

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE
INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA**

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

DAVI JOSE DE SOUZA DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: João Marcelo de Lima Assafim ; Davi Jose De Souza Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-850-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

Nesta oportunidade, vejo-me na afortunada função de coordenar, como já faço há mais de uma década, no âmbito do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito, o Grupo de Pesquisa intitulado Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e concorrência realizado dia 15 de novembro de 2019. O Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI) cria a oportunidade de integrar todos os programas de pós-graduação em direito em sentido estrito (PPGDs) nacionais - e estrangeiros - em torno de determinados temas. Muito mais importante que as apresentações das obras, são os debates e as relações acadêmicas que delas derivam. Os encontros são periódicos, itinerantes e cobrem todos os rincões de nosso País. Nesta edição, do encontro realizados na cidade de Belém (de 14 a 16 de novembro de 2019), não só as políticas de inovação entram em pauta, mas, também, novos negócios, limites e flexibilidades de direitos de propriedade intelectual, acesso a medicamentos e a equipamentos médicos, bem como também questões sobre o impacto das mais variadas restrições à livre concorrência (do Abuso de Direito e da Posição dominante ou Poder de Monopólio aos acordos restritivos horizontais e verticais) sobre o Direito do Consumidor. Bem, nada novo a partir da teoria dos bens imateriais e da concorrência. Está claro que a PI ao afastar a concorrência estática mediante o exercício regular de direito, fomenta a concorrência dinâmica mediante o incentivo a pesquisa aplicada - tanto pela indústria como mediante a cooperação desta com a universidade - e a inovação em produtos e serviços. No entanto, o exercício abusivo de tal direito (tanto do direito de PI como o direito a PI) implica em uma barreira a entrada mais danosa que qualquer outro tipo penal aplicável aos bens materiais corpóreos. A subtração de um bem, ocorre única vez, enquanto, o abuso de de DPI tende a criar um parasita que suga a qualidade de vida de fornecedores, adquirentes, concorrentes potenciais ou efetivos (sujeitos a incrementos de custo, expulsão ou barreira a entrada) enquanto o monopólio ilícito o distorção estrutural durar, impondo aos consumidores preço de monopólios (com seu cancerígeno peso morto) ou escassez. Isso, por óbvio, não tira a importância dos direitos de propriedade intelectual, ao contrario, são estratégicos para o sistema nacional de inovação, para as pequenas e médias empresas, e, especialmente, as “start ups” em tecnologia, entre outros.

No entanto, novos mercados, novas preocupações. As forças (envidadas na luta por participação ou “share”) entre os novos e velhos mercados cria tensões tectônicas e, por certo, o consumidor está no meio. Nesse meio tempo, os mercados tradicionais se

concentram (ainda mais) e as condutas se aperfeiçoam para criar “exclusivos”, de um lado, e as plataformas digitais se apoderam de dados pessoais e como posse de “big data”, crescem, se agigantam e concentram. Com efeito, a comunidade científica está preocupada com a fragilidade do consumidor em situações de abuso de direitos na chamada nova economia. Nesse sentido, referido-nos, não tão somente ao novos métodos de negócio com base na rede internacional de computadores e respectivos equipamentos e serviços de telecomunicações relacionados, mas também, o mercado de inovação como um todo. Nesses mercados, fica clara a influencia shumpeteriana em matéria de análise dinâmica (relativamente à concorrência por superação, i.e., tecnologias novas superando e destruindo tecnologias antigas). Documentos tão antigos como o famoso USIP Guidelines de 1995 (EEUU) e as isenções por categoria da UE (relativos ao artigo 101.3 do TFUE) já consideram, há mais de três décadas, a análise dinâmica aplicada - além do tradicional mercado de produto (que mesmo em matéria de “commodities” já esta bastante adulterado pela proteção de PI para variedades vegetais ou cultivares bem como microorganismos geneticamente modificados empregados na agricultura) - aos mercados de tecnologia e de inovação. Nos mercados concentrados, especialmente quando restrições contratuais e negociais são utilizadas por agentes econômicos (“players”) com poder de mercado para manutenção da posição de domínio (“monopolize” e “attempt to monopolize”), em um feixe mercados concentrados como o nosso mercado pátrio, usando restrições que não são comuns, licitas (nem integram negócios jurídicos típicos) em seus respectivos em seus mercados de origem em outros países, por agentes congêneres quando do uso de direitos paralelos, devem ser, sim, por certo, monitorados.

Na nova economia, a externalidade de rede (economia de escala de consumo) associada a direitos de propriedade intelectual e o momento de entrada, são de vital importância para os respectivos “players”. Nesses mercados, a economia de escala de consumo (ou simplesmente economia de consumo) é fundamental para o êxito do empresário. Em outras palavras, quanto maior o número de consumidores de um produto ou serviço, mais valioso ele é. Se uma pessoa for proprietária de um único aparelho de telefone, este não terá valor algum, pois não haverá alguém para falar - como já bem observou o autor estadunidense RICHARD A. POSNER em mais de uma oportunidade (vide “Antitrust in the New Economy”, 2000)-. Assim, nos novos métodos de negócio a economia de consumo (o número de aparelhos de telefone, ou de fac-símile, compatíveis entre si em uma mesma rede - quanto maior, mais valiosa a rede -) é, mais do que importante, vital para o êxito do negócio. Mas, no entanto, tão importante quanto a economia de consumo (externalidade de rede), para garantir um maior numero de pessoas interagindo e usando a mesma tecnologia (equipamentos e serviços) ao redor do mundo, esta a padronização de tecnologias. Por exemplo, um “pen drive”, como veículo de transporte de dados tem interconexão possível com vários

equipamentos e programas de varias fabricantes ao redor do mundo por ser um padrão. Assim, mais importante para o consumidor, do que única fonte fornecedora, é a uniformização. A universalização do padrão, ao poder ser usada por todos, cria um ambiente favorável ao consumidor que, pela livre concorrência, terá melhores produtos a menores preços. No entanto, o fabricante que “chega primeiro” e associa economia de consumo (externalidade de rede) mediante a criação de um padrão (universal) e a apropria por direitos de propriedade intelectual, esta, portanto, mais próximo, sim, de um monopólio. Nesse quadro, o fabricante o padrão o apropria ou apropria o domínio público (no caso de tecnologias já divulgadas e não protegidas por exclusivos de patente) mediante exclusivos de propriedade intelectual abusivos (como, por exemplo, o titular de uma patente nula ou expirada, ao pagar para um concorrente não entrar no mercado ou combinar preço, restabelece a situação de monopólio) estará cometendo um ato ilícito. Mais barato que um ato de concentração (fusão, incorporação, etc.) e menos juridicamente arriscado do que um cartel, o abuso de direitos de propriedade intelectual pode varrer do mercado fabricantes de genéricos e “start ups”. Não há politica de desenvolvimento (por incentivo a inovação ou não) ou de saúde pública que resista a esse tipo de abuso. O abuso de direitos de propriedade intelectual.

