



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Proteção Jurídica dos Bens Incorpóreos

Eliane Moreira de Almeida Oliveira

Rio de Janeiro
2010

ELIANE MOREIRA DE ALMEIDA OLIVEIRA

A Proteção Jurídica dos Bens Incorpóreos

Artigo Científico apresentado a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Profa. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Profa. Monica Areal

Rio de Janeiro
2010

A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS BENS INCORPÓREOS

Eliane Moreira de Almeida Oliveira

Graduada pela Universidade
Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: Este estudo procura analisar a evolução do tratamento jurídico dispensado aos bens incorpóreos, entendidos como os de existência abstrata ou ideal, mas valorados economicamente. Para tanto, trata das modalidades desses bens, em especial os direitos autorais e por consequência a proteção decorrente de tais direitos, bem como posiciona a doutrina e a jurisprudência dos tribunais acerca do tema. A finalidade deste trabalho é abrir a reflexão acadêmica acerca da tutela jurídica desses bens, tendo em consideração a relevância da criação artificial e sua difusão como resultante do processo de globalização.

Palavras-chaves: proteção, bens, incorpóreos

Sumário: Introdução. 1. Origem e evolução histórica da proteção jurídica. 2. A natureza jurídica. 2.1. Direito real de propriedade. 2.2 – Direito da personalidade. 2.3. Direitos intelectuais. 3. A tutela jurídica dos direitos autorais. 4. Um novo paradigma da tutela jurídica da propriedade intelectual. Referências

INTRODUÇÃO

Este artigo de caráter parcialmente exploratório tem como objetivo tratar da proteção jurídica dos bens incorpóreos tendo em mira as criações da inteligência humana. Serão apresentadas as principais teorias a respeito, dentre estas a que tratado “direito de exclusivo” a qual impõe a coletividade um dever negativo a fim de proteger a exclusividade e a conseqüente identidade entre autor-obra, resultado do processo criativo no qual o autor imprime parte de sua personalidade.

Para tanto, serão expostos alguns aspectos processuais acerca da defesa desses direitos, os ramos do direito que podem ser invocados, e a evolução atual do tema de acordo com a legislação vigente, doutrina e jurisprudência.

Busca-se entender o tema dos bens incorpóreos, entendidos como “propriedade intelectual”, conforme previsto pela Lei 9.610/98, como um sistema jurídico autônomo e princípios próprios, e a esfera de proteção jurídica direcionada aos titulares destes direitos no ordenamento pátrio.

Objetiva-se explicar o ideal pretendido pelo legislador ordinário de proteger os direitos do autor, considerando como fundamento moral e constitucional o direito da exclusividade de utilização, ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar, assegurado pelo art. 5, XXVII, CRFB/88, e apresentar as formas de proteção de tais direitos decorrentes, pontuando alguns aspectos processuais na seara cível e criminal. Toda a análise tem como ponto de partida os direitos morais do autor, conforme preceitua o art. 27, Lei 9.610/98.

Ao longo deste artigo será abordada a discussão sobre a natureza jurídica quanto ao seu conteúdo, onde será enfrentada sua classificação e a tutela processual adequada, bem como a complexa relação com os direitos reais. Em contrapartida, também será analisada como são tratados os direitos do autor, à luz da Súmula 228, do STJ, a qual atesta a impossibilidade de se manejar os interditos possessórios para tais direitos.

1. ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO JURÍDICA

Os romanos faziam a distinção dos bens corpóreos e incorpóreos, a qual não foi acolhida pelo CC/1916 devida a generalidade assim considerada por determinados juristas, por força da inexatidão em distinguir a coisa, enquanto objeto material sobre o qual recai o direito,

fazendo-se abstratamente do próprio direito per si, *res corporales*, e por outro lado, considerar os direitos, prescindindo-se do objeto dos direitos reais. GONÇALVES (2008)

Entretanto, tendo em vista a constante evolução da sociedade, mister a reflexão sobre os paradigmas do direito, revestindo-se como mais um desafio para a doutrina e para a jurisprudência a tutela jurídica destes novos direitos.

Por um longo período de tempo, os autores não tiveram reconhecida a proteção jurídica de suas obras intelectuais, talvez pela própria intangibilidade do bem produzido, visto que é incorpóreo por sua própria natureza, e emerge do campo das idéias para o mundo exterior como conhecimento, informação, e arte e não como uma peça, produto final.

De acordo com Jose de Oliveira Ascensão, “o mais remoto antecedente surge com a invenção da imprensa” Contudo, esta proteção não era voltada àquele que criou efetivamente, mas sim para quem o imprimiu. ASCENÇÃO (2006)

A partir de então, na Inglaterra de 1710 foi desenvolvido o estatuto da Rainha Ana, o qual consagrava o direito do autor da obra ao controle da impressão propriamente dita de seus livros. Para O autor acima mencionado, ainda não se travava da obra em si, mas sim como a expressão do conhecimento e experiências do criador, que tinha a garantia da proteção sobre o exemplar enquanto bem tangível, detendo assim o controle da sua edição e publicação. Foi dessa forma que surgiu o copyright anglo-saxão, voltado, como o próprio nome atesta, à proteção da reprodução - direitos sobre a “cópia”.

