por outrem. Dessa forma, se C furta o carro de A, A descobre o furto rapidamente, porque o furto o impede de usar o próprio carro. A provavelmente reportará o furto do carro e tomará as medidas necessárias para recuperá-lo. Mas o mesmo não ocorre com a propriedade intelectual. Se C reproduz o trabalho intelectual de A, A pode não descobrir essa reprodução não autorizada por longo tempo (ou talvez nunca), porque a reprodução feita por C não impede A de usar o próprio trabalho. Além disso, a reprodução pode ocorrer em outro estado ou país. Esse sempre foi o grande dilema da propriedade intelectual. (...) Na internet, os conflitos são ainda mais graves. No mundo digital, não só o trabalho intelectual pode ser copiado sem que seu titular se aperceba do fato (o que torna ainda mais evidente a “falha do mercado” (...)), como muitas vezes não é possível distinguir o original da cópia. Com um agravante particularmente preocupante: as cópias podem, a rigor, ser feitas às centenas, em pouco tempo e a custo reduzido. (BRANCO; PARANAGUÁ, 2009, p. 69).

É incontestável que em um contexto de economia de mercado, em primeiro lugar, a livre concorrência deve imperar todas as relações econômicas. Todavia, é exatamente a impossibilidade do correto funcionamento da livre concorrência que leva ao aparecimento desta restrição da concorrência chamada proteção intelectual. (BARBOSA, 2005, p. 64).

Este monopólio que cria uma escassez artificial resta compatível com os pressupostos da livre concorrência, pois a intervenção estatal nas forças livres de mercado existe exatamente para garantir que os objetivos de equilíbrio final não sejam comprometidos por uma incompetência do próprio sistema. (BARBOSA, 2005, p. 66).

Aqueles que se opõem a que o Estado intervenha para a proteção do equilíbrio de interesses da comunidade e do inventor, se esquecem de que não é verdade que o próprio mercado, na sua infinita e onisciente sabedoria, tem a

capacidade de se auto-regular. Tal conceito, aliás, contraria a existência do sistema de propriedade industrial, que nasce da constatação de que o mercado não é capaz de garantir esse investimento, porque é possível copiar e com isso eliminar as vantagens comparativas do investimento. É exatamente por isso que foi preciso criar um sistema de regulação, de intervenção estatal para corrigir essa falha de mercado, da possibilidade de cópia. (...) Deixado à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado fariam com que a competição – e os mais aptos nela – absorvessem imediatamente as inovações e as novas obras intelectuais. (...) Temos aí a imperfeição do mercado, que desfavorece a continuidade do investimento em inovação. (BARBOSA, 2005, p. 64-76).

Em um estudo de caso, Robert M. Sherwood declara que um famoso pesquisador da área de processamento de minerais escreveu um livro descrevendo muito do que sabia. O livro foi bem recebido e logo vendeu alguns exemplares. Até que o autor descobriu que havia uma versão em fotocópia circulando livremente. (...) Embora seu objetivo não tenha sido ganhar dinheiro com livro, disse que não se daria mais ao trabalho de escrever outro. Infelizmente a prática costumeira da fotocópia abalou sua disposição de transmitir mais conhecimentos por meio de uma publicação. Quem perde com isso? Sem dúvida alguma a coletividade é a mais prejudicada. (SHERWOOD, 1992 apud SANTOS, 2009, p. 23).

A intervenção estatal se dá, portanto, para garantia da continuidade de investimentos, o que é de suma importância para o desenvolvimento tecnológico global, assim como para tornar a cópia tão difícil quanto o risco suportado. (BRANCO, 2009, p. 68 apud BARBOSA, 2003, p. 71-72).

Admite a doutrina que a Propriedade Intelectual é uma engenhosa elaboração estatal, que não resulta de qualquer direito imanente anterior a tal legislação (BARBOSA, 2005, p. 76), posto que não há direito natural sobre os bens intelectuais. Afinal, a Propriedade Intelectual é uma criação jurídica de fundamento econômico, com vistas a proteger o domínio de uma ideia uma vez que ela tenha sido divulgada, porque o indivíduo, sozinho, não possui meios para fazê-lo (DINIZ, 2010, p. 30).

Entretantes, ainda que longe de ser igual à “propriedade material”, objeto dos direitos reais, o Direito, por eficiência jurídica, atribuiu o mesmo tratamento desta àquela, inclusive a exclusividade como se única fosse. (BARBOSA, 2005, p. 26).

É bem verdade que as propriedades físicas das coisas materiais tornam fácil a instituição de direitos absolutos exclusivos sobre elas: um trato de terra é único, uno, idêntico a si mesmo, e a exclusão de todo outro titular é possível sem maior criação de direito. Não assim as informações, as ideias tecnológicas ou artísticas, que podem ser criadas autonomamente por vários, ao mesmo tempo: e poderão ser, todas elas idênticas, embora nem únicas nem unas.

(...)

Para instituir um direito de propriedade sobre as ideias tecnológicas de utilidade industrial, o direito se viu obrigado a considerar a concepção intelectual como tendo as propriedades físicas que lhe faltam, naquilo que interessa à sua exploração empresarial. (BARBOSA, 2005, p. 72).

As propriedades que lhe faltam são a escassez e a disponibilidade. Os bens incorpóreos não são escassos, pois podem ser reproduzidos irrestritamente. Na teoria, não são bens econômicos. Mas, na prática, o Direito assim o quis e assim o fez. Logo, no mundo jurídico, bens imateriais são econômicos e exclusivos.

Essa manipulação aproxima-se a um monopólio, pois garante que apenas um agente possa explorar certa coisa. Não se trata, entretanto, de um monopólio comum, mas de um monopólio todo diferente e, por isso, lícito:

(...) eis que não se retiram liberdades do domínio comum, para reservar a alguém. Ao contrário, traz-se do nada, do não existente, do caos antes do Gênesis, algo que jamais integrara a liberdade de ninguém. Há uma doação de valor à economia, e não uma subtração de liberdade. (BARBOSA, 2005, p. 27).

Ademais, esse monopólio não incide sobre qualquer coisa, mas sobre aquilo que partiu do próprio monopolista, que dedicou tempo, conhecimento, talento e dinheiro para consolidar algo do mundo das ideias no mundo real. Por isso, justo e necessário. Eis a razão da intervenção estatal. A contraprestação deste esforço não deve ser ignorada. Injusto seria permitir que um parasita (ASCENSÃO, 2002, p. 93) se aproprie de forma trivial do trabalho alheio e aufera maior prêmio do que aquele que labutou (BARBOSA, 2005, p. 64). É razoável que quem criou tenha o direito de optar ou não pela exploração de sua própria criação, e gozar de devida retribuição. É de interesse da sociedade que o desenvolvimento tecnológico e econômico continue prosperando.

Caso contrário, se após todo um esforço depositado e acreditado na elaboração de uma obra, o autor não verificar qualquer possibilidade de proteção ao fruto do seu trabalho, ou ainda, verificar que pessoas auferem lucro sobre o seu esforço, por óbvio, isso gerará um profundo desestímulo de forma que autores de obras artísticas, literárias e científicas não terão qualquer interesse em depositar tempo, talento e dinheiro naquele ideal. Portanto, há um aspecto econômico, também, inegável e significativo sobre a proteção do Direito Autoral, uma vez que à medida que se protege, se estimula a produção artística, fomenta-se a circulação de arte, de informação e, também, de tecnologia. (PANZOLINI; DEMARTINI, 2017, p. 09).

Superadas as teorias que discutiam a natureza do conceito de propriedade industrial, hoje tem-se que a Propriedade Intelectual é *sui generis* e subdivide-se em Propriedade Industrial¹⁶ e Direito Autoral.

A primeira, de caráter mais utilitário, tem seu estudo sistematizado principalmente no âmbito do direito empresarial. Cuida de objetos que costumam ter por finalidade a solução objetiva e prática de um problema técnico e a satisfação de interesses materiais do homem na vida diária. Por exemplo: patentes (invenção, modelo de utilidade, modelo industrial e desenho industrial), marcas (de indústrias, de comércio ou de serviço e de expressão, ou sinal de propaganda) e demais atribuições correlacionadas

¹⁶ Disciplinada pela lei pátria nº 9.279, de 14 de maio de 1996 e pela Convenção de Paris, conforme visto no capítulo anterior.

à teoria da concorrência desleal (nomes de domínio, segredos industriais e outros bens de natureza incorpórea e de uso empresarial).

Já a segunda espécie aloca-se no direito civil e não vela a tecnicidade, mas pelo estímulo do deleite humano, a sensibilização, o encantamento e a emoção.(BRANCO; PARANAGUÁ, 2009, p. 30). Aqui, cumprem-se finalidades tanto estéticas quanto científicas, eis que o Direito Autoral versa sobre as obras literárias e artísticas, os programas de computador, a cultura e o conhecimento como um todo.

Foi exatamente em função do grau de crise entre os direitos individuais do criador e os interesses gerais da coletividade é que se separaram as duas citadas ramificações, considerando-se que a exclusividade – em última análise, o ponto nodal da estrutura desses direitos – deve, ou não, ser mais longa em razão do interesse maior, ou menor, da sociedade, no aproveitamento da criação. (...) Como os bens de caráter utilitário são de interesse mais imediato para a vida comum, menor é o prazo monopolístico do criador, em comparação com os de cunho estético, em que de maior alcance são os seus direitos. (BITTAR, 2005, p. 04).

Todavia, por mais que o foco da vertente industrial seja o impedimento da concorrência desleal e, da autoral, o resguardo do interesse do autor, ambas as proteções de Propriedade Intelectual devem ser comedidas, pois, se abusivas, “a principal justificativa do monopólio concedido pelo Estado perde sua razão de existir, “já que a proteção à propriedade intelectual existe para o benefício e progresso da sociedade em geral”. (WATAT, 2001 apud LEMOS, 2011, p. 02).

5 DIREITO AUTORAL

“Os autores são o coração dos direitos autorais” (Jane C. Ginsburg).

As primeiras leis autorais outorgaram apenas proteção ao direito patrimonial. A teoria da propriedade, que reduzia o Direito Autoral a uma realidade meramente patrimonial – o que se explica pela Revolução Francesa e a ideia de propriedade privada oponível a todos – foi aos poucos entrando em declínio. Existem razões históricas para esse processo ter se dado dessa maneira:

Ideologicamente era interessante a qualificação dos direitos do autor como propriedade, uma vez que isso possibilitaria a aplicação de todo o regime jurídico do domínio às criações intelectuais. Assim, exemplificativamente, a tese admitiria a ação reivindicatória e a possessória de direitos do autor, da mesma forma como são utilizadas para a proteção da propriedade tradicional.” (VEGA, 1990, p. 03 apud ZANINI, 2015, p. 88).

Posteriormente, o Direito Autoral Moral germinou em campos literários e doutrinários e, aos poucos, adentrou-se em campos jurisprudenciais e legais, tendo como norte patrimonial o princípio de valor-trabalho de Locke e a teoria iluminista do sujeito. (CARBONI, 2010, p. 62 apud ZANINI, 2015, p. 60).

De grande contribuição foi a teoria do direito da personalidade, derivada do pensamento Kantiano (1785) e sua ótica pessoal (*“ius personalissimum”*) do Direito de Autor (ZANINI, 2015, p. 118). Entende o prussiano “ser o escrito do autor um discurso dirigido ao público, que representaria uma emanção do espírito do criador” (ZANINI, 2015, p. 118). Seu raciocínio contemplava um direito real, relacionado com o objeto corporal, e um direito pessoal, relacionado a seu nome.