A propriedade intelectual gera concorrência dinâmica se utilizada para induzir a concorrência por superação (a tecnologia DVD superando a tecnologia VHS), mas gera problemas para o consumidor se uma empresa com posição domínio usa uma patente nula, inexistente, expirada, ou, títulos esdrúxulos (desenhos industriais ou marcas tridimensionais para “travestir” de suposta “legalidade” proteções ilícitas para invenções objeto de patentes extintas, expiradas ou nulas). Nos casos de abusos, o direito de propriedade intelectual ou seu uso abusivo serão barreiras à entrada e/ou vetor de expulsão (conduta exclusionária) de concorrentes eficientes.

Em muitos casos, o titular de uma patente expirada usa títulos esdrúxulos e inaplicáveis (proibidos) para eternizar monopólios e prejudicar o consumidor. Quem paga esta conta é o consumidor.

Caso as autoridades não sinalizem claramente ao mercado que trata-se de ato ilícito o abuso de direitos para eliminar pequenas e micro empresas e prejudicar o consumidor mediante sobre preço e práticas abusivas, os agentes de mercado sentir-se-ão livres para atacar o consumidor. Será o inicio do fim do mercado de genéricos, medicamentos ou não. Continuaremos um País sem acesso a saúde, a medicamentos, a próteses, corteses, um país de desassistidos financiando o luxo de monopolistas a preços abusivos de monopólio, ou, senão, cidadãos com a dignidade subtraída pela perda do poder de compra ou da renúncia ao

consumo resultante da escassez inevitável para aqueles que não podem suportar o encargo do sobrepreço.

Por fim, os empreendedores brasileiros precisam das ferramentas de DPI para, mediante o exercício regular de direito, empreender globalmente. Este é o desafio do nosso GT no CONPEDI, este é o desafio do Brasil.

Davi Jose De Souza Da Silva - FACI

João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A RELAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS COM OUTROS DIREITOS THE RELATIONSHIP OF COPYRIGHT WITH ANOTHERS RIGHTS

**Ricardo Duarte Guimarães
Josinaldo Leal De Oliveira**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar algumas situações que na atualidade ensejam a interação dos direitos autorais com outros direitos, buscando-se uma adequada adaptação para o devido preenchimento de lacunas que envolvem esses institutos, sob o ponto de vista do direito constitucional, do direito civil e do direito autoral. Assim, através da consulta à doutrina por meio de livros, periódicos e sites, à jurisprudência, bem como à legislação pátria, em especial, a Lei de Direito Autoral, o Código Civil e a Constituição, será apontada a relação dos direitos autorais com outros direitos.

Palavras-chave: Relação, Direito autoral, Direitos da personalidade, Interação, Social

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze some situations in which the present day affects the interaction of copyright with other rights, seeking an appropriate adaptation to fill gaps that involve these institutes, from the point of view of constitutional law, civil law and copyright. Thus, by consulting the doctrine through books, periodicals and websites, by jurisprudence, as well as copyright legislation, in particular, the Copyright Law, the Civil Code and the Constitution, the relationship of legal rights will be pointed out. with other rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Relationship, Copyright, Personality rights, Interaction, Social

1. INTRODUÇÃO

O direito autoral está intimamente ligado aos direitos da personalidade, especialmente em seu aspecto moral que, na verdade, se traduz, propriamente, em um direito personalíssimo. Neste sentido, tais direitos interagem em inúmeras situações (jurídicas) no mundo contemporâneo.

Com o desenvolvimento tecnológico e informacional dos últimos anos e, conseqüentemente, com o advento das mídias sociais/digitais, tal interação é ainda mais contundente, uma vez que houve facilitação ao acesso e expansão da distribuição (compartilhamento) dos mais diversos conteúdos – muitas vezes protegidos por direitos autorais e/ou direitos da personalidade – na Internet.

Contudo, a (inter)relação dos direitos autorais com outros direitos, em especial, os direitos da personalidade, sempre ocorreu no mundo real, e com a evolução da sociedade, novas situações interativas, não somente no mundo virtual, surgiram, e a aplicação e interpretação desses direitos devem ser adaptadas aos novos tempos.

Dessa forma, o objetivo do presente artigo é analisar algumas situações/relações (sociais) que na atualidade ensejam a interação dos direitos em comento, buscando-se uma adequada adaptação (leia-se: possíveis soluções) para o devido preenchimento de lacunas (jurídicas) que envolvem esses institutos, sob o ponto de vista do direito constitucional, do direito civil e do direito autoral.

Assim, através da consulta à doutrina especializada por meio de livros, periódicos e sites, à jurisprudência, bem como à legislação atinente à matéria, em especial, a Lei de Direito Autoral, o Código Civil e a Constituição Federal, será apontada a relação dos direitos autorais com outros direitos e a sua influência nas relações sociais.

Inicialmente, abordar-se-ão os aspectos conceituais e estruturais dos direitos autorais. Após, será apresentado o contexto histórico de evolução desses institutos sob o ponto de vista constitucional, com base na dignidade da pessoa humana

Em seguida, será traçada a relação dos direitos em pauta, sob diversas perspectivas, sociais e jurídicas, no que tange à obra fotográfica, às caricaturas e ao direito ao esquecimento.

Por fim, será verificado que estas relações são de suma importância para a consolidação e estabilidade do ordenamento jurídico no âmbito das questões apontadas, sendo possível estabelecer segurança jurídica em diferentes situações, que exigem novos olhares do Direito, a partir da interação dos direitos autorais com outros direitos.

2. OS DIREITOS AUTORAIS

O Direito de Autor é direito fundamental garantido na Constituição Federal de 1988. De forma clara o art. 5º, inciso XXVII, prevê: “*aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.*” E prevê, ainda, o inciso XXVIII, alínea “b”, do mesmo artigo: “*o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.*”

Mas a Constituição não se refere aos direitos autorais apenas de forma direta, em tais incisos do art. 5º, mas se refere, também, aos mesmos, quando aborda a liberdade de expressão, uma vez que existem variações desse direito fundamental: a manifestação do pensamento, a liberdade de comunicação, a liberdade de informação, a liberdade de opinião e a liberdade de criação (intelectual/artística).¹ Esta última, sob a perspectiva individual, nada mais é do que o direito de autor.