Em outro ponto da Europa começava a ser desenvolvido uma nova concepção na forma de interpretação do direito do autor, o qual se desprendia do conceito de “proteção à cópia” para então alcançar a obra, a criação em si. Este conceito se desenvolveu na Revolução Francesa e se consolidou na Alemanha no final do século XIX, passando a reconhecer os direitos sobre a propriedade incorpórea, da criação intelectual. ASCENÇÃO (2006)

Destas novas manifestações nasceu a concepção atual acerca do Direito de Autor no ordenamento pátrio, em que a proteção está direcionada à propriedade da criação, sem levar em conta o meio ou instrumento utilizado para sua fixação ou divulgação.

No Brasil, a obrigatoriedade do respeito aos direitos autorais emergem da Carta Política, em seu art. 5, XXVII: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação, ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

No ordenamento infra-constitucional, há ainda a Lei 9.610/98, que tutela todas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

2. A NATUREZA JURÍDICA

Existem inúmeras teorias que procuram definir a natureza jurídica dos direitos referentes aos chamados bens incorpóreos. Com relação a esta terminologia, para fins deste estudo adotou-se a classificação de José de Oliveira Ascensão, que divide as coisas em corpóreas, entendidas entre aquelas que se revelam aos sentidos, considerando nesta categoria as coisas materiais.

E a *contrario sensu*, as imateriais são as que, embora não sejam visíveis, se revelam em outros sentidos, cuja realidade é meramente social, resultam de uma valoração humana que pode se basear em elementos do mundo sensível, mas que não se limita a estes elementos.

Entretanto, é consabido que existe uma imensa dificuldade de se classificar as diversas normas e direitos existentes, em razão da diversidade dessas espécies. E por isso que toda disciplina jurídica divide seu campo de investigação com a nítida tendência em fazer divisões

do próprio universo em duas subclasses que são reciprocamente excludentes e conjuntamente exaustivas: direito objetivo e subjetivo.

A noção de direito objetivo esta ligada a idéia de que o direito é um dado cultural e, por esta razão a ninguém pertence, e dele fazem parte as normas e instituições. Por outro lado, a idéia de direito subjetivo revela que o direito é também um fenômeno pessoal, estabelecendo relações entre os sujeitos, transformando-os em titulares de poderes, obrigações e faculdades.

De acordo com a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Jr. essa dicotomia entre direito objetivo e subjetivo contribuiu para a construção de uma nova concepção de liberdade, a qual permite afirmar que o direito subjetivo retrata uma realidade por si, ao passo que o objetivo apenas a reconhece e lhe dá as condições de exercício. Neste sentido, o primeiro é o poder ou domínio da vontade livre do homem, que o ordenamento protege e confere. SATO (2006)

Destarte, pode-se concluir que a função operacional do conceito que se utiliza da expressão “direito subjetivo” serve como uma verdadeira abreviatura teórica para evitar todo o trabalho de se descrever todas as normas incidentes sobre a situação ora analisada. Daí a importância de um enquadramento adequado de um instituto no sistema jurídico.

Assim, deve-se tomar toda cautela possível para classificação dos bens incorpóreos, pois a indicação do direito de propriedade, por exemplo, pode levar o intérprete a buscar todo o conjunto normativo (regras e princípios) aplicáveis ao instituto paradigma, e lhe emprestar todo o regime jurídico respectivo.

Tal prática pode levar aos equívocos até mesmo encontrados em jurisprudência e doutrina, porque não é possível aplicar o mesmo regime do direito de propriedade dos bens corpóreos aos incorpóreos. E a questão se torna mais complexa quando o intérprete classifica a propriedade industrial como direito real, e conseqüentemente, tende a buscar a proteção processual inadequada, como advertem José Roberto d’Affonseca Gusmão e Tércio Sampaio Ferraz Jr., citados por SATO (2006).

Como já foi dito, a classificação de direito subjetivo importa em dizer que a situação é considerada da perspectiva de um sujeito a quem ela favorece. Entretanto, necessário identificar elementos básicos desta categoria: sujeito, objeto, conteúdo (ou relação jurídica) e proteção.

O sujeito, que pode ser uma pessoa ou um grupo, ou ainda uma entidade caracterizada por um conjunto de bens, é o titular do direito. O conteúdo, também visto como relação jurídica, é o vínculo existente entre o sujeito e o objeto de direito, conferindo o conjunto de prerrogativas, faculdades, poderes pertencentes ao sujeito em relação a outrem. O objeto consiste no bem jurídico tutelado. E por fim, a defesa do direito cuida da possibilidade de se adotar medidas processuais para obrigar o sujeito passivo a cumprir com um dever ou obrigação determinado pelo Estado-Juiz, a quem compete exclusivamente exercer jurisdição, inclusive se valendo dos poderes sancionatórios.

A maioria dos autores prefere a classificação com base no conteúdo do direito. Contudo, esta tese encontra resistência numa outra corrente, que entende ser relevante para optar entre uma ou outra teoria a relação jurídica entre o sujeito e o objeto.

Existe ainda quem prestigie o conjunto das características do direito, de modo a resguardar a coerência de tratamento jurídico entre todos, inclusive quanto às defesas processuais.

Assim sendo, não será admitida que ao mesmo tempo se afirme a natureza real de propriedade, reconhecendo-se a impossibilidade da posse recair sobre os bens imateriais, bem como o usucapião como meio de aquisição da propriedade industrial. Da mesma maneira é incoerente reconhecer um direito real de propriedade, e constatar que os jurisdicionados somente utilizam ações de abstenção de uso, que buscam impor um dever de fazer e de não fazer, principalmente com o advento do art. 461, CPC.