Foi no século XIX, que o direito moral da personalidade, o qual “adormecia em estado prematuro” (STROWEL, 1993, p. 481 apud ZANINI, 2015, 57) foi devidamente reconhecido. Nessa matéria, a corte francesa de Lyon foi a pioneira ao assentar ao autor o direito de paternidade, ou seja, de editar sua obra e supervisionar a fidelidade da reprodução dela. (STRÖMHOLM, 1967, p. 120 apud ZANINI, 2015, p. 58).

Muitos são os teóricos que tentaram explicar a natureza do Direito Autoral. Dentre os mais ilustres elementares, podemos citar:

Teoria do privilégio ou do monopólio legal do autor (Randa e Renouard); teoria do contrato tácito entre o autor e a sociedade (Marion); teoria da obrigação delitual do contrafator (Gerber e Laband); teoria da propriedade intelectual, com as suas evoluções, como teoria dos bens jurídicos imateriais (Kohler e Stobe); teoria da quase-propriedade (Del Giudice); teoria do

usufruto autoral (Miraglia e Ottolengui); teoria da propriedade sui generis (Vidari e Astuni); teoria da propriedade da forma (Lasson); teoria do direito patrimonial (Chironi); teoria do direito da personalidade (Kant e Gierke); teoria da personalidade pensante (Piola Caselli); teoria dos direitos sobre bens intelectuais (Picard); teoria do duplo caráter “real e pessoal” (Riezler), com evoluções predominantes, ora para o pessoal, ora para o real; outros atribuem a cada um desses elementos uma fase dos direitos do autor (Bianchi e Brini) etc. (PIMENTA, 1994).

5.1 Teoria do direito pessoal-patrimonial

Adotada pelo Brasil e pela Convenção de Berna, esta teoria é dividida em duas vertentes: A monista e a dualista.

A aceção monista compreende o Direito Autoral como uno e indivisível, sendo resultante da fusão incindível entre elementos patrimoniais e de personalidade, “unidos um ao outro de forma inseparável” (DREYER et al, 2008, p. 11 apud ZANINI, 2015, p. 113). Os monistas entendem pela impossibilidade de separação rigorosa entre os direitos pessoais e patrimoniais, “estabelecendo que todos os direitos reconhecidos ao criador devem ser entendidos como desdobramento de um direito de autor único e uniforme”. (DESBOIS, 1978, p. 26 apud ZANINI, 2015, p. 114).

Já a vertente dualista também entende que o Direito Autoral é suportado por dois pilares, mas que estes podem ser fragmentados, por se tratarem de elementos interrelacionados. Ainda, segundo a compreensão dualista, os dois pilares não se confundem, por serem distintos.

A proteção dos interesses morais e a satisfação dos interesses de ordem patrimonial representam dois objetivos, que a razão e a observação dos fatos permitem dissociar (DESBOIS, 1978, p. 26 apud ZANINI, 2015, p. 114).

Reconhece-se, desse modo, que os direitos morais têm luz própria, pois nascem com a criação da obra, enquanto os patrimoniais surgem a partir de uma comercialização posterior, que pode não ser concretizada, como acontece quando o autor opta pelo ineditismo. (ZANINI, 2015, p. 114).

Os defensores dessa construção teórica consideram, como prova cabal do dualismo, o fato de não nascerem e nem perecerem ao mesmo tempo, eis que os patrimoniais são temporários e os morais eternos. Tanto o é que “(...) na obra caída em domínio público não existiriam mais os direitos patrimoniais, o que não consituiria óbice à manutenção dos direitos morais.” (ZANINI, 2015, p. 114).

Clóvis Beviláqua já era adepto a essa vertente mesmo quando o Brasil adotou a teoria da propriedade em seu Código Civil de 1916:

Valendo aqui, para que não haja dúvida quanto ao seu posicionamento, a transcrição de seus ensinamentos: “Direito autoral é o que tem o autor de obra literária, científica ou artística, de ligar o seu nome as produções do seu espírito e de reproduzi-las, ou transmiti-las. Na primeira relação, é manifestação da personalidade do autor; na segunda, é de natureza real, econômica (BEVILAQUA, 1916, p. 23 apud ZANINI, 2015, p. 90).

De fato, são várias as diferenças entre a propriedade *res* e o Direito Autoral. O objeto corpóreo e o incorpóreo, o caráter absoluto de um aspecto, (mas não de outro), os modos de aquisição, o prazo de duração da proteção, as modalidades de perda da propriedade, o regime de bens no casamento e a incompatibilidade de direito de propriedade com os direitos morais do autor são apenas alguns dos exemplos, para citar o mínimo.

“Pretender que o Direito de Autor se resuma ao direito de propriedade é ter uma compreensão parcial e ofuscada da realidade, uma vez que não se explica o vínculo perene e personalíssimo que liga o criador à sua obra”. (ZANINI, 2015, p. 98).

5.2 Direito autoral pela ótica da Lei 9.610/88

Conforme visto alhures, o Direito Autoral apoia-se em duas dimensões basilares intrinsecamente conectadas: uma de caráter moral-cultural e outra de ordem econômica-pecuniária. A dimensão cultural diz respeito à tradução da riqueza que as obras possuem como resultado intrínseco da identidade do povo que as produziu, de forma que as características peculiares de cada qual, tais como os costumes, hábitos e tradições, tornam as produções especialmente únicas. O artista sempre transmite algo de si próprio, como a impressão pessoal dele, revelada pela escolha do assunto, pela proporção das partes e/ou por experiências instintivas, o que resulta numa criação que pode ser reconhecida pelo público como obra de arte, como fato puramente humano. (SILVEIRA, 2012, p. 27).

Já a dimensão econômica pode ser compreendida como a significativa colaboração que as obras intelectuais têm para a economia dos países e para o crescimento da produção criativa das nações, uma vez que incentiva-a e subsidia-a. (PANZOLINI; DEMARTINI, 2017, p. 17).

Enquanto os direitos patrimoniais se ocupam de regular a questão econômica da utilização da obra, o que os direitos morais visivelmente almejam é proteger a relação do autor com sua obra.

Incumbe ao Direito Autoral - por mais que o nome induza ao equívoco – a proteção das obras intelectuais, e não do autor, que se beneficia indiretamente. Como corolário, o Direito Autoral gera estímulo e terreno fértil, seguro e adequado para o fomento da produção de obras intelectuais.

Nessa linha de raciocínio, os direitos autorais estão positivados nas principais Leis infralegais brasileiras: Lei de Direito Autoral nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998; lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013, que dispõe sobre a gestão coletiva de Direitos Autorais.

5.4 Direitos morais

Os direitos morais são essencialmente vínculos perenes que unem o criador àquilo que adveio de sua mais íntima estrutura psíquica. (BITTAR, 2005, p. 47). É o cordão umbilical que liga a obra a seu artista, e não se esvai ainda que separados pela alienação material. “Cervantes sempre será o autor de Dom Quixote.” (BRANCO; PARANAGUÁ, 2009, p. 55).

Elevados ao nível constitucional e entendidos como a emanção da dignidade humana (BRASIL, 1988), esses direitos são inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e irrenunciáveis. Embora a lei não mencione expressamente os termos imprescritíveis e impenhoráveis, seria de todo desnecessário assim fazê-lo, eis que possível extrai-los da interpretação sistêmica do aparato legal, uma vez que se traduzem em consequências inerentes da personalidade do autor.

Há, entretanto, que se fazer uma distinção dos direitos autorais quanto aos demais direitos da personalidade. De modo geral, os direitos da personalidade (nome, imagem, dignidade, honra, etc) nascem com o indivíduo e são desde logo exercíveis. Por outro lado, os direitos de personalidade relacionados aos direitos autorais só são exercíveis caso o indivíduo crie. Portanto, nascem latentemente nos indivíduos, mas permanecem em condição suspensiva. (BRANCO; PARANAGUÁ, p. 55).

Os direitos morais possuem cunho duplo: positivo e negativo. Diz-se positivo, porque concedem direitos. Também o são negativos, porquanto impõem atitude passiva de respeito pela coletividade, verdadeiros óbices a qualquer ação de terceiros em relação à obra

A partir dos artigos 24 a 27 da Lei de Direitos Autorais (LDA), é possível extrair três grandes direitos.

O primeiro direito notável é a circulação da obra (incisos III, VI e VII). Em respeito à integridade da obra, o autor pode tanto mantê-la inédita não publicando-a, quanto retirando-a, proibindo-a e suspendendo-a de circulação, ainda que já veiculada ou utilizada. O autor também poderá ter acesso a exemplar único e raro da obra para o fim de preservação da memória, quando se encontrar em poder de outrem. Denis Borges Barbosa entende o direito de exprimir-se ou calar-se é o mais radical de todos, “isso porque não se pode deixar de considerar os direitos morais acessórios à liberdade de expressão que tem o autor da obra”. (BARBOSA, 2005, p. 112-113).

O segundo grande direito é a paternidade e indicação da autoria (incisos I e II). Isso garante ao criador o direito de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional vinculado à obra *ad infinitum*, ainda que em domínio público, pois o vínculo entre criador e obra é perpétuo.

Já o terceiro – e último – grande direito diz respeito à alteração da obra (incisos IV e V). Compete ao autor modificar sua obra sempre que lhe convier, ou vetar qualquer modificação a ela que lhe prejudique ou atinja sua reputação.

5.5 Direitos patrimoniais

Os direitos intelectuais, concebidos dos sentidos e da eternização da arte ou do conhecimento, buscam ao autor, de um lado, loas e glórias – a cargo do direito moral –, e de outro – a cargo dos direitos patrimoniais –, recompensa financeira e controle sobre a exploração da criação. (BITTAR, 2005, p. 52).

Os direitos da personalidade, como se sabe, têm como característica serem insuscetíveis de avaliação pecuniária. Dessa forma, quando nos referimos aos aspectos do Direito Autoral relacionados à sua avaliação econômica, não estamos nos referindo a outros direitos senão àqueles de caráter patrimonial. (BRANCO; PARANAGUÁ, p. 53). No Brasil, os direitos patrimoniais também têm atenção constitucional, elencados como um direito fundamental no artigo 5º, inciso XXVII da Constituição da República de 1988.

Ou seja, no que tange à dimensão dos direitos patrimoniais, eles se referem à retribuição econômica decorrente do direito de exclusiva cedido frente a exploração e uso de suas criações, que pode ser livremente negociado dentro dos meios admitidos em direito, como qualquer bem móvel (art. 49 LDA).

Ninguém se torna autor por meio de um contrato. E o autor, mesmo que transmita os direitos patrimoniais, ou mesmo após sua morte, sempre será o autor da obra original. Essa transferência não retirará do autor a sua respectiva paternidade sobre a obra. (PANZOLINI; DEMARTINI, 2017, p. 30).

Peculiar ao Direito Autoral, a transferência entre cedente e cessionário não se dá de forma perfeita, uma vez que a obra intelectual não sai completamente da esfera de influência da personalidade de quem a criou, em decorrência da manutenção dos direitos morais. (LEMOS, 2011, p. 42).

Aquele que adquire a *res*, não adquire o *corpus*, pois este sempre será do autor. (BITTAR, 2005, p. 05). Importa dizer que a aquisição de uma obra não confere ao adquirente nenhum dos direitos patrimoniais próprios do autor.

Se ganhamos um CD de presente, temos propriedade sobre o bem CD, mas não sobre as obras que dele constam. Assim, sobre o CD podemos exercer plenamente nosso direito de proprietário: podemos guardá-lo, doá-lo, abandoná-lo e até mesmo destruí-lo. No entanto, não temos nenhum direito sobre as músicas que constam do CD. Por isso, até mesmo para fazer uma cópia integral de qualquer uma das músicas, seria necessário termos autorização do titular dos direitos. (BITTAR, 2005, p. 05).