Não à toa, o inciso IX do art. 5º da CF dispõe que “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.*”

Sobre esta norma fundamental, no campo da criação artística, Leonardo Martins explica:

O direito fundamental à liberdade artística do art. 5º, IX implica deveres de não intervenção estatal, destinados aos órgãos dos três poderes em prol do “livre exercício da atividade artística”. Em sua dimensão jurídico-objetiva, o direito constitucional em pauta cria ao legislador e aos administradores públicos, no âmbito de suas discricionariedades tais quais firmadas na legislação ordinária, alguns deveres de atuação protetora e de fomento.²

Com efeito, Manoel J. Pereira dos Santos aduz, propriamente, que há inevitável interface entre a “liberdade de criar” e o direito de autor, que se confundem sob o enfoque dos direitos fundamentais.³

Corroborando com esta linha de pensamento, Carlos Alberto Bittar expõe:

A liberdade de manifestação de pensamento, a possibilidade de organização política, a vedação de censura, a democratização do acesso à informação, a liberdade de

¹ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito de autor e liberdade de expressão. In: _____ (Coord). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131.

² MARTINS, Leonardo. Direito Constitucional à expressão artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Orgs.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

³ Op. Cit., p. 131-133.

imprensa e comunicação social, a segurança jurídica do marco normativo relativo aos direitos autorais, entre outros aspectos, representam aspectos fundamentais de expressão de direitos que contribuem para a formação de uma esfera pública consolidada e democrática, ampla e comunicativa [...].⁴

A segurança jurídica mencionada pelo autor, devido à importância da matéria, está na regulamentação dos direitos autorais através de lei ordinária, qual seja, a Lei nº 9.610/98 (LDA - Lei de Direito Autoral).

Diferentemente dos sistemas jurídicos do direito anglo-americano, baseados na *Common Law* (em linhas gerais, nos costumes e precedentes), o Direito brasileiro deriva do Direito romano-germânico, calcado no sistema da *Civil Law*, ou seja, trata-se de um ordenamento codificado, que segue uma lógica típica, tendo como fonte primária a lei. Esta herança do sistema brasileiro é oriunda da colonização portuguesa e, por isso, na sistemática nacional, as normas relativas aos direitos autorais estão amplamente dispostas em lei específica.

Cumprindo observar que o Direito de Autor, oriundo da França, presente nos países que se baseiam na *Civil Law*, dentre eles o Brasil, é caracterizado como *Droit d'Auteur*, e o Direito de Autor originado no sistema da *Common Law*, consolidado na Inglaterra e nos Estados Unidos, é caracterizado como *Copyright*.

A lei brasileira, por exemplo, em consonância com o sistema jurídico que o país tem por base, a *Civil Law*, apresenta um rol de limitações ao direito de autor que devem ser interpretadas de maneira restrita, diferentemente do modo como a “Regra dos Três Passos” propõe, por ser, esta, uma norma de caráter amplo, característica da *Common Law*, onde as limitações não são expressas.

Sobre a *Regra dos Três Passos*, leciona Luiz Gonzaga Adolfo:

Esta previsão na esfera do Direito Internacional de Autor, é correntemente designada como “Regra dos Três Passos”, diante das três vinculações que faz para que a utilização seja considerada uma legítima limitação aos direitos dos titulares (em casos especiais, primeiro passo; de forma a não prejudicar a exploração normal da obra, segundo passo; e de forma a não causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor, terceiro passo).⁵

De acordo com a referida regra, tratando-se de norma geral aberta, fica a critério do julgador interpretar o que seria um “caso especial”, como fica “prejudicada a exploração normal da obra”, e quais seriam os “prejuízos justificados”, a partir do *fair use/fair dealing*

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 22.

⁵ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 120.

(análise sobre o “uso justo” ou “bom uso” da obra sem autorização); já na Lei nº 9.610/98 (LDA), tornando-se mínima e adaptada a aplicação da Regra dos Três Passos, estão exaustivamente expostos tais preceitos, como se vê no Capítulo IV (“Das Limitações aos Direitos Autorais”) da lei (art. 46, 47 e 48).

Elencando as características da lei brasileira, Helenara Avancini e Laura Madrigal explanam:

Por lo que se puede constatar, las leyes brasileñas presentan una enumeración taxativa y de interpretación restringida en lo que se refiere a las limitaciones de los derechos autorales. Al contrario de los países anglosajones, donde las limitaciones no se encuentran expresas, pero sometidas a la doctrina del fair use y fair dealing, cuya interpretación es realizada por los tribunales, Brasil adoptó el sistema de los países de tradición continental, del Droit d’auteur, siguiendo los dictámenes de la Convención de Berna y la regla de los tres pasos o usos honrados.⁶

Mister frisar que as legislações anteriores já previam limitações ao direito de autor. O Código Civil de 1916 adotou a mesma sistemática legal da primeira lei autoral brasileira (Lei nº 496/1898), sendo elencadas, em título exaustivo, e não exemplificativo, as possibilidades de utilização de obra sem autorização do autor.⁷

Destacava-se o artigo 666 do antigo Código Civil, com dez incisos que dispunham limites autorais, dentre eles: o direito de reprodução de obras já publicadas e inserção de obra em “obra maior”, com fim científico, didático, ou religioso, indicando-se o nome do autor (inciso I), a publicação em jornais, de discursos pronunciados em ocasiões públicas, atos e documentos oficiais (inciso III e IV), a cópia de obra, feita à mão, sem destinação à venda (inciso VI), e a reprodução de obra artística alocada em ambiente público (inciso IX).

A lei autoral de 1973 (Lei nº 5.988), que teve por base os dispositivos do CC/16, trouxe algumas novidades, como a presença de novos termos (“recesso familiar”, “demonstração à clientela” etc.).

Abordando os limites do direito de autor nesta (antiga) lei, ensina José Carlos Costa Netto:

A exemplo dos dois textos legislativos autorais anteriores – da Lei 496, de 1898, e do Código Civil de 1916 – a Lei 5.988, de 1973, que regulou os direitos autorais no país, manteve – a título exaustivo – uma listagem de possibilidades de utilização livre de obras intelectuais, reunidas em um “Capítulo IV” (do Título III – Dos Direitos de autor), denominado “Das limitações aos direitos de autor” e composto dos art. 49, 50 e 51. Reeditando os incisos do art. 666 do Código Civil de 1916, os principais acréscimos da lei de 1973, neste elenco de utilizações livres, foram:

⁶ AVANCINI, Helenara Braga e. Las limitaciones al derecho de autor em el âmbito universitário. Legislaciones de Brasil y México. *Revista da ABPI*. Rio de Janeiro, n 66, set./out. 2003, p. 64.