Ainda neste ângulo, a transmissão destes direitos, que se dá através de cessão, instrumento utilizado, tradicionalmente, para a transferência de direitos obrigacionais. Se realmente se tratasse de um direito de propriedade, a tradição seria o meio adequado para esta hipótese.

Saliente-se que existe também entendimento de que a fixação da natureza se dá em função da determinação do regime jurídico, ou seja, resulta da lei e manifesta-se no regime previsto pela norma legal então estabelecida. Não se trata de opção abstrata, mas sim uma síntese mediante a integração numa grande categoria jurídica já apurada. SATO (2006)

2.1- DIREITO REAL DE PROPRIEDADE

Segundo Gama Cerqueira, citado em SATO (2006) a relação jurídica entre o autor e a criação intelectual é idêntica a que existe entre o proprietário e a coisa corpórea, diferindo apenas o objeto de cada uma delas. Para o seu exercício e oponibilidade *erga omnes*, não é necessário cooperação de terceiros, ao contrario dos direitos obrigacionais. E por esta relação bilateral é que se vislumbra os direitos reais.

O direito de propriedade, por ser absoluto, é oponível *erga omnes* e não depende de um vínculo particular, como ocorre com os direitos obrigacionais, os quais são relativos. Não existe um sujeito predeterminado.

Para Orlando Gomes, o fenômeno da propriedade incorpórea explica-se como reflexo do valor psicológico da idéia de propriedade, porque também são exclusivos e absolutos, com ela não se confundem. A assimilação é tecnicamente falsa. Poderiam ser assim entendidos como quase propriedade. SATO (2006)

A relação entre o proprietário e a coisa, e a relação entre o autor, ou titular de uma invenção, ou de uma marca, e os respectivos direitos não são semelhantes. O direito de

propriedade difere dos demais direitos absolutos em virtude da natural apropriação exclusiva de seu objeto, há o exercício de poder direto sobre a coisa que exclui o exercício indevido de terceiros, nos termos do art. 1.228, CC/02.

Mas com relação aos direitos referentes aos bens incorpóreos, não há direito de uso exclusivo. O titular de um direito incorpóreos não tem como impedir que terceiros façam uso lícito de uma obra, ou de um invento ou de uma marca.

Se um titular de um bem corpóreo está no exercício de fato de seu direito de propriedade, significa que terceiros não o fazem ao mesmo tempo. Entretanto, o exercício pleno do direito e um titular de uma marca, patente, desenho industrial, obra artística ou literária (direito autoral) não significa que terceiros não façam uso idêntico.

Terceiros poderão até usar, reproduzir, assim como o titular do respectivo direito, contudo, a lei veda que esses atos sejam realizados por terceiros, como meio de exploração econômica. Em outras palavras, as atuações de terceiros sobre estes bens não se diferenciam das que são permitidas ao titular, com exceção das formas de exploração econômica, que pode se dar de duas formas: pela utilização do próprio titular que disso retira os frutos do mesmo, ou pela cessão a outrem do direito de exploração de forma exclusiva ou não.

É por esta razão que não se admite a existência de posse dos bens incorpóreos. Somente os bens corpóreos são suscetíveis de posse, conforme entendimento preponderante no Brasil e no Direito comparado. Posse, neste prisma, é exteriorização da propriedade e dos poderes a ela inerentes. Esta manifestação exterior ocorre por meio da destinação econômica dada ao bem, conforme art. 1.196, CC.

Somente o que, por sua essência, possa ser apropriado individualmente, explorado economicamente e individualmente, é suscetível de posse, pois só assim ocorre o exercício de fato de poderes sobre a coisa. E o exercícios destes poderes, não pode se dar simultaneamente por vários sujeitos.

Entretanto, a jurisprudência já admitiu a adoção dos interditos possessórios para a proteção desses bens. A hipótese tratava da proteção da patente de invenção devidamente registrada pela via do interdito proibitório, onde se assentou o direito de propriedade.

Sem prejuízo de outros meios processuais, o prejudicado poderia se valer de outras ações para coibir e ressarcir-se dos danos decorrentes da contrafação da patente de invenção. Mas sendo o interdito proibitório de índole preventiva, foi considerado como o meio processual mais eficaz para fazer cessar a violação de pronto a tais direitos. (RESP n. 7.196.)

Para os direitos autorais especificamente, também se admitiu a defesa processual por meio dos interditos proibitórios, já que era tratado como propriedade. O provimento do recurso se deu por maioria. (RESP n. 41.813).

Entretanto, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o qual firmou entendimento de que é inadmissível o interdito proibitório para estes direitos, conforme decorre da Súmula 228, STJ, DJ 08/10/1999.

Mister ressaltar algumas peculiaridades dos precedentes do referido enunciado.

Todas as ações de interditos possessórios foram manejadas pelo ECAD - Escritório de Arrecadação e Distribuição, uma sociedade civil, de natureza privada, instituída pela Lei Federal nº 5.988/73 e mantida pela atual Lei de Direitos Autorais brasileira – 9.610/98. O objetivo era coibir a reprodução, bem como ver o ressarcimento pelo não recolhimento dos valores devidos a título de direitos autorais contra as rádios, em sua grande maioria sediada no Estado do Rio Grande do Sul.