Segundo os artigos 28 e 37 da LDA, cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. É por isto que:

A aquisição de um livro cujo texto se encontre protegido pelo direito autoral não transfere ao adquirente qualquer direito sobre a obra, que não é o livro, mas o texto contido no livro. Dessa forma, sobre o livro — bem físico —, o proprietário pode exercer todas as faculdades inerentes à propriedade, como se o livro fosse um outro bem qualquer, como um relógio ou um carro. Pode destruí-lo, abandoná-lo, emprestá-lo, alugá-lo ou vendê-lo, se assim o desejar. Mas o uso da obra em si, do texto do livro, só pode ser efetivado dentro das premissas expressas da lei. Por isso, embora numa primeira análise ao leigo possa parecer razoável, não é facultado ao proprietário do livro copiar seu conteúdo na íntegra para revenda. Afinal, nesse caso não se trata de uso do bem material “livro”, e sim de uso do bem intelectual (texto) que o livro contém. (BRANCO; PARANAGUÁ, 2009, p. 66-67).

Algumas modalidades de exploração podem ser observadas no art. 29 da principal lei autoral (BRASIL, 1998):

I - a reprodução parcial ou integral; II - a edição; III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV - a tradução para qualquer idioma; V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas; IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Em qualquer um dos casos acima, o número de exemplares deverá ser informado e controlado, uma vez que o autor tem direito de fiscalização do proveito econômico das obras

que criar (BRASIL, 1988). Interpretadas restritivamente as hipóteses legais (art. 4º, LDA), é fundamental que o contrato indique todos os usos e modalidades que se pretende dar à obra. Cada qual necessita de autorização prévia, expressa e individual, visto que uma permissão não se estende às demais (art. 31 LDA).

A cessão, necessariamente escrita (art. 50, LDA), presumida onerosa e válida unicamente para o país em que se firmou o contrato - salvo estipulação em contrário -, caracteriza-se pela transferência da titularidade de forma definitiva¹⁷ para um cessionário. Ceder significa transferir a outrem o patrimônio e o controle sobre como, onde e quando a obra será explorada:

Assim, quando um fotógrafo cede os direitos autorais sobre sua foto, ele está transferindo a outra pessoa todos os direitos patrimoniais sobre ela. Essa outra pessoa poderá publicá-la, guardá-la, vendê-la, expô-la, enfim, terá o direito de utilizar, fruir e dispor da fotografia da maneira como quiser e para sempre. Nesse caso, o fotógrafo só mantém os direitos morais, como, por exemplo, o direito ao crédito e à integridade da obra (PANZOLINI; DEMARTINI, 2017, p. 55-56).

Já a licença, embora não definida em lei, pode ser feita de forma oral e trata-se de uma permissão de caráter limitado do autor a um terceiro, para que ele, com exclusividade ou não, se valha da obra conforme os termos acordados. A licença “(...) estabelece autorização para uma determinada modalidade de utilização para um determinado destinatário, por um determinado tempo, sem, contudo, se operar a transferência do direito.” (PANZOLINI; DEMARTINI, 2017, p. 56).

“Ou seja, a cessão assemelha-se a uma compra e venda (se onerosa) ou a uma doação (se gratuita), e a licença a uma locação (se onerosa) ou a um comodato (se gratuita)”. (BRANCO; PARANAGUÁ, 2009, p. 94). Em ambas as modalidades a transferência pode ser realizada pelo próprio autor ou por seus sucessores, à título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais.

5.6 Prazo

A Convenção de Berna estabelece um prazo mínimo de cinquenta anos pós-morte do autor. No Brasil, de acordo com o artigo 41 da LDA (BRASIL, 1998), o prazo é a vida do autor mais setenta anos subsequentes à sua morte. O prazo parece excessivo, e talvez seja mesmo.

¹⁷ Na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos (art. 49, III)

Afinal, se o intuito é proteger o autor em si, seria razoável admitir que as obras caíssem em domínio público no momento no qual o autor viesse a óbito.

Há quem entenda que a lei quer proteger mais do que só o autor:

(...) a fim de evitar casos como o de artistas ilustres, que, ao morrerem, deixavam a família na miséria enquanto os donos de teatros faziam fortuna à custa de suas obras, a lei pretende proteger também os sucessores dos autores. Daí o prazo de proteção conferido após a morte do autor. (BRANCO, 2009, p. 57)

Entretanto, o prolongamento da proteção parece desarrazoado e torna-se um empecilho ao interesse público. Levando em consideração a expectativa média de vida, tem-se que os anos subsequentes de proteção são suficientes para custear toda a vida dos descendentes. Seria justo privar toda uma coletividade em detrimento de outros poucos indivíduos que não o autor da obra? Inclusive, cabe a indagação: Quem é o autor?

5.7 O autor

Terminantemente, o autor é uma pessoa¹⁸. Visto que somente o ser humano tem a capacidade de elaborar intelectualmente uma obra, e ela deriva da criatividade e traços de originalidade, só a pessoa física pode ser titular de Direito Autoral (PANZOLINI; DEMARTINI, 2017, p. 24).

A Convenção de Berna (1886) fornece abstratamente em seu artigo 15 a figura do autor, ao preconizar que:

Para que os autores das obras literárias e artísticas protegidos pela presente Convenção sejam, até prova em contrário, considerados como tais e admitidos em consequência, perante os tribunais dos países da União, a proceder judicialmente contra os contra fatores, basta que os seus nomes venham indicados nas obras pela forma usual.

Ainda que não explícito o termo “pessoa física” na principal Convenção sobre o tema, a doutrina argumenta que a autonomia de criar está reservada aos seres humanos de forma implícita nas leis nacionais (GINSBURG, 2003, p. 1.069).

Por exemplo, a Lei de Direitos Autorais, Design e Patente do Reino Unido de 1988 declara: "Autor, em relação a uma obra, significa a pessoa que a criou", e, com relação às obras

¹⁸ O autor pode se identificar por nome verdadeiro, pseudônimo, marca, abreviação, ou sinal convencional. Obra anônima não é obra sem autor, é aquela publicada com a mera omissão de seu nome.

geradas por computador, a mesma legislação prevê que o autor da obra "deve ser considerado a pessoa por quem são tomadas as providências necessárias para a criação da obra".¹⁹

Da mesma forma, a lei australiana declara, com relação às fotografias, que o autor é "a pessoa que tirou a fotografia" (GINSBURG, 2003, p. 1.070). Esta predefinição é de suma importância, pois já antevê futuras discussões possíveis, principalmente aquelas envolvendo inteligência artificial e até mesmo os animais, vide caso concreto do presente trabalho, que será visto *a posteriori*.

Nesta esteira de definição, inclui-se a lei autoral brasileira, a LDA, que é categórica ao afirmar em seu artigo 11, que "autor é a pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica". Isso não obsta que quaisquer outras pessoas relativa ou absolutamente incapazes sejam autoras. Nesses casos, entretanto, os direitos patrimoniais devem ser exercidos pelo representante legal do autor ou sob assistência (conforme o grau da incapacidade, em conformidade aos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002).

Ou seja, o autor de uma obra é o criador primígeno. Excepcionalmente, a pessoa jurídica pode ser titular de direitos, mas isso se dá apenas por uma ficção jurídica. Tem-se aqui uma distinção de suma importância: quem é autor e quem é titular. Pela lei — atendendo-se, inclusive, ao princípio lógico: (...) apenas o ser humano é capaz de criar. A pessoa jurídica não pode criar, exceto por meio das pessoas físicas que a compõem, caso em que os autores são, então, as pessoas físicas. (GINSBURG, 2003, p. 1.070).

Isto posto, muito diferente, é a questão da titularidade. Ainda que apenas uma pessoa física possa ser autora, a titularidade de seus direitos pode ser transferida para qualquer terceiro, pessoa física ou jurídica. Então, a pessoa física mantém-se como autora da obra, mas a pessoa jurídica distinta do autor passa a ser a titular legitimada a exercer os direitos autorais, como visto.

Tema bastante delicado e controverso, Jane C. Ginsburg, brilhantemente ao revisar e tentar sintetizar as principais legislações dos sistemas existentes²⁰, pôde finalmente esclarecer a obscuridade da figura do autor ao concluir que há uma convergência conceitual que pode ser consensualmente resumida em 6 princípios:

¹⁹ GINSBURG, Jane C., 2003, pg. 1069 apud Copyright. Design and Patent Act. 1988. § 9(3) (Eng.): see also id. § 9(2) (defining "author" of a sound recording: "in the case of a sound recording or film, the person by whom the arrangements necessary for the making of the recording or film are undertaken").

²⁰ Três jurisdições de direito comum: Estados Unidos, Reino Unido e Austrália, de três jurisdições de direito civil: França, Bélgica e Holanda, e uma de jurisdição mista: Canadá.

Primeiro princípio: A autoria prima a mente, e não o músculo. O autor é a pessoa que conceitua e dirige o desenvolvimento, e não a pessoa que simplesmente segue as ordens de execução. (GINSBURG, 2003, p. 1.073).

Segundo princípio: A autoria vangloria a mente, e não a máquina. A participação de uma máquina ou dispositivo, como uma câmera ou um computador na criação de uma obra, não priva o autor de seu status de criador, porém, quanto maior o papel da máquina na produção da obra, mais o autor deve mostrar seu papel determinante sobre a forma e o conteúdo do trabalho. (GINSBURG, 2003, p. 1.074).

Terceiro princípio: Originalidade é sinônimo de autoria. “Um autor é alguém que inventa”, e a “originalidade é um conceito de mudança de forma ou variável de geometria, dependendo do tipo de trabalho em questão.” (GINSBURG, 2003, p. 1.078-1.081).

Quarto princípio: O autor não precisa ser criativo, contanto que almeje ser. O quantum de suor é importante para a determinação da autoria, “deve haver mais do que habilidade ou trabalho desprezíveis” (GINSBURG, 2003, p. 1.082).

Quinto princípio: “Somente aqueles que pretendem estampar suas próprias personalidades em suas obras devem ser intitulados autores” (GINSBURG, 2003, p. 1085)

Sexto princípio: “O dinheiro fala, talvez escreva, também componha, pinte etc.” De forma ácida, a autora argumenta que:

devemos procurar preservar benefícios reais das leis de direitos autorais para os autores em cujo nome são concedidos (...) para que as leis de direitos autorais não sejam meros pretextos para proteger o investimento e a iniciativa empreendedora de seus parceiros exploradores. (GINSBURG, 2003, p. 1.088-1.091).

Desta forma, a título de ponderação reflexiva: se a Constituição atribui Direitos Autorais aos autores, mas também articula uma política de interesse público da qual deriva um direito ao acesso à informação, e se os próprios autores não contribuem para tanto enquanto produtores e editores almejam exatamente isso, não seria, então, melhor, para o progresso da ciência, redefinir os autores para aqueles que melhor realizarão a divulgação pública? Ou melhor resistir para que os direitos autorais não percam seu apelo moral e cerrar os ouvidos contra o canto das sereias de uma exploração mais fácil?²¹

²¹ GINSBURG, 2003, p. 1087-1092

5.8 A obra

“O surgimento do direito de autor, dá-se com a criação da obra. É por isso que fica completamente sem sentido falarmos de direito autoral sem a existência de uma obra”. (AFONSO, 2009, p. 12). Considera-se intelectual a obra se espírita, criativa e original, fruto do intelecto humano.

Conforme os autoralistas, para que a obra faça jus à proteção, a obra deve obrigatoriamente envolver “uma atividade humana envolta em charme e mistério - a criatividade.” (BARBOSA, 2005, p. 47). Isso não significa que a criação deva ser absoluta ou inédita, porque várias pessoas podem manifestar pensamento ou obras artísticas sobre o mesmo tema. Na verdade, é necessário que o autor tenha apostado sua individualidade de forma inovadora sobre o mundo externo possibilitando a diferenciação das demais. A obra, portanto, deve ser “obrigatoriamente diferente da cópia, parcial ou total (o que tipificaria um plágio) ou da mera aplicação mecânica dos conhecimentos de ideias alheias, sem uma interpretação ou selo pessoal”. (AFONSO, 2009, p. 15).