⁷ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: FTD, 2008, p.177.

- a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro (art. 49, II);
- o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada, porém, sua publicação, integral ou parcial, sem autorização expressa de quem a ministrou (art. 49, IV);
- a execução de fonogramas e transmissões de rádio ou televisão em estabelecimentos comerciais, para demonstração à clientela (art. 49, V);
- a representação teatral e execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou para fins exclusivamente didáticos, nos locais de ensino, não havendo, em qualquer caso, intuito de lucro (art. 49, VI);
- a utilização de obras intelectuais, quando indispensáveis à prova judiciária ou administrativa (art. 49, VII);
- as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções das obras originárias, nem lhe implicarem descrédito (art. 50); e
- a reprodução de fotografias em obras científicas ou didáticas, com a indicação do nome do autor e mediante o pagamento a este de retribuição equitativa, a ser fixada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral (art. 51).⁸

A antiga LDA (Lei nº 5.988/73) refletiu a tendência do Direito Autoral Internacional, delineado pela Convenção de Berna e suas revisões. Já a atual Lei 9.610/98, editada após o Brasil instituir a democrática Constituição Federal de 1988, refletiu o fortalecimento dos direitos autorais frente aos avanços tecnológicos, e a consolidação dos tratados internacionais que foram ratificados.

A nova lei incluiu novas normas no que cerne os limites do direito de autor, mas manteve dispositivos presentes nas leis anteriores. É o que se vê no seu Capítulo IV, intitulado “Das Limitações aos Direitos Autorais” (arts. 46, 47 e 48).

Fazendo uma relação com os Direitos da Personalidade, Silmara Chinellato o Direito de Autor:

É o ramo do Direito privado, com autonomia científica, que tutela as criações intelectuais, dotadas de certa originalidade e individualidade, exteriorizadas em suporte tangível ou intangível, compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências, abrangendo direitos morais, ligados à personalidade do autor, e direitos patrimoniais relativos à exploração econômica da obra.⁹

Percebe-se, pois, a caracterização desse direito como direito da personalidade no que diz respeito aos seus aspectos morais, havendo, outrossim, legítimo exercício positivo quanto aos aspectos patrimoniais, relativos à exploração econômica das obras criadas pelos autores.

⁸ Op. Cit., p. 179.

⁹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias, artísticas e científicas. Peculiaridades da obra de artes plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Orgs.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 297. O conceito foi trazido por Chinellato a partir de sua Tese para Professor(a) Titular do curso de Direito Civil da USP: *Direito de autor e direitos de personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese (Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 25. No prelo (Editora Manole).

Os direitos morais e patrimoniais de autor estão dispostos, principalmente, nos artigos 22, 24, 28 e 29 da Lei nº 9.610/98.¹⁰

Segundo Chinellato, “a principal característica do Direito de Autor é ser composto por direitos morais – cuja natureza jurídica é a de direitos da personalidade [...] e direitos patrimoniais.”¹¹

E, corroborando com este posicionamento, Rodrigo Moraes afirma que a repersonalização pela qual passou o Direito Civil – no âmbito, claro, dos Direitos da Personalidade – contagiou o Direito Autoral, que também precisa ser interpretado à luz da CF de 1988.¹²

É neste sentido que será traçada a relação dos direitos autorais com outros direitos no ordenamento jurídico pátrio.

3. DIREITOS AUTORAIS E OUTROS DIREITOS: A RELAÇÃO

3.1 Obra fotográfica e imagem da pessoa retratada

O STF, após a edição da antiga Lei de Direitos Autorais, Lei nº 5.988/73, que protegia a imagem da pessoa retratada (como ainda faz a atual LDA, Lei nº 9.610/98), teve papel fundamental na solidificação jurisprudencial do direito à imagem no Brasil.¹³

Em dois julgados de 1982, noticiados por José Carlos Costa Netto, o Supremo decidiu que “a divulgação da imagem da pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe a

¹⁰ Art. 22. *Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.* Art. 24. *São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.* Art. 28. *Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.* Art. 29. *Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades [...].*

¹¹ Op. Cit., p. 307.

¹² MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: repersonalizando o direito autorial.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 48.

¹³ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito à imagem.* APIJOR, Pareceres, São Paulo. Disponível em: <http://www.autor.org.br/juridico/imagem_costaneto.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

reparação”¹⁴, e que o “direito à proteção da própria imagem, diante da utilização de fotografia, em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa correspondente” enseja indenização.¹⁵

Foi neste cenário que a CF de 1988, além de proteger a inviolabilidade da imagem das pessoas, passou a prever a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, bem como o direito de resposta e de indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, X, CF).

O direito à imagem, como direito da personalidade, sob uma concepção negativa, visa impedir que terceiros registrem e reproduzam a imagem de alguém sem a sua autorização, seja qual for o meio empregado.

Beltrão induz que, para o direito da personalidade, a imagem é a representação gráfica da figura humana, através de reprodução mecânica ou técnica, sendo juridicamente facultado, de forma exclusiva à pessoa (titular do direito), a difusão de sua própria imagem, podendo, esta, evitar a reprodução desautorizada. Para o autor, “a imagem que se protege como direito da personalidade é aquela que pode ser reproduzida através de representações plásticas, compreendendo o direito que tem a pessoa de proibir a divulgação de seu retrato”.¹⁶

Chinellato infere que “imagem significa reprodução física da pessoa, no todo ou em parte, por qualquer meio como pintura, fotografia, filme”¹⁷ e Bittar aprofunda um pouco mais a noção sobre o direito à imagem e alude que consiste no direito que o indivíduo tem sobre a sua forma plástica e seus componentes distintos, como rosto, olhos, perfil, busto etc., que o individualizam no meio social. Para o civilista, o direito à imagem “é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas”.¹⁸

Ao que diz respeito à voz, além da garantia constitucional, é, ao lado da imagem, direito expressamente previsto pela Lei de Direito Autoral, no §2º do seu art. 90, quanto à proteção dos artistas intérpretes.¹⁹

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 95.872/RJ, rel. Min. Rafael Mayer, j. 10.9.1982. Disponível em: <http://www.autor.org.br/juridico/imagem_costaneto.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2016.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 91.328/SP, rel. Min. Djaci Falcão, j. 2.10.1982. Disponível em: <http://www.autor.org.br/juridico/imagem_costaneto.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2016.