É esta instituição que calcula os valores a serem pagos pelos usuários de músicas, pessoas físicas e jurídicas, de acordo com os critérios do Regulamento de Arrecadação desenvolvido pelos próprios titulares, através de suas associações musicais.

Para tanto, considera-se a utilização de músicas publicamente por promotores de eventos e audições públicas (shows em geral), cinemas e similares, emissoras de radiodifusão

(rádios e televisões de sinal aberto), emissoras de televisão por assinatura, boates, clubes, lojas comerciais, micaretas, trios, desfiles de escola de samba, estabelecimentos Industriais, hotéis e motéis, supermercados, restaurantes, bares, botequins, shoppings centers, aeronaves, navios, trens, ônibus, salões de beleza, Escritórios, consultórios e clínicas, pessoas físicas ou jurídicas que disponibilizem músicas na Internet, academias de ginástica ,empresas prestadoras de serviço de espera telefônica, ringtones e truetones.

É o próprio regulamento que classifica o nível de importância da música para a atividade ou estabelecimento, como indispensável, necessária ou secundária. Considera ainda a periodicidade da utilização (se permanente ou eventual) e se a apresentação é feita por música mecânica ou ao vivo, com ou sem dança.

O valor a ser pago é determinado em função do parâmetro físico ou de percentual incidente sobre a receita bruta do usuário, calculado a partir de informações fornecidas pelo próprio ECAD, que também indica a forma de cobrança.

Verifica-se a legitimidade da mencionada instituição é extraordinária concorrente, pois tanto o titular do bem incorpóreo, legitimado ordinário, quanto aquela, podem ir a juízo isoladamente, ou ainda, em conjunto, em verdadeiro litisconsórcio facultativo.

Inobstante esta legitimidade, a pretensão não teve acolhimento.

Foi consolidado que o ECAD não pode se valer dos interditos proibitórios para defender direitos autorais, pois não há posse, e por conseqüência, inexistente turbação ou esbulho. (RESP n. 79.843).

Com base neste entendimento foi provido o agravo de instrumento que desafiou a liminar para que a ré se abstinhasse de veicular as obras musicais sem previa autorização. (RESP n. 89.171).

O ECAD propôs interdito proibitório c/c perdas e danos contra Radio Terra Ltda, pela utilização de obras musicais, sendo que a sentença foi de extinção sem mérito. Vislumbrou-se

que o art. 932, CPC prevê como condições específicas que o possuidor tenha justo receio de ser molestado na sua posse, as quais restaram afastadas, considerando que o demandado já tinha transmitido milhares de obras e fonogramas musicais. Desta forma, os interditos possessórios não defendem contra atos já consumados.(RESP n. 67.478).

Por fim, o ECAD propôs interdito proibitório contra Rádio Veredas FM a fim de cessar a turbação sobre direitos autorais, sendo julgado procedente o pedido. Interposto o recurso especial, foi provido para julgar extinto sem julgamento de mérito, com base nos precedentes mencionados. (RESP n. 110.523).

Todas as tentativas da entidade civil de arrecadação passaram a não ser conhecido, o que inviabilizou por completo a análise do mérito com fulcro no entendimento acima. Essa defesa possessória se deu em virtude da ausência de medidas processuais preventivas mais adequadas contra o uso indevido dos bens incorpóreos realizados por terceiros.

Para Marinoni, o uso do interdito proibitório para a tutela dos direitos de marca, invento etc. deixava visível a inexistência de tutela adequada aos direitos da personalidade, ou ainda fazia ver que o Código de Processo Civil somente podia responder em parte ao direito a tutela preventiva. Neste sentido, apenas se reafirmava a tendência nitidamente patrimonialista do sistema de tutela dos direitos e, mais do que isso, a própria ideologia que o inspirava (SATO, 2006).

Antes do art. 461, CPC não havia tutela realmente eficaz para a prevenção do ilícito. A doutrina da intangibilidade da vontade humana, consagrada pelo Código de Napoleão, era um forte motivo pelo qual as obrigações de fazer ou não fazer quando descumpridas, só davam margem a reparação do dano, denominado incoercibilidade do *facere*, para o autor mencionado.

Esta tutela inibitória, concebida por meio de uma ação que tem cognição exauriente, mas que admite uma antecipação de tutela, determinava um fazer ou não fazer, dependendo

da conduta ilícita ser comissiva ou omissiva. A decisão se impõe por força de uma multa, em caso fosse desobedecida.

No direito brasileiro, os fundamentos da tutela inibitória repousam no art. 5, XXXV, CF/88, art. 461, CPC, e 84, CDC.

O art. 287, CPC, que existia antes do art. 461, CPC E art. 84, CDC, permite a obtenção da tutela jurisdicional consubstanciada em um dever de fazer ou não fazer. Era adotada ao lado dos interditos possessórios contra o uso indevido de bens incorpóreos praticados por terceiros e expressamente previstas pelo art. 189, Dec-lei 7.903/45, atualmente revogado, mas que vigorou sob a égide da Lei. 5.772/71 por força do art. 128 deste diploma.(revogado pela Lei. 9.279/96 – Código de Propriedade Industrial)

Ocorre que pelo art. 287, CPC, a multa só podia ser cobrada após o descumprimento da sentença, e por esta razão era manejada concomitante a medida cautelar inominada para obtenção de liminar, visando impedir o uso indevido dos bens incorpóreos. Atualmente, sua redação prevê o cabimento da tutela antecipada, além de cominação de multa no caso de desobediência da sentença, tornando-a semelhante ao art. 461, CPC.