A proteção autoral não é discricionária, e nem tem por função privar-se a obras específicas, logo, não aufere juízo de valor sobre qualidade ou mérito dos trabalhos, desde que se trate de (art. 7º, LDA):

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 fi xe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, com ou sem letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituem-se, em uma criação intelectual.

5.9 A forma

Todas as hipóteses acima exigem que a obra esteja palpável em algum suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. A ideação deve necessariamente ser

plasmada em forma: O *corpus mysticum* em um suporte material, o *corpus mechanicum* (BARBOSA, 2005, p. 33).

O Direito Autoral não protege ideias, conceitos, sistemas ou métodos de fazer algo, logo “a obra para ser protegida pelo Direito Autoral deve ser exteriorizada, não é possível proteger a obra enquanto ainda estiver na cabeça, na alma, na inspiração e no coração do autor.” (BARROS, 2007, p. 24).

Assim, não é o livro, mas a obra literária, não é o jornal ou a revista, mas a obra jornalística, não é a tela, mas a obra de arte, não é o disco, mas a obra musical (contidas nesses suportes) que recebem a proteção jurídica no terreno dos direitos autorais. (NETTO, 2019, p. 47).

O meio em que a obra é expressa tem pouca ou nenhuma importância, porque não se exige um meio específico. Uma vez externada, a proteção não se perde nem se caso novamente passar do plano material ao imaterial, ou seja, os Direitos Autorais têm a mesma vigência no mundo cibernético e no mundo físico, mantendo-se plenas ainda que digitalizadas. (DUARTE; PEREIRA, 2009, p. 105).

5.10 Registro

Segundo orientação de Berna (art. 5.1.) e a lei brasileira autoral (art. 18), este registro é prescindível, não constituindo uma formalidade obrigatória, já que a obra nasce com a criação e a respectiva exteriorização. “Com registro, ou sem registro, a proteção decorrente se restringe à forma de expressão, e não as ideias expressadas por meio da obra” (SILVEIRA, 2012, p. 93).

Em que pese ser facultativo e declaratório, mestres na matéria recomendam a prática registral justamente por constituir uma presunção de anterioridade da época de criação relativa a obra e reforçar o conjunto probatório acerca da autoria, além de estabelecer a inversão do ônus da prova à parte contrária que não possui o registro.

O registro pode ser útil, portanto, em termos de segurança jurídica, isto é, para o caso de produção de prova em eventual disputa — judicial ou não — em que mais de uma pessoa pleiteie ser titular dos direitos sobre determinada obra.²²

²² “É importante ressaltar que o registro não constitui nenhum direito, ou seja, não é o fato de se ter o registro de uma obra que seu titular será considerado autor. Em uma disputa judicial, o juiz analisará o registro como qualquer outra prova e, caso se convença de que o titular do registro não é o autor, poderá decidir em favor daquele que não é o detentor do registro. FGV BRANCO. PG 29

5.11 Violações

Se a utilização de conteúdo protegido por direito autoral depende de prévia e expressa autorização do autor ou titular, a utilização não autorizada é considerada violação ao direito autoral e pode ser objeto de sanção civil e penal.²³

A reprodução sem a autorização do titular ou de seu representante constitui ato ilícito de contrafação²⁴, o que consiste num aproveitamento abusivo do trabalho alheio do autor, que lhe fere não a personalidade, mas seu patrimônio:

Como se pode notar da definição legal, a conduta do contrafator, ao reproduzir sem autorização uma obra, não tem como objetivo a lesão a direitos de personalidade do autor, como é o caso do direito de paternidade. Não há preocupação do contrafator em esconder a paternidade de uma obra para poder atribuí-la a si mesmo, pois o que usualmente ocorre é que o contrafator indica corretamente a autoria da obra, mas prejudica o autor no que diz respeito ao aproveitamento econômico. Assim, a contrafação está ligada essencialmente aos aspectos patrimoniais, pois retira indevidamente da obra “os proventos econômicos que de direito caberiam ao autor (ZANINI, 2015, p. 287).

Há doutrina que entenda a penalização como saudável e razoável, como um passo à cidadania e respeito à cultura e à economia, “visto o volume das perdas e danos para os diversos setores do País, com o não pagamento dos direitos devidos, encargos e impostos da indústria de pirataria” (DUARTE, 2009, p. 30).

E isso é de profunda importância quando consideramos a dinâmica do Direito Autoral, uma vez que o autor da obra intelectual só irá e só terá condições de dedicar tempo, energia e investimento financeiro numa obra intelectual se houver proteção ao direito autoral suficiente (...) (PANZOLINI; DEMARTINI, 2017, p. 58).

Outros doutrinadores, por sua vez, entendem que:

(...) a cultura, a arte de modo geral e a ciência se retroalimentam. Isso significa que as criações sempre derivam do conhecimento humano disponível. Quanto mais se impossibilita a utilização desse conhecimento, mediante restrições legais, menor a quantidade de matéria-prima disponível para novas criações. (PANZOLINI; DEMARTINI, 2017, p. 58).

²³ Sem prejuízo das sanções civis e criminais, nos termos do Decreto nº 5244, de 14 de outubro de 2004, o Brasil conta com: Art. 1º O Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual, órgão colegiado consultivo, integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça, tem por finalidade elaborar as diretrizes para a formulação e proposição de plano nacional para o combate à pirataria, à sonegação fiscal dela decorrente e aos delitos contra a propriedade intelectual. Parágrafo único. Entende-se por pirataria, para os fins deste Decreto, a violação aos direitos autorais de que tratam as Leis nos 9.609 e 9.610, ambas de 19 de fevereiro de 1998.

²⁴ Violações na LDA constam do art. 102 a 110.

5.12 Limitações

É muito operativo o recurso que se tem feito a princípios constitucionais, como restritivos de um pretensamente absoluto direito de autor (ASCENSÃO, 2002, p. 23). A função social da propriedade (art. 5º, XXIII e art. 170, III), a livre concorrência (art. 170, IV), a educação (art. 6º, caput, art. 205), o direito de acesso à cultura (art. 215), à educação e à ciência (art. 23, V) são garantias fundamentais.

Nesse aspecto, não se pode tolerar qualquer subversão ao caráter supralegal das disposições constitucionais, pois leis e tratados devem prestar vassalagem à lei maior. (BARBOSA, 2005, p. 86). Isso posto, o Direito Autoral não escapa à discussão de qual seria seu limite e em que situações deveria ceder, tendo em vista o essencial acesso à informação e a difusão do conhecimento (SILVEIRA, 2012, p. 76).

O fato é que o produto intelectual tem causa e desdobramentos sociais necessários. Por mais solitária e decisiva que seja a ação de um autor, inevitavelmente, os elementos sociais não só determinam a existência da obra, como, também, são por elas influenciados. Na obra, esses elementos se reciclam ou, mesmo, se revolucionam. Daí, o princípio da função social prevista pela coerência constituinte, a razão de ser da obra como um bem potencialmente econômico e moral que não se desvincula da coletividade. (BARROS, 2007, P. 501).

Uma vez reequilibrado o investimento, a proteção autoral perde sua razão de ser, pois a intervenção estatal, que antes era necessária e corretiva, torna-se negativa e prejudicial. O Estado passa a priorizar a coletividade²⁵, novamente buscando o equilíbrio – diverso do primeiro, agora mais adequado para o momento (BARBOSA, 2005, p. 66).

Para tanto, o legislador estabeleceu limitações e autorizações, situações em que ou o uso é livre, dispensada autorização e pagamento. O rol é meramente exemplificativo²⁶ em que o uso da obra não configura, por si, ofensa ao Direito Autoral:

Art. 46: 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

²⁵ Mas continua zelando pela integridade e autoria da obra caída em domínio público.

²⁶ Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 964.404/ES: “Ora, se as limitações de que tratam os arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98 representam a valorização, pelo legislador ordinário, de direitos e garantias fundamentais frente ao direito à propriedade autoral, também um direito fundamental (art. 5º, XXVII, da CF), constituindo elas - as limitações dos arts. 46, 47 e 48 - o resultado da ponderação destes valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes”. (STJ, RES nº 964.404/ES)

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. (BRASIL, 1998).

Além disso, a legislação também elenca hipóteses que tampouco se cogita tutela jurídica do Direito Autoral, quais sejam:

Art. 8º. I - as ideias, 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 ideias contidas nas obras. (BRASIL, 1998).

Todas as hipóteses acima têm como denominador comum o evidente uso não comercial da obra, a valorização dos propósitos informativo, educacional, social e didático, liberando-se as informações em si, as notícias, a crítica, a polêmica, os discursos, as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem implicarem descrédito (artigo 47, LDA), bem como as obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais (artigo 48, LDA).

No Acordo TRIPS e na Convenção de Berna, além de algumas hipóteses específicas (arts. 9.2 e 10), existe o moderno sistema de limitação denominado *Three-Step Test* (BARBOSA, 2005, p. 05), ou a regra dos três passos, que permite a reprodução de obras literárias e artísticas protegidas, desde que estejam presentes os seguintes requisitos: (i) a reprodução só é admitida em casos especiais; (ii) a reprodução não pode afetar a exploração normal da obra; e (iii) a reprodução não pode causar prejuízos injustificados aos interesses legítimos do autor.

5.13 Domínio público

Também não configura ofensa aos Direitos Autorais a utilização de obras que estejam em domínio público. Em contraposição aos direitos morais, os “direitos patrimoniais são efêmeros e cedem à ação do tempo previsto em lei e os vínculos de exclusividade rompem-se passando a respectiva exploração ao domínio de qualquer interessado”. (BARROS, 2007, p. 529).

Existem dois tipos de domínio público, o “*Legal Commons*”, criado por lei (artigo 45 da LDA):

I - Obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais (Setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento ou da divulgação da obra, dependendo do caso)²⁷; II - as obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; III - as obras de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais. (BRASIL, 1998).

E o “*Social Commons*”, produto da internet.

Com o recrudescimento das normas protetoras dos direitos autorais, a sociedade viu limitada sua possibilidade de uso de obras de terceiros — inclusive o mero acesso. Além disso, são inúmeros os casos (...) de autores que não objetivam o lucro com a circulação de sua obra, e sim com novos modelos de negócios ou simplesmente com a divulgação de seu nome como artista. Para tanto, foi desenvolvido um sistema de licenças públicas por meio do qual os autores informam ao mundo em que circunstâncias terceiros podem ter acesso a suas obras, independentemente de autorização. Nesse caso, embora amparado por um instrumento jurídico — a licença —, o domínio público é constituído não pela força da lei, mas pela vontade dos autores. E como o licenciamento depende dessa vontade, as liberdades que podem ser tomadas por terceiros dependem dos termos da licença. (BRANCO, 2009, p. 61)

²⁷ Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

A *Social Commons* é um grande exemplo do quanto o acesso à informação é importante para a sociedade, tanto é que ela própria se adapta às leis que não lhe comportam tão bem. A problemática do Direito Autoral ser um empecilho a difusão pública de conhecimento é um problema real e latente. “É necessário que o Direito Autoral deixe de ser uma via de sentido único, que limite o acesso à cultura.”²⁸, não apenas falando sob as lentes constitucionais, mas globalmente:

Existe a tensão entre o direito à informação de terceiros e exclusividade legal do titular da obra, e a tensão entre a propriedade e o direito que tem um outro autor (ou qualquer um do povo) de se expressar de maneira compatível com sua própria liberdade. (...) Como qualquer instância de aplicação do princípio da razoabilidade, ele se faz materialmente e em cada caso. Mas, 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. (BARBOSA, 2005, p. 114).

É preciso buscar um equilíbrio. O indivíduo deve ser satisfeito enquanto consumidor de conteúdo para que possa se tornar um autor. E o autor deve ser satisfeito enquanto criador para que continue criando e consumindo.