¹⁶ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 183-184.

¹⁷ Op. Cit., 2014, p. 53.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 90.

¹⁹ Art. 90. [...] § 2º A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações. Ressalta-se que a LDA prevê o direito à imagem, também, ao lado do direito à honra, na enumeração dos direitos morais de autor: Art. 24. São direitos morais do autor: VI - de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem.

Conquanto esteja previsto na LDA, pontua Fernanda Stinchi Pascale Leonardi que “ainda há, na doutrina e na jurisprudência, incerteza quanto à existência do chamado direito à voz, independente e autônomo em relação a outros direitos da personalidade”.²⁰

Vale expor, para ilustrar, jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios trazida por Aguiar, na qual se discutiu a veiculação da voz do autor de um jingle político em programa televisivo.²¹ Na decisão, ficou consolidado que “a voz, em uma criação musical, não integra nem se confunde com a criação, uma vez que é atributo da pessoa peculiar a cada indivíduo”.²²

A autora afirma, ainda, quanto à imagem humana, que existem três critérios que compõem o seu conteúdo imaterial e que também podem ter reflexos jurídicos: a individualidade, a identidade e a possibilidade de ser, a pessoa, reconhecida. Isso quer dizer que a imagem individualiza, pois faz perceber cada pessoa como um ser único, diferente dos demais.²³

Pois bem. A LDA prevê o direito à imagem dos retratados em relação aos fotógrafos quando a obra fotográfica é feita por encomenda, estando limitados os direitos de autor na reprodução da obra realizada por quem a encomendou: “*Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução: [...] c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros.*”

Antes de ser editada a atual legislação sobre os direitos autorais (Lei nº 9.610/98), normas similares a esta já eram previstas no art. 666, X, do Código Civil de 1916 e no art. 49, I, f, da antiga LDA (Lei nº 5.988/73). A antiga LDA, inclusive, em seu art. 82 (que corresponde, com pequenas alterações, ao art. 79 da atual LDA), restringia a exposição, reprodução e venda de retratos pelo autor da obra fotográfica.

Uma coisa é o direito do autor (fotógrafo) sobre a obra fotográfica, outra coisa é o direito à imagem do sujeito retratado na fotografia.

²⁰ PASCALÉ LEONARDI, Fernanda Stinchi. Voz e Direito Civil: proteção jurídica da voz: história, evolução e fundamentação legal. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Coleção direito autoral contemporâneo*. Barueri: Manole, 2013, p. 104.

²¹ Op. Cit., p. 31.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 2727492*, rel. Des. Natanael Caetano, j. 8.5.1997. Loc. Cit.

²³ Op. Cit., p. 27.

Allessandra Helena Neves, adotando os ensinamentos de Rui Stoco, coloca que o direito à imagem está ligado ao do autor por ambos poderem incidir sobre a figura humana. Ainda assim, são direitos que não se confundem.²⁴

Ao revés, como já visto, a própria LDA resguarda os direitos em destaque em separado, já que é possível haver conflito entre eles. O inciso VII do art. 7º da lei autoral prevê a proteção das obras fotográficas: “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...] VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia.”

Mas, em relação à previsão do direito à imagem na referida lei, esclarece Costa Netto:

[...] com exceção das já referidas previsões – de conteúdo genérico – dos artigos 46 (*inciso I, alínea “c”*), 79 e 90 (*inciso II, parágrafo 2º*) da Lei 9.610/98, a legislação autoral não regula a matéria pois seu objeto é a obra intelectual em si [art. 7º, VII] e não a reprodução de imagem (*protegida*) que possa conter. Assim é em relação à obra fotográfica, a obra de ilustração, a obra audiovisual: a proteção de natureza autoral é regulada em relação ao criador intelectual (*o fotógrafo, o ilustrador o diretor da obra audiovisual*). Portanto, a reprodução dessas obras – no todo ou em parte – não é temática que integre o direito à imagem ou à própria imagem, consoante a terminologia adotada.²⁵

Interessante caso que discutiu o assunto foi julgado pelo STJ em 2014, tendo sido relator o Ministro Luis Felipe Salomão, no qual a corte negou pedido indenizatório da atriz Deborah Secco contra a editora Abril pela publicação de fotos extras na revista *Playboy*, em 2002.

Para o STJ, a divulgação da imagem da atriz como foto de capa em edição da revista não caracterizava ofensa a direito autoral porque "a titularidade da obra pertence ao fotógrafo, e não ao fotografado".

Os patronos de Secco alegaram direitos autorais sobre seis fotografias utilizadas em nova edição da revista, e não direito à imagem (pelo uso indevido com fins comerciais), o que culminou no indeferimento do pleito.

²⁴ NEVES, Allessandra Helena. *Direito de autor e direito à imagem: à luz da Constituição Federal e do Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 204.

²⁵ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito à imagem*. APIJOR, Pareceres, São Paulo. Disponível em: <http://www.autor.org.br/juridico/imagem_costaneto.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016. grifos do autor.

O ministro Salomão, na oportunidade, ressaltou que “o fotografado tem direito de imagem, cuja violação poderia, realmente, render ensejo a indenizações”, e não direito autoral, como sustentou a modelo.²⁶

3.2 Caricaturas *versus* direitos da personalidade

Costa Netto amestra que Caricaturas são obras intelectuais que possuem associação com o direito de imagem em duas vertentes: “imagem-retrato” (a imagem da pessoa) e “imagem-atributo” (o seu conceito social). Eis os ensinamentos do doutrinador:

Quanto à “*imagem-retrato*”, a atuação criativa do caricaturista é de natureza humorística ou satírica: equivale à paródia só que não é uma obra intelectual que é parodiada (*como uma música ou um filme*), mas sim uma imagem física de uma pessoa que deve, portanto, ser uma personalidade pública para que seu consentimento seja implícito e, mesmo assim, inserida em contexto noticioso ou histórico.

Por outro lado, quanto à “*imagem-atributo*”, a caricatura [...] não deverá importar em ofensa aos bens morais e jurídicos do caricaturado.²⁷

Adentrando na questão das caricaturas (criações artísticas), e, aqui, *versus* direitos da personalidade, cumpre apresentar conhecido caso ocorrido nos Estados Unidos, na década de 1980.

Famoso editor de revista masculina nos EUA, Larry Flynt, utilizando-se da liberdade de expressão garantida pela Constituição americana, publicou uma sátira com a caricatura da maior representação da direita cristã estadunidense, o pastor Jerry Falwell, fazendo referência à sua vida sexual e à bebida alcoólica *Campari*.