Mas já existia a previsão da tutela preventiva, através do mandado de segurança preventivo, nunciação de obra nova, art. 934 CPC, e o interdito proibitório do art. 932, CPC.

Por este último, trata-se de ação possessória preventiva de esbulho ou turbação, cuja natureza é mandamental, prescindindo de processo executivo para produção de efeitos. Era bastante utilizado pelos titulares de bens incorpóreos para defesa de seus direitos, pois apresentava grande vantagem de obtenção de uma liminar satisfativa e *inaudita altera pars*.

Contudo, já não era admitida a reintegração, como pondera José Roberto d'Áfonseca Gusmão, pois considerando a finalidade de recuperação da coisa em face de seu desapossamento, tal fenômeno não ocorre com os bens incorpóreos (SATO, 2006).

Quanto à ação de manutenção, prevista no art. 926, CPC, seu cabimento é sempre permitido na hipótese de turbação, assim entendidos como qualquer ato que embarace o exercício da posse, que deve ser concreto, efetivo e consistente em fatos.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro houve pronunciamento pela impossibilidade de usucapião sobre os bens incorpóreos, com relação à linha telefônica, como forma de aquisição da propriedade. O principal argumento foi de que tanto para os bens imóveis quanto os móveis somente a propriedade pode ser transmitida através da usucapião, e não as faculdades do bem.

Destacou-se que a proprietária da linha telefônica era a concessionária de serviços públicos, e não o assinante, a quem foi cedida à faculdade do uso através de contrato. Neste sentido, distinguindo-se direito subjetivo e faculdade jurídica, a sentença foi confirmada na forma do art. 267, VI, CPC. (Apelação Cível 1997.001.05605).

Deve-se salientar que o mesmo não ocorre com relação a aquisição de propriedade de marca e da patente, nos termos do art. 129, Lei 9.279/96, pois só ocorre por meio de registro.

A caracterização do direito referente a bens incorpóreos como propriedade permitiu a utilização dos interditos possessórios, exceto a reintegração de posse. Como um raciocínio cartesiano, assim denominado por José Roberto d'Áfonseca Gusmão, foi fundamental para a instrumentalização da tutela destes direitos, embora desencadeassem os problemas já expostos. (SATO, 2206).

Desta forma, o autor concluiu que o direito referente aos bens incorpóreos é um direito de propriedade *sui generis*, em virtude da inaplicabilidade de todo o regime jurídico destinado a proteção destes.

2.2 – DIREITO DA PERSONALIDADE

Esta é a categoria de direitos inerentes a pessoa. Na doutrina existe controversa até mesmo em sua denominação, como relata Orlando Gomes ao ressaltar a identificação quanto aos direitos individuais (Kohler), direitos sobre a própria pessoa (Windscheid), direitos pessoais (Wacher), direitos de estado (Muhlenbruch), direitos originários, direitos inatos, direitos personalíssimos. SATO (2006)

Ultimamente, o destaque tem sido para a expressão de direitos da personalidade, conforme Gierke, citado em SATO (2006). Neste prisma, é necessário observar que a utilização do termo “personalidade” pode levar ao engano de que sujeito e objeto se confundem, sendo esta uma das principais objeções contra a existência da categoria dos direitos de personalidade, ao lado dos direitos reais e pessoais.

Personalidade é pressuposto de todos os direitos, já que consiste, conforme definição da doutrina civilista, na capacidade genérica de ser titular de direitos e contrair obrigações; ou seja, não é um direito e nem objeto de direito. Estes direitos recaem sobre bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção. E bens jurídicos são todos aqueles que têm utilidade, geram uma faculdade de agir do sujeito. Os direitos da personalidade referem-se, em suma, a bens que decorrem diretamente da manifestação física ou psíquica da pessoa humana, este sim sujeito de direitos.

Tais direitos têm características próprias: são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, e imprescritíveis. De acordo com esta teoria, os bens incorpóreos podem ser vistos como bens jurídicos incorpóreos resultantes de emanções intelectuais (psíquicas) do homem. Com efeito, as obras literárias e artísticas têm identificação direta com uma origem intelectual.

Mas os chamados “direitos morais” ou “direitos pessoais” do autor não seguem o mesmo regime jurídico dos direitos de personalidade. Estes extinguem-se com a morte, grande parte dos direitos morais do autor são transmitidos aos herdeiros, nos termos do art. 24 da Lei 9.610/98.

A principal crítica doutrinária contra esta corrente consiste na identificação da existência de um direito patrimonial que surge no momento da publicação da obra ou invento, que passa a existir independentemente da pessoa do autor, cujas características não são as dos direitos da personalidade arrolados.

Das características já mencionadas dos direitos da personalidade, é somente a absolutividade que também se refere aos bens incorpóreos, seguida também pela direito de propriedade, e é em razão deste fato que, equivocadamente, tem-se adotado a teoria da natureza jurídica da propriedade.