Entendemos que o meio-termo deve ser buscado. Em princípio, e em linhas gerais, os direitos autorais têm a nobre função de remunerar os autores por sua produção intelectual. Do contrário, os autores teriam que viver, em sua maioria, subsidiados pelo Estado, o que tornaria a produção cultural infinitamente mais difícil e injusta. Por outro lado, os direitos autorais não podem ser impeditivos do desenvolvimento cultural e social. Conjugando os dois aspectos numa economia capitalista, globalizada e, se não bastasse, digital é uma função árdua a que devemos, porém, nos dedicar. É na interseção dessas premissas, que devem abrigar ainda os interesses dos grandes grupos capitalistas e dos artistas comuns do povo, bem como dos consumidores de arte, independentemente de sua origem, que temos que acomodar as particularidades econômicas dos direitos autorais e buscar sua função social. Na busca para se atingir o equilíbrio entre o direito devido pelo autor e o direito de acesso ao conhecimento de que goza a sociedade, a função social exerce papel importantíssimo. (BRANCO; PARANAGUÁ, 2009, p. 70).

²⁸ ASCENSÃO, 2008, p. 23

6 CASO CONCRETO “DAVID SLTAER VS PETA: JUSTIA CASE 16-15469

Everyone deserves the rights we hold dear: to live as they choose, to be with their families, to be free from abuse and suffering, and to benefit from their own creations”.
(People For Treatment Ethical Rights).

6.1 Narrativa

Episódio verídico datado de 2011, David J. Slater, fotógrafo britânico profissional especializado em vida selvagem, estava a trabalho junto de sua equipe, a empresa *Wildlife Personalities LTD*, na ilha Sulawesi (Celebes) da Indonésia. O local do trabalho era uma floresta vulcânica tropical no extremo norte do país e o objetivo da diligência era a realização de fotografias da espécie Macaco Preto com Crista, um animal endêmico naquele país, cuja espécie corre risco de extinção.

Ocorre que, ao afastar-se de seu equipamento por alguns minutos durante a presença dos referidos animais, os macacos apropriaram-se de sua câmera e tiraram diversas fotos. Algumas dessas fotografias foram *selfies*, isto é, autorretratos. Dentre essas fotografias, a mais célebre foi clicada pela macaca Ella, em que o animal aparece sorrindo após espontaneamente apertar o botão da máquina.

Figura 1 – *Monkey selfie portrait*



Fonte: DJS Photography – Autor: David J Slater (2011)

Figura 2 – *Monkey selfie portrait*



Fonte: DJS Photography – Autor: David J Slater (2011)

6.2 Problematização

Em 2011, após a captura das referidas *selfies*, o fotógrafo David Slater licenciou suas imagens junto à agência de mídia britânica *Caters*, que as divulgou juntamente com a citação e demais materiais de autoria de Slater.

No mesmo ano, o material chamou a atenção de diversos jornais britânicos de grande prestígio tais como o *Daily Mail*, *The Telegraph* e *The Guardian*, que igualmente fizeram referência à agência, bem como retribuíram financeiramente o fotógrafo.

Slater concedeu entrevistas a diversos jornais, explicou como as fotografias haviam sido tiradas e que eram frutos de um intenso envolvimento com o trabalho, pois ele e sua equipe haviam seguido os macacos por três dias, e somente conquistado a confiança deles no segundo dia.

Slater também ressaltou que os relatos divulgados sobre a versão de que os macacos haviam fugido com a câmera estavam incorretos, e que na realidade muitos dos retratos haviam

sido tirados após ele mesmo posicionar a câmera em um tripé e acionar o obturador.²⁹ Contudo, na mesma ocasião, confirmou que os macacos haviam pegado a câmera e acidentalmente tirado algumas fotos, e que todas elas eram naturais, de forma que em nenhuma das imagens foi necessária modificação ou alteração pelo programa *Photoshop*.

O conflito começou a partir do momento em que as fotografias, após grande publicidade sobre a matéria, foram captadas do site do *The Daily Mail* e publicadas no *Wikimedia Commons* por um editor que acreditava se tratar a imagem de uma fotografia sem autor. A organização de banco de mídias digitais sem fins lucrativos, que sob o critério de só aceitar mídia sob uma licença de conteúdo livre, domínio público ou inelegível para direitos autorais, permite que as fotografias constantes em seu site sejam livremente copiadas, utilizadas e reproduzidas sem pagamento.³⁰

David Slater, não satisfeito com a livre disponibilidade do material em um *site* para o qual não havia concedido permissão e nem fora ressarcido financeiramente pelo uso, solicitou sua retirada do ar.

Inicialmente, um administrador do *Commons* removeu as imagens, mas após uma discussão da comunidade acerca da natureza dos direitos autorais, os registros foram restaurados no portal.

Slater não foi notificado da restauração, e quando descobriu, novamente solicitou a retirada.

A Fundação revisou a situação, negou o pedido de Slater e em seu relatório de transparência de agosto de 2014, declarou que “quando os direitos autorais de uma obra não podem ser investidos em um ser humano, ela cai no domínio público”³¹.

²⁹ “*They didn't report it well at all, but I was happy to go along for a bit of fun and some good publicity for the conservation cause.*”

Disponível em: <https://www.vice.com/en_ca/article/3knmnmv/im-a-human-man-being-sued-by-a-monkey> Acesso em 20/10/2018.

³⁰ “*For this reason, Wikimedia Commons always hosts freely licensed media and deletes copyright violations. Licenses that are acceptable include the GNU Free Documentation License, Creative Commons Attribution and Attribution/ShareAlike license.*” A *Wikimedia Commons* é um projeto gerido pela *Wikimedia Foundation*, da mesma rede que o *Wikipédia*, e segundo seu próprio *website*: A *Commons* sempre hospeda mídia licenciada livremente e exclui violações de direitos autorais. As licenças que são aceitáveis incluem as licenças *GNU Free Documentation License*, *Creative Commons Attribution e Attribution/ShareAlike*, outros conteúdos gratuitos e licenças de *software* livre e o domínio público. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Wikimedia_Commons> Acesso em 20/10/2018.

³¹ “*Copyright cannot vest in non-human authors, when a work's copyright cannot vest in a human, it falls into the public domain.*”

Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Monkey_selfie_copyright_dispute#cite_note-bbc-reject-20> Acesso em 20/10/2018

Ademais, o pensamento da Wiki foi o seguinte: os direitos autorais não pertenciam ao fotógrafo, e sim ao macaco, uma vez que foi a *selfie* foi capturada pelo animal. Logo, se tirada pelo animal, e se animais não são sujeitos de direitos, por consequência o macaco não pode, portanto, ser titular de propriedade intelectual. Consequentemente, a imagem é de livre utilização por qualquer interessado. Sob o respaldo do dispositivo 503.03 da Lei de Direitos Autorais dos Estados Unidos que discorre categoricamente que trabalhos não originados de trabalho humano não podem ser registrados, abarcando inclusive obras realizadas por máquinas (processos mecânicos aleatórios) ou originadas por forças da natureza:

503.03: Works not capable of supporting a copyright claim.³²
 Claims to copyright in the following works cannot be registered in the Copyright Office

O conflito de Slater com a *Wikimedia Foundations* foi coberto pelo site *Techdirt* em 12 de julho de 2011. Na respectiva matéria, o site argumenta a favor da fundação, entendendo que a fotografia era de domínio público, pois o macaco por não ser uma pessoa legal, não era capaz de manter direitos autorais, e Slater igualmente não manteria por não ser o criador dela.

Em resposta, a *Caters News Agency* emitiu uma solicitação para remoção da foto por falta de permissão para tanto, mas a *Techdirt* por sua vez replicou: “acreditamos que nosso uso se encaixa perfeitamente nos limites clássicos do uso justo sob a lei de direitos autorais dos EUA. Portanto, não temos planos de remover as fotos ou fazer alterações (...).”³³

A situação se complicou ainda mais quando o Escritório de Direitos Autorais dos EUA, encarregado pela elaboração de diretrizes para iluminar a letra da lei na prática, em seu “Compêndio de Práticas do Escritório de Direitos Autorais dos EUA, Terceira Edição”, cujo conteúdo ultrapassa mil páginas, toma partido da *Wikimedia* ao se posicionar no sentido de vedar o registro de trabalhos de macacos, salientando que os escritórios só podem registrar trabalhos criados por humanos, interpretando a lei da mesma forma que a *Wikipedia*:

Para qualificar o autor de um trabalho, o trabalho deve ter sido criado por um humano. Trabalhos que não satisfazem esse requisito não são “copyrightable”. O Escritório não registrará obras produzidas pela natureza, animais ou plantas. Da mesma forma,

³² “503.03: Works not capable of supporting a copyright claim. Claims to copyright in the following works cannot be registered in the Copyright Office. Disponível no sítio eletrônico: <<http://www.copyrightcompendium.com/#503.03>> Acesso em 01/11/2018.

³³ “We believe that our use falls squarely into the classical confines of fair use under US copyright law. Thus, we have no plans to remove the photos or make any changes, barring *Caters* providing us with a sound basis for doing so.”
 Disponível no sítio eletrônico: <<https://www.techdirt.com/articles/20110712/01182015052/monkeys-dont-do-fair-use-news-agency-tells-techdirt-to-remove-photos.shtml>> Acesso em 21/10/2018

o Escritório não pode registrar uma obra supostamente criada por seres divinos ou sobrenaturais. Exemplo: Uma fotografia tirada por um macaco.³⁴

Em 2014, Slater, em entrevista ao jornal britânico ODN disponível no *Youtube*, afirmou que a empresa acha que a imagem é de uso livre simplesmente porque o macaco apertou um simples botão, entretanto:

Fotógrafos do mundo inteiro estão tendo suas imagens roubadas graças ao acesso da internet, Google Images, etc. As pessoas pensam que é “de graça”, é quase uma cultura de apenas pegar e não perguntar. Eles não estão considerando o esforço, a habilidade, o conhecimento técnico e a visão por trás disso tudo. Eles pensam que a Lei de Direitos Autorais permite o uso à vontade da foto, mas infelizmente isso não foi comprovado. Eles estão chutando e arruinando minha renda fazendo isto. Estão agindo tanto como juízes quanto o próprio júri nesse caso e estarão envolvidos em um grande problema se um real juiz eventualmente decidir a meu favor. Recebi diversos conselhos de advogados e eu realmente almejo resolver isto e espero que a lei de direitos autorais mude para sempre.³⁵

"Isso me exigiu muita perseverança, suor e angústia, e todas essas coisas."³⁶ Afirmou também, que em decorrência da disponibilidade na *Wikipedia* de suas imagens, ninguém demonstrou interesse em comprá-las, logo, pôde estimar que até agosto de 2014 seu patrimônio havia sido diretamente afetado pelos lucros cessantes cujo prejuízo ultrapassara a quantia de £10.000 (dez mil libras), impossibilitando o exercício pleno de sua profissão.³⁷

O cenário conturbado voltou a ser reavivado em 2015, quando David Slater publicou as referidas fotografias em seu livro intitulado “*Wildlife Personalities*” via *Blurb*, uma plataforma

³⁴ “To qualify as a work of “authorship” a work must be created by a human being. Works that do not satisfy this requirement are not copyrightable. The Office will not register works produced by nature, animals, or plants. Likewise, the Office cannot register a work purportedly created by divine or supernatural beings. Examples: • A photograph taken by a monkey.” p. 65

Disponível no sítio eletrônico: <<https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf>> Acesso em 24/06/2019

³⁵ “There’s no consideration of the effort the skill, the effort, the technical knowledge behind it, the vision. They just think that something in U.S. Copyright Law enables them to do this, well, sadly it’s never being tested, they’re guessing and they are ruining my income stream doing this. They are acting as judge and jury in a law case and they’re going to be in big trouble if a judge eventually rules in my favor. I’m getting a lot of free advice from lawyers and I really think I’ve been golden into pursuing this. Copyright law hopefully will be changed forever. Photographers worldwilde are now having their images stolen thanks to the access of the internet, Google Images, etc. People think it’s free, it’s almost a culture of just take and don’t ask.” 00:50 min.