O caso foi emblemático nos Estados Unidos e a questão foi suscitada na Suprema Corte, que reconheceu o direito de manifestação do pensamento do editor.

Jayme Weingartner Neto, em favor da proteção do direito à honra do “caricaturado”, comenta o caso criticamente:

Flynt, editor da revista, condenado a pagar U\$ 150.000 de indenização por causação intencional de danos emocionais, recorreu à Suprema Corte. Em suma, uma figura pública teria de suportar os danos emocionais causados por uma paródia extremamente ofensiva e grosseira além dos limites aos olhos da grande maioria da população? Sim, na resposta jurisprudencial. A sentença ampliou a cobertura constitucional da difamação explicitamente para a causação dolosa de danos emocionais – no caso, através de uma caricatura. Nessa hipótese, não se julgam os

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.322.704/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.10.2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/150709382/recurso-especial-n-1322704-sp-do-stj>>. Acesso em: 17 out. 2016.

²⁷ Op. Cit., 2008, p. 49.

bons ou maus motivos do editor, sendo descabido, ainda, pedir ponderação e racionalidade a uma caricatura, precisamente uma distorção deliberada (que tem exercido papel central no debate político); ademais, o caráter ultrajante, na área do discurso político e social, é inevitavelmente subjetivo e, portanto, inaceitável.²⁸

Neste diapasão, o advogado especialista na Primeira Emenda da Constituição dos EUA, Rodney Smolla, escreveu um livro descrevendo este famoso acontecimento. Nesta obra, o autor discorre sobre a importância do caso na S.C. americana:

The case became much more than a battle of lawyers over the legal consequences of a dirty joke. It was also a cultural battle: Presenting to the Supreme Court deep conflicts reaching into the very soul of the American First Amendment tradition, the case involved a battle over the very nature of free expression in a pluralistic society, a battle over competing visions of American life.²⁹

O caso Larry Flynt foi além do simples conflito entre advogados em relação ao estabelecimento (ou não) de consequências sobre uma “brincadeira de mau gosto”. Foi, na verdade, uma discussão no campo cultural pela qual a Suprema Corte dos Estados Unidos teve que ponderar valores inerentes à Primeira Emenda, uma vez que envolveu uma questão social, que interferiria diretamente na vida do americano: a liberdade de expressão.

A sátira é um tipo de manifestação legítima das liberdades de expressão, artística e intelectual. Contudo, o seu exercício pode acabar suscitando violação ao direito à honra da pessoa “retratada”,³⁰ como claramente ocorreu no caso narrado, mas que teve outro “fim”, pelo fato de o ordenamento jurídico dos EUA estabelecer espécie de hierarquia entre os direitos.

Reafirmando isso, Aguiar anota que “nos Estados Unidos a liberdade de informação e expressão tem tido, quase sempre, uma posição preferencial quando em colisão com outros direitos”.³¹

A caricatura é paródia³² em sentido estrito, e esta, por sua vez, em sentido amplo, é sátira. Na definição de Regina Sahn, paródia “é a imitação burlesca de uma obra literária. É a imitação de efeito humorístico de uma obra de caráter sério, é a crítica típica das sociedades

²⁸ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 174.

²⁹ SMOLLA, Rodney A. *Jerry Falwell V. Larry Flynt: the First Amendment on trial*. Chicago: Illini books, 1990. p. 3. O caso se tornou muito mais do que uma batalha de advogados sobre as consequências jurídicas de uma piada suja. Foi também uma batalha cultural. Foram apresentados para o Supremo Tribunal os profundos conflitos que se estendem até a própria alma da tradição americana, a Primeira Emenda. O caso envolveu uma batalha sobre a própria natureza da liberdade de expressão em uma sociedade pluralista, acerca das visões concorrentes da vida americana. Tradução nossa.

³⁰ SCHREIBER, Op. Cit., p. 89.

³¹ Op. Cit., p. 112.

³² Uma das limitações do direito autoral, disposta no art. 47 da Lei nº 9.610/98.

democráticas”; e caricatura é a “paródia realizada por meio da arte plástica em que há exageros de traços para representar geralmente pessoas [...]”.³³

A caricatura, que “deforma” a imagem da pessoa retratada e submete o sujeito ao comentário de humor, é lícita desde que seja atual e tenha oportunidade jornalística. Mas se tiver o condão de causar prejuízo ou expor a pessoa representada ao ridículo, encontrará limites, em especial, no direito à honra.³⁴

Assim, Schreiber aduz que “é evidente a necessidade de proteção à reputação da pessoa, que não pode sofrer arrefecimento pelo simples intuito humorístico de quem publica um texto, uma caricatura ou uma fotomontagem.”³⁵

3.3 O direito ao esquecimento e o direito de arrependimento

A ideia de direito ao esquecimento como direito da personalidade se fortaleceu no desenvolvimento do mundo virtual, delineado no item anterior, pela necessidade que passou a figurar nas vidas das pessoas, de serem “esquecidos” (leia-se apagados) registros de conteúdos e informações (dados pessoais) passados, não mais relevantes e, até, prejudiciais, que ficam (ou melhor, ficavam) “eternamente” armazenadas na Internet. Este direito nasce, assim, na conjuntura da colisão entre o direito à privacidade e o direito à informação.

Nas palavras de Schreiber, “a internet não esquece. [...] as informações que circulam da rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no corpo do direito.”³⁶

Mas uma pessoa que teve algo publicado sobre sua vida na rede mundial de computadores anos atrás, e que não faz mais parte de sua realidade, é obrigada a conviver com esta informação disponível na “rede” para o acesso de qualquer usuário através de uma simples pesquisa em um buscador?

A Corte da União Europeia entendeu que não, em decisão inédita, prolatada em 2014, que abriu precedente para a consolidação do “direito de ser esquecido” na Internet, na UE. Um advogado espanhol, Mario Costeja, nascido no Brasil (possui, pois, dupla

³³ SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 210.

³⁴ Loc. Cit.

³⁵ Op. Cit., p. 91.