Todas as tentativas de enquadramento dos direitos referentes aos bens incorpóreos, principalmente sobre os direitos autorais, na categoria de direitos de personalidade, não conseguem contornar a objeção de que há faculdades patrimoniais que constituem, em nosso ordenamento jurídico, o núcleo da proteção dos direitos autorais, não enfocados pela teoria da personalidade.

2.3 - DIREITOS INTELECTUAIS

Em 1877, Edmond Picard, propôs uma nova categoria jurídica de direitos, ao lado dos direitos reais e pessoais.

As coisas intelectuais, para o autor, são aquelas que têm uma existência puramente intelectual, própria e original, antes da sua expressão e da sua realização em corpos materiais. É como se o homem não cria nada, pois o cérebro humano seria um receptor e depois refletor

do que já há no mundo. A consequência disto é que com a extinção do direito de monopólio, as coisas intelectuais retornariam ao domínio público. Por esta razão, a propriedade é negada.(SATO, 2006).

O autor mencionado aponta como principal contradição o fato de a propriedade corpórea ser perpétua, enquanto a incorpórea tem sua duração limitada.

Paul Roubier salienta que a perpetuidade do direito de propriedade em si, mas do caráter permanente do seu objeto: as coisas corpóreas. Assim, um direito de propriedade será tão duradouro quanto o seu objeto. Já os direitos referentes aos bens incorpóreos, o objeto que tem origem intelectual é fruto de um trabalho pessoal, que é recompensado com um direito exclusivo temporário (SATO, 2006).

Esta classificação esconde uma grande lacuna no que tange à ausência do regime jurídico a ser aplicado. Afirmar a origem intelectual do objeto e diferenciá-lo das coisas corpóreas nada diz sobre as normas de direito material aplicáveis aos casos, e nem os institutos processuais que devem ser adotados.

3. A TUTELA JURIDICA DOS DIREITOS AUTORAIS

Neste momento, o foco será em torno dos direitos autorais regulados pela Lei 9.610/98, considerando seus institutos jurídicos para então examinar quais os meios processuais mais eficazes para sua proteção, como se verá a seguir.

Com efeito, há os autores que entendem se tratar de direito da personalidade, considerando a estreita relação com a pessoa do criador enquanto pessoa física, não aplicável a pessoa jurídica, exceto se esta puder ser considerada como titular original da obra, o que não é objeto da presente reflexão.

Assim, considera-se a íntima relação com os direitos de imagem, mas sem ser confundidos com estes: o direito de imagem tem por finalidade proteger a figura do ente em si próprio, enquanto o direito autoral tutela não o criador da obra, mas sim a relação que este tem com ela. O primeiro é próprio da pessoa em si mesma (pessoa física ou jurídica), e o segundo, recai sobre a relação entre a pessoa com sua obra criada.

Nesta linha, Luis Felipe Balieiro Lima, que ressalta ainda serem os direitos de imagem mais relevantes em relação aos autorais, inclusive os direitos morais do autor, mas devendo coexistir em harmonia, na medida do possível. (LIMA, 2009).

Já em relação aos direitos patrimoniais, previstos nos art. 28 a 45 da Lei 9.610/98, em caso de eventual conflito entre eles e os direitos de imagem, não há que se questionar, tendo em vista o aspecto material e econômico do bem jurídico tutelado – a criação.

Nesta ótica, Nehemias Gueiros Jr., citado pelo autor supra, leciona que os direitos patrimoniais são aqueles relativos a comunicação e a circulação das obras intelectuais no grande mercado, aqueles que podem ser objeto de exploração econômica através de todos os processos técnicos existentes, ou que venham a ser inventados no futuro. Podem ser resumidos, em suma, (sic), como os direitos decorrentes da comunicação da obra, além do espectro do seu criador, com finalidade econômica. LIMA (2009)

Outrossim, em caso de conflito eventual destes com os denominados direitos da personalidade, estes devem prevalecer sob todos os aspectos.

A fim de ilustrar tal situação, imagine-se que o autor original de uma obra, posteriormente transferida a terceiro, a vê sendo maculada, ridicularizada, ou simplesmente não aceita com certas alterações sofridas por ela. Ele pode imediatamente requisitar a manutenção da obra como ela era antes da modificação, e igualmente terá para todo o sempre o direito à “paternidade” da obra, não importando em que mãos se encontrem os direitos patrimoniais a ela incidentes.

Ainda a título de exemplo, acerca do embate entre direitos patrimoniais x imagem de pessoa (física ou jurídica): imagine-se um hino, enquanto criação musical para exaltar um time de futebol. Entretanto, nem a agremiação, nem os autores, detêm a titularidade dos direitos patrimoniais da obra artística. Considerando tal cenário, indaga-se: devem prevalecer os direitos de imagem da pessoa homenageada pelo hino (o clube, enquanto pessoa jurídica), ou não, o respeito primordial deve ser dado aos direitos patrimoniais sobre a obra?

Em que pese às respeitadas teses contrárias, deve prevalecer o direito a imagem deve prevalecer, por se tratarem de valores mais elevados do estatuto jurídico do ser humano, e portanto, essenciais. A tutela aqui está direcionada a proteção de certos bens intrínsecos a pessoa, física ou jurídica, e dela não se separa.