Disponível no sítio eletrônico: <<https://www.youtube.com/watch?v=FQBefFWUFOo>> Acesso em 24/06/2019

³⁶ “It wasn’t serendipitous monkey behavior. It required a lot of knowledge on my behalf, a lot of perseverance, sweat and anguish, and all that stuff.”

Disponível no sítio eletrônico: <<https://www.theguardian.com/environment/2017/jul/12/monkey-selfie-macaque-copyright-court-david-slater>> Acesso em 01/11/2018

³⁷ “It’s hard to put a figure on it but I reckon I’ve lost £10,000 or more in income. It’s killing my business.” Disponível no sítio eletrônico: <<https://www.bbc.com/news/uk-england-gloucestershire-28674167>> Acesso em 01/11/2018.

americana de auto-publicação, que permite que seus usuários criem, divulguem, compartilhem e vendam seus próprios materiais pelo formato *e-book* (livro online).

Ciente das publicações, a PETA (*People for the Ethical Treatment of Animals*) ou Pessoas pelo Tratamento Ético dos Animais, uma organização não governamental sem fins lucrativos que luta pelas causas animais³⁸, ajuizou uma ação contra Slater, *Wildlife*, e a Blurb Inc., empresa de software de autopublicação, perante a Corte Federal de São Francisco, nos Estados Unidos, buscando o reconhecimento dos direitos autorais ao macaco, denominado Naruto, e a administração dos rendimentos das fotos para a PETA, em benefício de Naruto e de sua comunidade residente na respectiva reserva indonesiana.

6.3 Desfecho e Decisão da Corte

A Corte de Apelos do Nono Circuito com sede na Califórnia confirmou decisão anterior datada de 2016 do juiz distrital dos Estados Unidos da América, William Orrick, que rejeitou a ação movida pela PETA em nome do animal frente o fotógrafo David Slater, que havia recorrido.

No processo, onde figuram NARUTO, a Crested Macaque, by and through his Next Friends, People for the Ethical Treatment of Animals, Inc., como apelante, e DAVID JOHN SLATER; BLURB, INC., a Delaware corporation; WILDLIFE PERSONALITIES, LTD., a United Kingdom private limited company, como apelado, foi arguido pela ONG representante do animal que o fotógrafo havia infringido direitos autorais do macaco ao divulgar no livro *Wildlife Personalities*, vez que o macaco quem havia tirado a foto, e dele portanto eram os direitos autorais. Alegam que o macaco, assim como muitos outros animais, são seres inteligentes e sofisticados, dignos de ter posse legal de sua própria propriedade intelectual e de possuir outros direitos como membros da comunidade jurídica. Requereram que o tribunal designasse PETA e a primatologista alemã Antje Engelhardt para administrar o caso, declarasse Naruto o autor, bem como que todos os lucros provenientes da exposição da foto do animal fossem destinados para si, para que ele pudesse beneficiar-se de sua própria obra.

³⁸ A PETA é uma organização beneficente internacional sem fins lucrativos com sede em Norfolk, Virgínia, com afiliadas em todo o mundo. Fundada em 1980, dedica-se a estabelecer e defender os direitos de todos os animais. A ONG opera sob o princípio de que os animais não devem servir de experimento, uso, entretenimento ou abuso de qualquer forma. A PETA educa os formuladores de políticas e o público sobre o abuso de animais, promove o tratamento gentil dos animais e atua como representantes de suas causas interligadas.

Disponível em: <<https://www.peta.org/about-peta/learn-about-peta/>> Acesso em 21/10/2018

Entretanto, a Corte entendeu de maneira diversa.

No dia 12 de julho de 2017, o Tribunal de Apelos do 9º Circuito decidiu através do painel de três juízes (Judge Carlos Bea, Judge Randy Smith, and Judge Eduardo Robreno) que a PETA não apenas não tinha o status de “amigo próximo” para trazer a ação em nome do macaco, como todos os animais em geral não têm legitimidade para processar sob o respaldo da Lei de Direitos Autorais. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2017).

O Nono Circuito concluiu que o *Copyright Act* não declara que os animais podem processar, uma vez que está claro que a lei somente se aplica aos seres humanos. “*Monkey can see but monkey can’t sue.*” O juiz Carlos T. Bea completiy:

A Lei de Direitos Autorais não autoriza expressamente que os animais registrem ações de violação de direitos humanos nos termos do estatuto.³⁹ Portanto, baseado no precedente desta corte no caso *Cetacean vs. Bush, Naruto* não tem legitimidade para processar sob a Lei de Direitos Autorais.⁴⁰

A Corte, absolutamente certa de sua decisão e decidida a impedir futuros litígios envolvendo a PETA, não se contentou em apenas analisar a lei de *Copyright Acts* e seu descabimento ao caso concreto. Ela, ainda, se incumbiu da análise da legitimidade de representação da ONG, e utilizou uma frase presente no próprio site da organização para confrontar uma suposta hipocrisia na atitude do órgão protetor dos animais:

Intrigantemente, enquanto apresenta ao mundo que “os animais não são nossos para comer, usar, experimentar, usar para entretenimento ou abusar de qualquer outra forma”, a PETA parece empregar Naruto como um peão involuntário de seus próprios objetivos ideológicos. No entanto, é precisamente isso que deve ser evitado, exigindo que “amigos próximos” tenham de fato uma relação significativa, e não apenas um interesse institucional da parte incompetente.⁴¹ Está claro que a verdadeira motivação da PETA nesse caso foi promover seus próprios interesses, não os de Naruto.⁴²

Todos os três juízes concordaram que os animais em geral não podem ser representados por “amigos próximos”, crentes de que o caso, portanto, deveria ter sido descartado antes

³⁹ “*The panel held that the monkey lacked statutory standing because the Copyright Act does not expressly authorize animals to file copyright infringement suits.*” JUSTIA CASE, p. 02

⁴⁰ “*Therefore, based on this court’s precedent in Cetacean, Naruto lacks statutory standing to sue under the Copyright Act.*” JUSTIA CASE, p.17

⁴¹ “*Puzzlingly, while representing to the world that “animals are not ours to eat, wear, experiment on, use for entertainment, or abuse in any other way,” see PETA, <https://peta.org> (last visited Apr. 5, 2018), PETA seems to employ Naruto as an unwitting pawn in its ideological goals. Yet this is precisely what is to be avoided by requiring next friends to have a significant relationship with, rather than an institutional interest in, the incompetent party.*” JUSTIA CASE, p. 08

⁴² “*It is clear: PETA’s real motivation in this case was to advance its own interests, not Naruto’s.*” JUSTIA CASE, p. 41

mesmo de chegar à questão que versa sobre o direito autoral. O juiz Smith finalizou: “Infelizmente, as ações da PETA podem ser o novo normal sob o cenário atual.”⁴³

Aparentemente, um flagelo de ações judiciais movidas por ONGs reclamando direitos dos animais não soa como o pior tipo de futuro para se viver, mas o Nono Circuito mostrou-se extremamente severo com a ONG, no caso em tela. Como o caso foi descartado por falta de posição, o painel de juízes não chegou sequer a abordar questões relevantíssimas para o caso.

Em um comunicado publicado no site oficial elaborado pelo advogado geral de PETA, Jeff Kerr, a extrema necessidade de *Naruto* foi o que sustentou totalmente o motivo que levou a este processo. A organização afirma que continuará trabalhando para que os direitos fundamentais dos animais sejam reconhecidos pela lei, incluindo os direitos como criadores:

Hoje, o tribunal reafirmou que os animais não têm o direito constitucional de levar um caso ao tribunal quando forem injustiçados, e o ponto principal ainda foi ignorado, que o macaco inegavelmente tirou as fotos, mas seu direito de processar sob a Lei de Direitos Autorais foi negado enfatizando o que a PETA sempre argumentou – que ele é discriminado simplesmente porque é um animal não-humano.⁴⁴

6.4 Análise Crítica sob os Fundamentos Autorais

Como a Corte Americana não adentrou na análise material, extinguindo o processo com resolução de mérito, mas tão somente devido a preliminar processual relacionada a ilegitimidade da *friendly part*, cabe-nos fazê-lo com base nos estudos literários e nos dispositivos legais expostos no decorrer deste trabalho.

Surpreende que a Corte tenha se atido a um único argumento para justificar a denegação de autoria tendo em vista uma lide de extrema complexidade quanto esta. Sem de fato analisar o Direito do Autor, o fotógrafo apelado, restou vencedor não por ter sido oficialmente reconhecido tal como, mas porque vícios de nulidade processual da parte oposta saltaram muito mais aos olhos do Tribunal. O Nono Circuito deixou passar diversos argumentos importantes, e, tendo em vista que o sistema jurídico basilar americano é o do *common law*, seria interessante para toda a sociedade que a análise dos precedentes fosse feita de forma integral, completa.

⁴³ “Unfortunately, PETA’s actions could be the new normal under today’s holding.” JUSTIA CASE, p. 41

⁴⁴ “Today, the court reaffirmed that nonhuman animals have the constitutional right to bring a case to federal court when they’ve been wronged, but the opinion still missed the point, which was that *Naruto* the macaque undeniably took the photos, and denying him the right to sue under the U.S. Copyright Act emphasizes what PETA has argued all along—that he is discriminated against simply because he’s a nonhuman animal.”

Disponível em <<https://www.peta.org/media/news-releases/peta-statement-ninth-circuits-monkey-selfie-opinion-reaffirms-nonhuman-animals-constitutional-right/>> Acesso em: 26/05/2019

A iniciar pela análise da jurisdição que, aparentemente, não apresenta irregularidades. Embora alguns autores argumentem que, se “uma obra subsiste onde quer que seja originária (Convenção de Berna, Artigo 5 (1))” e é “é originária do país onde foi publicada pela primeira vez (Convenção de Berna, Artigo 5 (4) (a))”, então “seria mais do que justo supor que a lei de direitos autorais do Reino Unido se aplicaria Nesta instância”. (GUADAMUZ, 2016, p. 03).

Todavia, a regra geral de escolha da lei para determinar se um direito autoral foi violado é do país em que ocorreu o uso não autorizado (GUADAMUZ, 2016), sob a égide do *Locus Regit Actum*⁴⁵.

Como a regra de escolha relevante da lei para a violação de direitos autorais exige a aplicação da lei em vigor no local em que a violação ocorreu, a territorialidade implica que a lei que rege uma violação será, na maioria dos casos, se não todos, a lei do país em que a infração ocorreu. Da mesma forma, o tratamento nacional sob os tratados de direitos autorais, embora não estritamente falando uma regra de escolha da lei, geralmente opera como uma regra de escolha da lei na prática, sujeitando estrangeiros e nacionais à lei do país protetor. (GINSBURG, 2003, p. 61).

Desta forma, não há qualquer óbice para que a jurisdição a ser aplicada seja a dos Estados Unidos, ainda que o “réu” seja britânico e o fato tenha ocorrido na Tailândia, eis que a *Blurb*, empresa responsável pela publicação do livro de David é de Delaware, e tem seu material impresso enviado de São Francisco – e é este o fato considerado infrator.⁴⁶

A Convenção de Berna e a Convenção Interamericana preveem proteção às obras fotográficas de forma expressa e clara, nos arts. 2º, alínea 1 (a) e art. 111, respectivamente. Além disso, dispensam formalidades para o gozo do respaldo jurídico, inclusive nos países de sistema *Copyright*, a não ser para mero caráter *probatum tantum*. Assim sendo, não há nenhuma razão legal para considerar o Escritório de Direitos Autorais como relevante para este caso:

O Gabinete de Direitos Autorais dos EUA não é um tribunal e sua declaração faz parte de um livreto de orientação que não tem valor legal. Além disso, a declaração é apenas para fins de registro, mas o registro não é necessário na lei internacional de direitos autorais, conforme a Convenção de Berna. (GUADAMUZ, 2016, p. 05).