³⁶ Op. Cit., p. 172.

nacionalidade), teve o direito de ter o seu nome removido (ou melhor, “esquecido”) do famoso site de buscas *Google*.³⁷

Em 1998, um jornal publicou um leilão de um imóvel do qual o advogado era coproprietário, divulgando uma suposta dívida em nome de Costeja. Ocorre que ele não havia contraído qualquer dívida e, em 2005, o periódico passou a digitalizar suas publicações, e o “anúncio” passou a aparecer nos buscadores da Internet, especialmente no *Google*, apontado Costeja como devedor, o que passou a prejudicá-lo. Explica o advogado, em entrevista concedida para o periódico *Folha de S. Paulo*, que “naquele momento, aquilo me prejudicava profissionalmente. Tinha que dar explicações e ir com um dossiê para demonstrar que nunca havia sido devedor do Estado. Eu me dirigi pessoalmente ao buscador [*Google*]. Eles me disseram que teria que falar com a sede, nos EUA”. E continua:

Como pensei que existiam leis na Espanha que poderiam me proteger, procurei a agência espanhola de proteção de dados. Lá me deram razão e obrigaram o buscador a desindexar o anúncio dos resultados de pesquisa. O buscador recorreu da decisão. E, assim, o assunto foi para o Tribunal de Justiça da União Europeia, um órgão cujas sentenças são vinculantes em todos os Estados membros e que devem ser cumpridas no bloco inteiro. A ação começou em 2009. Houve momentos em que pensei que não ganharia, mas nunca perdemos a esperança.³⁸

E depois do precedente europeu, que passou a vigorar para 28 países da Europa, inúmeras pessoas passaram a pleitear o direito na Justiça no Reino Unido: político, que tentava se reeleger, requereu a retirada de informações sobre o seu comportamento da Internet; da mesma forma, um homem condenado por abuso de menor pediu que links sobre sua condenação (já cumprida) deixassem de ser listados; médico também requisitou que opiniões negativas de pacientes não mais aparecessem quando seu nome fosse pesquisado na “rede”; etc. A Espanha tem mais de duzentos casos semelhantes para serem julgados.³⁹

Segundo Stefano Rodotà, o “Princípio do Direito ao Esquecimento”, como parte do “Princípio da Finalidade da Coleta dos Dados”, se traduz na “eliminação, ou na transformação

³⁷ Eis a ementa da decisão: “Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2.º, 4.º, 12.º e 14.º – Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7º e 8º”. A decisão, na íntegra, pode ser acessada através do site do Tribunal de Justiça da União Europeia (“*curia.europa.eu*”), no seguinte link: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=153853&doclang=PT>>. A Corte disponibilizou, ainda, no site, um comunicado de esclarecimento à população sobre o assunto, que pode ser acessado neste link: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>.

³⁸ COSTEJA, Mario. Venci o Google: (...) depoimento a Felipe Gutierrez. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 23 maio 2014. Mundo, p. A21.

³⁹ EUROPEUS pedem que Google retire links. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 16 maio 2014. Mundo, p. A21.

em dados anônimos das informações que não são mais necessárias”⁴⁰, ou seja, na remoção de conteúdo ou informação da Internet, que já teve a sua finalidade atingida quando publicada, mas que não é mais respaldada pelo fim que a originou.

Em prol da liberdade de informação, há quem discorde do “direito de ser esquecido”, como Ronaldo Lemos, que considera que o direito ao esquecimento “é mais veneno que remédio”: “A razão é o risco de efeitos colaterais. Como é praticamente impossível definir os limites desse direito, as decisões tornam-se subjetivas. E aí os problemas são muitos”.⁴¹

Não à toa, no caso “Xuxa Meneghel”⁴², o Superior Tribunal de Justiça, negando a aplicação do direito ao esquecimento, decidiu que os provedores de pesquisa não poderiam ser obrigados a deixar de veicular resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, ou os resultados que apontam para uma foto ou texto, independentemente da descrição do URL da página onde estiver inserido o conteúdo.⁴³

Contudo, a proteção do direito ao esquecimento no Brasil está atrelada não à (im)possibilidade de se “apagar o passado”, mas à necessidade de se limitar, em determinados casos, as formas de re(utilização) de informações publicadas no passado (muitas vezes dispostas na Internet).

O Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF dispôs sobre o direito ao esquecimento:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso

⁴⁰ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 59. Inclusive, o autor define o direito à privacidade como a possibilidade de o indivíduo conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo de informação que lhe são atinentes. *Ibid.*, p. 92.

⁴¹ LEMOS, Ronaldo. ‘Direito de ser esquecido’ é mais veneno que remédio. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 maio 2014. Tec, p. F2.

⁴² “Na década de 1990, a apresentadora Xuxa conseguiu tirar das locadoras do país o filme “Amor Estranho Amor” (1979), no qual ela protagoniza cenas eróticas com uma criança. As imagens foram parar na internet e, em 2010, a apresentadora entrou com uma ação que buscava impedir o site de buscas Google de listar resultados referentes aos termos “Xuxa”, “pedófila” e semelhantes. Em 2012, o STJ considerou que a Google não deve fazer controle prévio dos conteúdos publicados na web por meio da eliminação de resultados de busca”. BARAN apud SALIBA, *O direito de ser esquecido*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31705/o-direito-de-ser-esquecido>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

⁴³ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI208402,21048-Google+nao+deve+eliminar+dos+resultados+imagens+e+videos+de+Xuxa+nua>>. Acesso em: 15 set. 2016.

que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.⁴⁴

Verifica-se que, originalmente, a concepção do direito ao esquecimento surge como parcela do direito à ressocialização de ex-detento, consubstanciado na seara penal. Sua justificativa assemelha-se ao caso “Lebach”, apresentado por Alexy.

Na década de 1970, uma emissora de televisão, na Alemanha, exibiria um filme sobre um crime cometido por um condenado que estava na iminência de ser libertado da prisão. O condenado apresentou reclamação constitucional, uma vez que a medida cautelar que propôs para que o filme não fosse exibido, com base na ameaça sobre sua ressocialização, fora rejeitada pelo Tribunal Estadual e pelo Tribunal Superior Estadual.⁴⁵

O Tribunal Constitucional Federal, por sua vez, dentro da concepção da “teoria das condições de precedência”, desenvolveu o “sopesamento” para solução da colisão entre os princípios que abarcavam a causa, concebidos na Constituição alemã: proteção da personalidade do indivíduo e liberdade de informação. De forma isolada, um princípio permitiria a exibição do filme, enquanto o outro proibiria; todavia, como nenhum dos dois poderia ser invalidado, o Tribunal Constitucional decidiu, pela análise das circunstâncias do caso concreto, sobre qual interesse se sobressairia (ou cederia): o privado ou o público.⁴⁶

Neste caso, a partir da aplicação da técnica da ponderação de interesses, ficou decretada a impossibilidade de exibição do filme, já que a repetição da veiculação do crime ocorrido não estaria mais pautado em um interesse público atual de informação e colocaria em risco a ressocialização do condenado que seria liberto.⁴⁷

Percebe-se, pois, no caso “Lebach”, as origens do direito ao esquecimento.