Por esta razão é que o legislador constituinte reconheceu como direito fundamental o direito a imagem, na forma do art. 5, X, CF/88, de maneira a englobar todas as projeções essenciais da pessoa, como a vida (para a pessoa física), existência jurídica, a honra (englobando a pessoa jurídica também, conforme se depreende da Súmula 227, STJ), e a reputação.

Deve-se considerar que de fato, inexistente uma absoluta propriedade, posto que a essência patrimonial deste direito reside na exploração econômica da obra. Daí se constata a coexistência de um direito pessoal e patrimonial. Neste sentido, Álvaro M. da Costa destaca que o direito do autor é como um ramo do ordenamento jurídico que disciplina a atribuição dos direitos restritos a obras literárias e artísticas; ao passo que o direito autoral engloba os denominados direitos conexos aos do autor. Sendo assim, o direito do autor pode ser objeto de renúncia, mas inexistente prescrição e torna-se impossível usucapi-lo. (DA COSTA, 2008)

Ainda quanto a tais direitos, imperioso salientar o interesse coletivo de criar limitações, e ao menos do ponto de vista econômico, para o direito do autor. Se este direito ao cair no domínio público, decorrido o prazo de proteção *post mortem* (v.g.), podem ocorrer as

seguintes situações: as obras perderem o prazo de proteção; obras cujos autores falecidos que não tenham deixado sucessores; obras de autores desconhecidos podem ser transmitidas pela tradição oral, e ainda obras publicadas em países que não participem de tratados aderidos pelo Brasil.

4. UM NOVO PARADIGMA DA TUTELA JURIDICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Em 1984 surgiu nos EUA (Estados Unidos da América) um movimento liderado pelo programador Richard Stallman, para desenvolver um sistema operacional de livre distribuição, fato este que desencadeou um novo paradigma de remuneração pelo trabalho intelectual.

Desta iniciativa resultou a criação da Free Software Foundation – FSF ((Fundação para o Software Livre) e, para justificar juridicamente o projeto, foi redigida a GNU - General Public License (Licença Publica Geral do GNU), o qual rompeu com a antiga tutela do direito de cópia (copyright).

Neste instrumento ficou estabelecido que “software livre” se refere à liberdade de os usuários executarem, copiarem, distribuírem, estudarem, modificarem e aperfeiçoarem o software. Atualmente, admite todos os tipos de liberdade, para os usuários de software, dentre as quais de executar o programa, para qualquer propósito, estudar como o programa funciona, e adaptá-lo para as suas necessidades. Entretanto, o acesso ao código-fonte deve preceder a esta liberdade. Pode-se ainda redistribuir cópias de modo que seja possível ajudar ao seu próximo, e por fim, aperfeiçoar o programa, bem como liberar os aperfeiçoamentos para que toda a comunidade seja beneficiada. Também é necessário acessar antes o código fonte. (<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>. Acesso em 23 de jun. 2010).

Desta forma, foi a primeira vez que restou consagrado juridicamente, no sistema capitalista, a realidade econômica do trabalho intelectual in natura desprovido de valor de troca, por força da absoluta ausência de escassez (VIANNA, 2005).

Tais licenças garantem o direito de distribuir e modificar livremente as obras intelectuais foram denominadas de copyleft, em nítida contradição ao copyright, os quais garantem o monopólio do direito de reprodução das mesmas obras, conforme já mencionado.

Esse novo conceito de livre distribuição foi estendido a outras formas de criação intelectual, e foi então criada a GNU Free Documentation License (GFDL – Licença de Documentação Livre do GNU), aplicável a textos, imagens, músicas, filmes e outros documentos.

Gera perplexidade que a licença em comento não proíbe a comercialização da obra. As empresas podem explorá-las desde que permite a livre distribuição e modificação produzida. Sendo assim, uma editora pode copiar e vender livremente uma obra distribuída na internet sob Copyleft, de modo parecido às obras em domínio público. Contudo, não poderá impedir que alguém copie o livro impresso, por qualquer meio, ou que outra editora o publique, pois a licença original não permite monopólio.

A partir deste modelo revolucionário, surgiram similares, com tratamentos diversos dos direitos morais do autor, em especial no que diz respeito a distribuição obrigatória do nome do autor, à proibição de alterações da obra e a distribuição com fins lucrativos.

Consagrou-se então um novo modelo de distribuição do trabalho intelectual que permite a livre copia da obra em formato digital (onde não exista escassez, caso contrario não haverá distribuição nestes moldes), mas simultaneamente garante ao autor o direito de ser remunerado quando for transformado em meio físico para fins de comércio. Trata-se da superação da velha ideologia da “propriedade intelectual” em prol de um novo paradigma de tutela do “trabalho intelectual”.

Por razões claras de quebra de vantagens decorrentes do monopólio, este novo modelo não agradou a aos detentores dos direitos de produção. O antigo modelo era capaz de sustentar a centralização da distribuição das obras, o que garantia a escassez intelectual, criando em contrapartida um valor de troca. Neste prisma, um trabalho que poderia ser reproduzido infinitamente em um mercado norteado pela carência da obra, a produção *in natura* não renderia retribuição, eis que livre a distribuição.

Aires J. Rover, citado por VIANNA (2005) destaca como elementos definidores desta nova era será a luta entre a esfera cultural e a comercial; a cultural zelando pela liberdade de acesso, enquanto a outra persegue o controle do acesso e do conteúdo desta produção cultural, visando o lucro. Diante desta transição a longo prazo, de um sistema baseado na produção industrial para a produção cultural, em que o importante não é a propriedade do bem, mas sim o acesso a ele, a utopia marxista seria vencedora.