⁴⁵ O lugar regula o ato

⁴⁶ A título de curiosidade, pode ser interessante salientar que o Artigo 1 da lei de direitos autorais da Indonésia define um autor como uma pessoa cuja obra “é produzida, com base na capacidade intelectual, imaginação, destreza, habilidade ou perícia manifestada de forma distinta e é de uma natureza pessoal”. Essa definição está muito próxima do padrão europeu, conforme identificado na jurisprudência, e seria possível argumentar fortemente que Slater também seria o proprietário dos direitos autorais nessa jurisdição.

Acerca da autoria, é unânime na doutrina que a criação é um ato crítico, imanente do ser humano, da pessoa física. Berna concede argumento ainda mais fácil para o caso, eis que seu art. 15 consta que basta que o autor se considere como tal para sê-lo. Slater manifestou-se como autor desde o início, foi devidamente reconhecido por várias outras pessoas jurídicas e físicas, que inclusive lhes respeitaram os direitos morais e patrimoniais. Por outro lado, e por óbvio, o mesmo não se deu pela parte contrária, aquela que o Wikipedia e a PETA acreditam ser a autora correta.

Sobre este embate, resta claro que a autoria é de David. A teoria de Jane C. Ginsburg, explicita que a autoria “prima a mente, não o músculo”. Ora, aquele que prepara o ambiente, posiciona a câmera, imagina a cena, idealiza o ângulo e não o bastante, ainda aciona o obturador, labora muito mais que aquele que simplesmente move seu dedo indicador. É o entendimento internacional:

A Seção 9 (3) da Lei de Informática, Desenhos e Patentes (CDPA) do Reino Unido estabelece que o autor de uma obra literária, dramática, musical ou artística gerada por computador “deve ser considerada a pessoa por quem os arranjos necessários para a criação do trabalho (...), a escolha do assunto, a posição do operador, o tempo de pose, constituem operações do espírito e não simples atos materiais. Que, em comparação com o trabalho do pintor, apenas os instrumentos e a técnica são diversos, exigindo-se, porém, a mesma fantasia e imaginação. Que fotografias de um mesmo objeto podem oferecer resultados totalmente diversos. Que a escolha do assunto, a composição da imagem, o jogo de luz e sombra, perspectiva, ângulo, equilíbrio dos elementos, relevo, movimento representam um esforço intelectual digno de proteção, embora não se deva levar em conta o esforço intelectual despendido, mas o resultado obtido. É o ato intelectual de escolha, praticado pelo fotógrafo, que confere o caráter de originalidade à obra. (...) Outras decisões francesas deram proteção à fotografia, levando em conta a escolha do objeto, o ângulo da tomada, o grau de iluminação e outros detalhes que indicavam um trabalho pessoal do fotógrafo (Orléans, 4-2-1925) ou o seu caráter relevante de arte, apresentando um esforço intelectual e pessoal independente da parte mecânica de operação (Paris, 12-3-1935). (SILVEIRA, 2012, p. 90-91).

Além disso, de acordo com o postulado quatro de Jane, o autor é aquele que almeja ser criativo. David, fotógrafo profissional, que tem a fotografia como o trabalho que lhe sustenta, que busca sempre se aprimorar e inovar artisticamente, tem por fim último obrar criativamente. Impossível dizer o mesmo do animal.

De forma sucinta, o autor “é um ser humano que exerce julgamento subjetivo na composição da obra e que controla sua execução.” (GINSBURG, 2003, p. 05). Ora, não houve “julgamento” por parte dos animais, quiçá um reflexo de sorte. Por outro lado, David tomou

todas as providências para que o clique fosse tirado, e seu esforço de execução possui nexo causal substancial para o resultado.

Surpreendentemente, o fato de o macaco ter pressionado o botão da câmera é irrelevante quando se trata de direitos autorais em fotografias. A proteção de direitos autorais é concedida a uma fotografia como uma obra artística quando ela cumpre os requisitos de originalidade, e a maior parte da jurisprudência tenta determinar com precisão onde está o limiar de originalidade. (ROSATI, 2013 apud GUADAMUZ, 2016).

A foto de David ficou conhecida como a primeira selfie animal do mundo, a originalidade e a criatividade são irrefutáveis.

Reconhecemos universalmente que o ato mecânico de tirar uma foto em si não é o que cria a subsistência dos direitos autorais, o que importa é o que acontece antes e depois.

O processo de seleção subsequente e o desenvolvimento da imagem também podem indicar a presença de direitos autorais na imagem. (GUADAMUZ, 2016, p. 08-09).

O fato de David ter seguido os macacos, conquistado sua confiança, posicionado seu equipamento no cenário específico e selecionado as fotos é o suficiente para configurar a expressão de sua personalidade. “O seu esforço nos leva a crer que houve um esforço deliberado para tentar obter uma imagem que reflita sua personalidade de autor.” (GUADAMUZ, 2016, p. 07-08).

Tem-se uma clara violação dos direitos do autor na medida em que o *Wikimedia*, desrespeita a personalidade do autor e seu patrimônio, ao postarem sua foto sem os créditos e sem lhe pedirem autorização. É corolário da Convenção de Berna e demais leis alienígenas que cabe somente ao autor o uso e exploração de suas obras.

A teoria do domínio público é falha, pois leva em consideração a autoria sendo do macaco. Como vimos, não é, pois a participação do macaco para o resultado foi ínfima perto do contexto por trás do apertar de botão. Não o bastante, seria possível finalizar a discussão com o simples argumento da impossibilidade de personalidade do animal.

Em linhas breves,

(...) Enfrentou-se (...) a possibilidade de atribuição do estatuto pessoal a animais não humanos, constatando-se que, tanto com base na perspectiva filosófica tradicional quanto, e especialmente, com base no conceito axiológico-normativo, não se mostra possível a concessão de tal status a animais não-humanos sob pena de graves consequências para a estrutura histórico-filosófico-política da sociedade contemporânea, além de se comprometer o tratamento ético-jurídico conferido a determinados seres humanos em situações limítrofes (...). Dada esta impossibilidade, e como consequência, da não existência de direitos ou deveres diretos de conduta, no sentido de justiça, para animais não-humanos, afirmou-se a existência tão

somente de deveres morais indiretos – no aspecto ético apenas – para com estes seres. (REIS, 2015, p. 77).

Desta feita, como não se pode falar em deveres diretos para com uma obra de arte, como Guernica de Picasso, tendo-se apenas deveres indiretos para com a humanidade de preservar algo culturalmente valioso, também não se tem deveres diretos para com os pacientes morais” (REGAN, 1983 apud REIS, 2015, p. 50).

Ainda que exista um debate acerca da tutela dos animais, levando as principais teorias sobre o tema, tal como a Teoria utilitarista de Peter Singer e a deontológica de Tom Regan, nenhuma delas argumenta pelo direito de o animal tornar-se proprietário. Conforme visto, a propriedade intelectual é fruto da criação do espírito, e o direito patrimonial, por ficção jurídica, tratado da mesma forma que bens móveis. Assim, se uma obra fotográfica é uma propriedade intelectual e Naruto/Ella não podem ser proprietários, a possibilidade de atribuição de autoria ao animal é de veras impossível, para não dizer absurda.

Sobre nada obstar que o relativa e o absolutamente incapaz possam ser autores, e a defesa de seus direitos ser exercida por seus representantes, novamente vemos a reserva para *pessoas*.

Bem relembra David em sua entrevista que o mundo parece não estar considerando o esforço, a habilidade, o conhecimento e a técnica por trás do resultado útil. Mas deveria, pois esta é exatamente a essência da criação do instituto “propriedade intelectual”: Recompensar o *backstage* ardiloso que gera um resultado útil, ou no mínimo agradável para a sociedade. A alegação do autor de que os fotógrafos estão tendo suas imagens roubadas é relevante para o debate acadêmico, pois aqui comprova-se a Teoria econômica do *Market Faillure*, visto em momento oportuno.

Eis a importância da análise do caso concreto, e a salutar hipótese de que a *Wikipedia* apropriou-se indebitamente de propriedade alheia, ainda que tenha agido sem o intuito de lucro.

A própria Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI destaca que o objetivo das legislações de direitos autorais é equilibrar os interesses daqueles que “produzem o conteúdo” com o interesse público. Para isso foi estabelecido na Convenção de Berna uma regra, que deve ser observada na concessão de dispensa de autorização do autor/titular, de modo que a facilidade de acesso não venha a prejudicar o criador. Presente na Convenção de Berna e o Acordo TRIPS⁷, a regra dos três passos determina que os Estados membros são livres para estabelecer limitações e exceções desde que não prejudique a comercialização da obra.⁴⁷

⁴⁷ Berne Convention, article 9 (2): “It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.” Ver em: http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698; TRIPS

Acerca da extrema necessidade dos macacos ter sido a motivação para o ajuizamento da ação, já que correm grave risco de extinção, tem-se duas posições: (In)felizmente a situação concreta não configuraria nem coautoria. Em termos práticos, não há hipótese jurídica alguma que pudesse auferi-los algum proveito econômico. Inclusive, uma vez considerados bens semoventes, a exploração dos animais é avalizada das mais diversas formas. Ainda que o macaco tivesse sido explorado – o que de certa forma foi, o fotógrafo não teria cometido nenhuma ilegalidade. Esta é a visão reta e legalista.

Por outro lado mais sensível, é compreensível que a situação instigue um sentimento de injustiça e inconformismo tendo em vista o contexto da criação da foto e o contexto da situação dos animais suwalesianos. Não seria justo dividir com o macaco parte da receita, já que, ele participou ainda que de forma inconsciente para a promoção positiva da fotografia? Talvez, mas ressalte-se, não existe respaldo legal vigente nem nos Tratados e nem nas leis pátrias para que isso fosse decretado pela Corte. Todavia, parece que esse caso teve um desfecho ideal e surpreendentemente satisfatório.

Em 2016 David Slater concordou, espontaneamente em destinar 25 por cento dos rendimentos brutos das fotos dos macacos tailandeses para as instituições de caridade que protegem os habitats dos macacos-de-crista Sulawesianos, como forma de apoiar os animais e a comunidade local, sendo esta a primeira vez que um animal obterá um benefício financeiro direto de algo que produziu. Em declaração conjunta igualmente publicado no site da PETA, tanto a ONG quanto o fotógrafo concordam que este caso levanta questões importantes sobre a expansão dos direitos legais para animais não-humanos, uma meta que ambos apoiam e que continuarão seus respectivos trabalhos para alcançar este objetivo. Em seu Facebook, David postou:

Espero que os animais selvagens recebam cada vez mais direitos fundamentais no futuro – como direitos à dignidade, sobrevivência, pátria e seus privilégios evolutivos. Eles nos aceitam como parte de sua paisagem com um grande sorriso. Precisamos aceitá-los como parte do nosso, não acha?⁴⁸

Agreement, p. 325: “Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder”. Ver em:

https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf

⁴⁸ “I so hope that wild animals are granted more and more fundamental rights in the future - like rights to dignity, survival, homeland, and their evolutionary privileges. They accept us as part of their landscape, with a big smile. We need to accept them as part of ours don't you think?” Disponível em: <<https://www.facebook.com/DavidJSlater/posts/967309906780249>> Acesso em: 20/09/2019

7 CONCLUSÃO

“Nada se cria, tudo se transforma”. (Lavoisier)

Dotada de valor econômico extraordinário, a propriedade intelectual erige a espinha dorsal da cultura e das indústrias mundiais. Vivemos em uma época em que o ativo intangível supera o tangível.