E tratando do “direito de ser esquecido” sob essa perspectiva, o STJ preferiu outra decisão, em 2013, condenando a Globo Comunicações e Participações S/A (Rede Globo) ao pagamento de indenização por danos morais por violação ao direito ao esquecimento de um dos acusados pelo crime que ficou conhecido como “Chacina da Candelária”, uma vez que a emissora exibiu o fato, treze anos depois, em um programa que veiculou o nome e a imagem do autor da ação. Segundo o STJ, o programa poderia ter exibido o caso sem fazer a menção ao nome da pessoa já absolvida em sede penal. Eis a ementa do importante julgado:

⁴⁴ JORNADA DE DIREITO CIVIL VI: ENUNCIADOS APROVADOS. *Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 100.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 101.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 102.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATOS. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO. PODERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.⁴⁸

De forma primorosa, o STJ estabeleceu limitação à liberdade de imprensa, através da ponderação de interesses, tendo em vista a proteção dos direitos da personalidade do sujeito envolvido no caso.

Vale, então, traçar um paralelo entre o direito ao esquecimento e o direito de arrependimento, que é um dos direitos morais de autor.

O direito ao arrependimento da obra (criada) está previsto no inciso VI do art. 24 da Lei de Direitos Autorais. O referido dispositivo dispõe que é direito moral do autor “o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem”.

Percebe-se que a norma vincula o direito moral ao arrependimento aos direitos à honra e à imagem, assim como fez o art. 20 do CC no âmbito do direito à imagem (ao vinculá-lo ao direito à honra). Contudo, da mesma maneira, é preciso salientar que se tratam de direitos autônomos. Não é correto, portanto, também, vincular o direito ao arrependimento a outros direitos da personalidade, pois ele possui autonomia.⁴⁹ O arrependimento não advém de uma ofensa à honra ou à imagem do autor, mas da simples vontade (ideológica ou religiosa ou política etc.) de não querer mais que sua obra seja divulgada.

Assim, Rodrigo Moraes leciona que “o direito moral ao arrependimento flexibiliza situações aparentemente perpétuas e definitivas. Mitiga a inexorabilidade, abrandando

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.334.097/RJ, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 28.5.2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58894344/stj-10-09-2013-pg-2572>>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁴⁹ MORAES, Rodrigo. *Op. Cit.*, p. 214.

situações consideradas fatalisticamente como imutáveis. [...] Todo ser humano tem direito a arrepende-se do passado, de voltar atrás, de rever velhas situações.”⁵⁰

Desse modo, é possível aferir, enfim, que se trata de mais uma interação entre os direitos da personalidade e os direitos autorais. O direito ao arrependimento possui natureza, no mínimo, parecida à do direito ao esquecimento, pelo fato de conferir ao titular a possibilidade de ter a sua criação, pretérita, que, de alguma forma, não faz mais parte da sua vida, “esquecida” perante a sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, apreendeu-se que há relação dos direitos autorais com outros direitos em diversas situações fáticas e jurídicas.

Foi possível verificar as premissas conceituais e bases legais dos referidos institutos, concebidos como direitos fundamentais, em acordo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Assim, foi possível analisar a interação entre os direitos envolvidos no presente estudo, no que diz respeito às obras fotográficas e à imagem da pessoa retratada, às caricaturas e aos direitos da personalidade, bem como ao direito ao esquecimento e ao direito de arrependimento.

Neste diapasão, constatou-se: o direito de criação sobre a fotografia diverge do direito de imagem da pessoa fotografada; a necessidade de proteção à honra da pessoa, que não pode sofrer prejuízos de ordem moral pelo simples intuito humorístico de quem publica uma caricatura; o direito ao arrependimento possui natureza similar ao do direito ao esquecimento, pelo fato de conferir ao titular a possibilidade de ter a sua criação “esquecida” perante a sociedade.

Enfim, a relação dos direitos autorais com outros direitos – o que pode ocorrer, também, em outras situações além das que foram analisadas no presente estudo –, é fundamental para o estabelecimento de segurança jurídica sobre determinados casos, tanto no mundo real, quanto no virtual, que não possuem uma solução direta ou um regramento linear, o que, conseqüentemente, enseja um maior cuidado do jurista em suas análises e exige novas perspectivas (interpretações e aplicações) do Direito (Civil e Autoral).

⁵⁰ Op. Cit., p. 205. O autoralista traz em sua obra, dentre outros, o exemplo do primeiro disco de Roberto Carlos, *Louco por você*, que, após o seu lançamento em 1961, nunca mais voltou às lojas, e “persiste renegado pelo cantor em todas as reedições de sua discografia”. Moraes exemplifica, também, com o LP *Racional* (volumes 1 e 2) de Tim Maia, que, alguns anos depois o seu lançamento, ao se decepcionar com o líder de sua seita (que inspirou o disco) o músico mandou recolher do mercado todas as suas cópias. *Ibid.*, p. 233-242.

REFERÊNCIAS

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- AGUIAR, Mônica. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AVANCINI, Helenara Braga e. Las limitaciones al derecho de autor em el âmbito universitário. Legislaciones de Brasil y México. *Revista da ABPI*. Rio de Janeiro, n. 66, set./out. 2003.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias, artísticas e científicas. Peculiaridades da obra de artes plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Orgs.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015.
- COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: FTD, 2008.
- _____. Direito à imagem. *APIJOR*, Pareceres, São Paulo. Disponível em: <http://www.autor.org.br/juridico/imagem_costaneto.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.
- COSTEJA, Mario. Venci o Google: (...) depoimento a Felipe Gutierrez. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 23 maio 2014.
- EUROPEUS pedem que Google retire links. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 16 maio 2014.
- LEMOS, Ronaldo. 'Direito de ser esquecido' é mais veneno que remédio. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 maio 2014.
- MARTINS, Leonardo. Direito Constitucional à expressão artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Orgs.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- NEVES, Alessandra Helena. *Direito de autor e direito à imagem: à luz da Constituição Federal e do Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2011.

PASCALE LEONARDI, Fernanda Stinchi. Voz e Direito Civil: proteção jurídica da voz: história, evolução e fundamentação legal. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Coleção direito autoral contemporâneo*. Barueri: Manole, 2013.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-1-2002*. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito de autor e liberdade de expressão. In: _____ (Coord). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SMOLLA, Rodney A. *Jerry Falwell V. Larry Flynt: the First Amendment on trial*. Chicago: Illini books, 1990.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.