Neste contexto, em face do excesso de bens culturais e intelectuais, a velha economia tende a sucumbir, eis que esta baseada na defesa irracional da indústria cultural, em detrimento da cultura e dos verdadeiros produtores desta, os autores intelectuais. (VIANNA, 2005).

Para este autor, a tese vencida procura sustentar a antiga ideologia da propriedade intelectual na indústria cultural, criando estatísticas mirabolantes para afirmar que a pirataria acarreta prejuízo de bilhões de reais por ano.

Sob pretexto de tutelar os direitos de autor, o combate a pirataria é tão somente um instrumento de reafirmação da velha ideologia da propriedade intelectual, única capaz de legitimar o monopólio do direito de copia dos detentores dos meios de produção.

O monopólio do direito de copia (*copyright*), ainda que tutele indiretamente os direitos do autor, é contrario ao interesse de maior divulgação possível da obra, inviabilizando o ideal do conhecimento publico e democrático.

A garantia da remuneração não está na exploração econômica centralizada do direito de cópia, mas a alienação desses trabalhos aos detentores dos meios de produção que irão consubstanciá-lo em meio físico e vendê-lo no mercado livre. Pouco importa ao autor a ausência de escassez da obra em meio digital, ou mesmo se uma única ou uma dezena de empresas irá produzir seu trabalho em meio tangível, pois a contraprestação depende tão somente da venda da obra materializada.

Portanto, a livre divulgação da obra em meio digital é extremamente interessante ao autor, pois lhe permite uma visibilidade muito maior, dando-lhe prestígio e valorizando-o como profissional. É esta consagração perante o público que vai lhe abrir novas ofertas de trabalho na forma de palestras, shows, enfim, todo tipo de contratos.

Por fim, o copyleft é a superação jurídica da velha ideologia da propriedade intelectual e a inauguração de um novo paradigma de tutela do trabalho intelectual que privilegia o autor em detrimento do interesse das empresas no monopólio do direito de cópia.

CONCLUSAO

Numa perspectiva histórica, foi demonstrado que de uma forma geral os autores se viam desprotegidos enquanto criadores intelectuais. A doutrina e a jurisprudência pátria se debruçam diante do grandioso desafio de entender e classificar a natureza jurídica dos bens incorpóreos para então admitir a defesa processual mais adequada.

Restou sumulado que os interditos proibitórios não cabem diante do esbulho já ocorrido, conforme Súmula 228, STJ. Entretanto, tal recusa vai contra o princípio da fungibilidade das próprias ações possessórias, como se depreende do art. 920, CPC.

Outro problema se impõe em admitir que diante da consumação do esbulho, a ação poderia se desdobrar em reintegração de posse, em se tratando de bens incorpóreos. Com

efeito, não se deve admitir, pela simples razão que em se tratando de bens imateriais não ocorre o desapossamento do bem.

O legislador inovou o cenário ao editar o art. 461, CPC, o qual trouxe a mais adequada defesa processual de tais direitos, já que tal diploma legal prevê o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, legitimando o juiz a conceder a tutela específica da obrigação, ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

Note-se que tal comando não delimita seu campo de incidência, servindo como uma luva aos propósitos da defesa tanto dos autores, como das entidades representativas da categoria.

Contudo, persiste o monopólio. A proposta de um novo paradigma relacionado a tutela jurídica dos direitos autorais deve ainda ser refletida como alternativa eficaz para reconhecer os verdadeiros criadores da obra, ou invento, bem como proporcionar cultura globalizante a toda comunidade, e assim se construir uma sociedade mais justa e equilibrada.

BIBLIOGRAFIA:

Apelação Cível 1997.001.05605, Relator Dês. Humberto de Mendonça Manes. Publicado no DO de 21/11/1997.

BRASIL. STJ. RESP n. 7.196. Relator Min. Waldemar Zveiter. Publicado no DOU de 10/06/1991.

BRASIL. STJ. RESP n. 41.813. Relator Min. Claudio Santos. Publicado no DOU 20/02/1995.

BRASIL. STJ. RESP n. 79.843/ MG. Relator Min. Nilson Naves. Publicado no DOU de 16/06/1997.

BRASIL. STJ. RESP n. 89.171/MS. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Publicado no DOU de 09/09/1996.

BRASIL. STJ. RESP n. 67.478/MG. Relator Min. Nilson Naves. Publicado no DOU de 06/05/1997.

BRASIL. STJ. RESP n. 110.523. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. Publicado no DOU de 04/03/1997.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005.

DA COSTA, Álvaro Mayrink. *A tutela penal dos direitos autorais*. Revista da Emerj, v. 1, nº 42, 2008.

LIMA, Luís Felipe Balieiro (Coord.). *Direito de imagem, clubes e seus hinos. A correlação no direito brasileiro*. A propriedade Intelectual no direito empresarial – São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – Rio de Janeiro: Ed.Método, 2009.

SATO, Priscila Kei. *Natureza jurídica referente aos bens incorpóreos e a ação judicial para abstenção de uso*. Revista de processo civil - São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2006.

VIANNA, Túlio Lima. *A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor*. Revista da Emerj, v. 8, nº 30, 2005.