O Direito Autoral, de gênese conturbada, teve seu processo constantemente dividido entre vieses morais e econômicos. Ainda é. Por mais que a doutrina divirja sobre a natureza dos direitos intelectuais, é possível concluir que os direitos morais e os direitos patrimoniais são duas facetas que interpenetram-se, mesclam-se e completam-se.

Pelo contexto histórico, foi possível perceber que na verdade a implementação dos privilégios nunca sequer tangenciou a proteção da obra e nem mesmo do autor, afinal o verdadeiro intuito sempre foi instrumentalizar influências diversas, desde cunho político para controlar o que se publicava, ordem social para beneficiar as editoras e diretriz econômica para que o Estado pudesse auferir receitas e taxas sobre tais concessões.

Agora com uma roupagem melhor, a proteção ao Direito Autoral busca harmonizar estes os polos morais e patrimoniais e proteger tanto as obras, e por consequência os autores, quanto a coletividade e o interesse público, sem se esquecer do capital e dos investidores.

Mas será que a proteção ao direito autoral de fato protege a cultura? Ou a cerceia? A resposta é: depende.

Ainda que surja com o nascimento da obra, existem requisitos importantes a serem preenchidos para a obtenção do benefício de proteção autoral. Não é tão fácil quanto parece, inclusive pode ser algo bem problemático - vide o caso concreto estudado. Mas sobretudo, que bom que assim o é, pois a proteção é importante: premia o espírito produtivo, incentiva a produção, compensa o investimento e valoriza o vínculo subjetivo entre o criador e a obra. Mas em excesso, torna-se tóxica e causa exatamente o oposto: Obstaculiza o acesso à informação, burocratiza o processo de conhecimento, não representa necessariamente maior lucro para o autor e dificulta a produção de novos conteúdos.

O direito autoral pode ser entendido como um remédio, que, se ultrapassada a dosagem pode vir a se tornar um veneno, um verdadeiro desserviço ao país, ou ao mundo, do ponto de vista global. O Direito Autoral do século passado não é o mesmo do século presente, e nem será o mesmo no século seguinte, que inclusive será inaugurado muito em breve. O advento da internet trouxe transformações extremamente profundas e positivas nas relações sociais e

autorais, o que implica na reanálise dos paradigmas proprietários-intelectuais vigentes com o intuito de entendê-las para mantê-las, não mitigá-las e combatê-las:

Se analisados em conjunto com os questionamentos levantados acerca dos pressupostos em que se assenta o regime de proteção à propriedade intelectual, conclui-se que o ambiente virtual sugere uma reavaliação de conceitos básicos, uma readequação técnica e uma reinvenção do modelo de governança internacional em relação à temática. (DINIZ, 2010, p. 48)

Conclui-se que deve se almejar um equilíbrio, e lutar por ele. O Direito Autoral deve construir um panorama onde ganha o criador e ganha a sociedade. O advento da *internet* exige com urgência uma abordagem mais flexível da propriedade do intelecto, que respeite os interesses dos usuários e a própria lógica facilitadora da internet, o que pode inclusive ser benéfico para a própria concepção de legitimidade dessas normas, podendo ser compreendidas nesses novos termos como regras mais “justas”, fundamental para a assimilação individual e a compreensão social de que aquele é o comportamento “certo” a se seguir (DINIZ, 2010, p. 120-121), eis que não é o que acontece com frequência:

O cenário que se tem (...) é uma sociedade infringente em potencial que, em sua maioria, simplesmente ignora as leis de copyright. Em outras palavras, “as leis de cópia são quase a mesma categoria das leis de limite de velocidade – as pessoas esquecem que elas estão lá.”

Caso permaneça inerte, tem-se que a problemática envolvendo Direito Autoral paulatinamente restará ao judiciário, pautado no direito internacional privado, resolver. Levando em consideração que nem o Acordo TRIPS conseguiu alcançar uma uniformização legislativa em relação à propriedade intelectual, é possível inferir que se o último recurso é sempre - e com frequência - o judiciário, algo de errado ou insuficiente pode estar ocorrendo com as leis.

A internet permite a distribuição global instantânea de músicas, filmes e trabalhos literários sem custo algum. Nesse sentido, a solução judicial não parece ser um caminho eficiente no contexto atual devido à dificuldade de processar o expressivo número de usuários infringentes dentro dos limites da jurisdição de um Estado. (DINIZ, 2010, p. 40)

O que o Brasil não precisa é de processos judiciais. Considerando nosso Judiciário, abarrotado de demandas (sem falar na deficiência de infraestrutura e na insuficiência de pessoal), e nosso povo carente de acesso a fontes culturais, o processo judicial é, no mínimo, um erro duplo. O Brasil precisa, na verdade, da criação de novos modelos de exploração de direitos autorais que efetivamente remunerem o autor a partir do pagamento de valores acessíveis aos consumidores. Precisa também de uma lei que esteja em conformidade com a vida contemporânea e com as novas tecnologias. Isto porque o que presenciamos hoje não é a atuação de uma sociedade à margem da lei; vivemos, isso sim, o melancólico drama de uma lei à margem da sociedade. (BRANCO, 2009, p. 1432)

Ouso dizer que não só o Brasil, mas o mundo todo precisa não de mais processos, mas de mais acesso à cultura, mais facilitações para a leitura, mais incentivos para o estudo, mais livros com conteúdo enriquecedor, mais estímulo à criação e mais fomento ao desenvolvimento de habilidades artísticas.

Ao mesmo tempo que menos burocracia, menos obstáculos à aprendizagem, menos impostos absurdos nos bens intelectuais, menos empecilhos à pesquisa e menos óbice à democratização de ideias.

Concorda a doutrina que o Direito Autoral atual não comporta da melhor maneira as demandas contrapostas que por vezes se veem chocadas em um dilema difícil de conciliar, inclusive que “independente do que a revolução tecnológica da era digital represente de fato, nossa compreensão tradicional de direitos autorais e direito da propriedade intelectual irá se tornar, em breve, obsoleta” (DINIZ, 2010, p. 107 apud AOKI, 1996, p. 1305)

Como conseguiremos resolver este desafio é algo que eu, particularmente, me sinto empolgada em descobrir.

“Deixe o autor criar, ao invés de matá-lo com burocracia”. (Bruno Jorge Hammes).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, Otávio. **Direito Autoral: Conceitos Essenciais**. Editora Moanoele: Barueri, 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor sem autor e sem obra. **Boletim da Faculdade de Direito: STVDIA IVRIDICA**, Coimbra, Portugal, n. 91, 2008, v. 3. Universidade de Coimbra. Disponível em: < <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/02/ASCENS%C3%83O-J.-Oliveira.-Direito-de-Autor-sem-Autor-e-Sem-Obra-2.pdf>>. Acesso em 18 de novembro de 2019.
- BARBOSA, Denis Borges. **Direito Autoral e Liberdade de Expressão: Estudos de Direito**. [online], 2005. Disponível em: < <http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>>. Acesso em 18 de novembro de 2019.
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.
- BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de Direito de Propriedade Intelectual**. Evocati: Aracaju, 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4ª ed. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2005.
- BRANCO, Sérgio; PARANAGUÁ, Pedro. **Direitos Autorais**. Editora FGV: Rio de Janeiro, 2009.
- BRASIL. **Decreto n.º 9.761 de 11 de abril de 2019**. Aprova a Política Nacional sobre Dogras. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de abril de 2019.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **O acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS): Implicações e possibilidades para a saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1615.pdf>. Acesso em 18 de novembro de 2019.
- BRASIL. **Lei n.º 9.610 de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1998.
- CONVENÇÃO DE BERNA. **Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas**. 24 de julho de 1971. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2019.
- CONVENÇÃO DE PARIS. **Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial**. 20 de março de 1883. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf>. Acesso em 18 de novembro de 2019.

DI BLASI, J.R, G.; GARCIA, M. S.; MENDES, P. P. M. **A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da lei nº 9729, de 14 de maio de 1996.** Forense: Rio de Janeiro, 1997.

DINIZ, Pedro Ivo Ribeiro. **A Tutela Insuficiente do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Autorais na Era Digital.** 2010. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC), Belo Horizonte, 2010.

DUARTE, Eliane Cordeiro de Vasconcellos Garcia; PEREIRA, Edmeire Cristina. **Direito Autoral: Perguntas e Respostas.** Editora da UFPR: Curitiba, 2009.

EBOLI, João Carlos de Camargo. Os direitos conexos. **R. CEJ**, Brasília, n. 21, p. 31-35, abril/junho de 2003. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/542-881-1-pb.pdf>>. Acesso em 18 de novembro de 2019.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos.** Quartier Lantin: São Paulo, 2012.

FRANÇA. **Lei Le Chapelier (1791).** Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/histdiscipgrad/LeiChapelier.pdf>>. Acesso em 18 de novembro de 2019.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet: Direitos Autorais na Era Digital.** Editora Record: Rio de Janeiro: 2007.

GINSBURG. J. C. G. **The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law.** De Paul: 2003.

GOLDSTEIN, Paul. **International Copyright: Principles, Law, and Practice.** Oxford University Press: Oxford, 2001.

GUADAMUZ, Andrés. The monkey selfie: copyright lessons for originality in photographs and internet jurisdiction. **Internet Policy Review**, v. 5, n. 1, Brighton, United Kingdom, 2016. Disponível em: <<http://policyreview.info/articles/analysis/monkey-selfie-copyright-lessons-originality-photographs-and-internet-jurisdiction>>. Acesso em 18 de novembro de 2019.

JAZSI, Peter. Toward a theory of copyright: the metamorphoses of “authorship”. **Duke Law Journal**, v. 40, n. 2, 1991, p. 455-502.

LEMONS, Ronaldo. **Propriedade Intelectual.** Editora FGV: Rio de Janeiro, 2011.

MACHLUP, Fritz; PENROSE, Edith. The Patent Controversy in the Nineteenth Century. **The Journal of Economic History**, v. 10, n. 1, may. 1950, pp. 16-17.

NETTO, José Carlos Costa. **Direito autoral no.** 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2019.

NEWTON, Silveira. **Direito de autor no design.** 2ª Edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2012.

PANZOLINI, Carolina; DEMARTINI, Silvana. **Manual de direitos autorais**. TCU, Secretaria-Geral de Administração: Brasília, 2017.

PIMENTA, E. S. **Dos crimes contra a propriedade intelectual**: violação de direito autoral, usurpação de nome ou pseudônimo. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994.

REIS, Fellipe Guerra David. **A Dimensão Axiológica da Pessoa e as Pretensões Animalistas**: um ensaio sobre o conceito bioético de pessoa e os direitos dos animais não-humanos. 2015. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora, 2015.

SANTOS, Manuella. **Direito Autoral na Era Digital**: Impactos, Controvérsias e Possíveis Soluções. Saraiva: São Paulo, 2009.

SHERWOOD, R. M. Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico. Trad. Heloísa de Arruda Villela. EDUSP: São Paulo, 1992.

SLATER, David J. Figura 1 e 2. Disponível em:
<<http://www.djsphotography.co.uk/monkeyselfie.htm>> Acesso em 26/05/2019.

TUSHNET, Rebecca. **Naming Rights**: Attribution and Law. Georgetown University Law Center Scholarship: Georgetown, 2007.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Naruto v. Slater*. Argued and Submitted July 12, 2017 San Francisco, California. Disponível em: <<https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca9/16-15469/16-15469-2018-04-23.pdf?ts=1524502895>>. Acesso em 18 de novembro de 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. Saraiva: São Paulo, 2015.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Estatuto da Rainha Ana: Estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de copyrights. **Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 39, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leonardo_zanini.html>. Acesso em 18 de novembro de 2019.