

## **Nomes empresariais**

Como já tradicional no nosso sistema constitucional, a Carta de 1988 se volta aos nomes empresariais, abandonando, em antecipação à modificação do Código Civil de 2002, a expressão “nomes comerciais”:

Art. 5º (...) XXIX - a lei assegurará (...) proteção (...) aos nomes de empresas

Assim, sob a tutela constitucional se acham os nomes de empresas *civis e comerciais*, mesmo antes da unificação de nosso direito privado. A Carta não prescreve que a proteção seja em forma de propriedade.

Note-se que expressão “nomes de empresa” foi traduzida pelo Código Civil de 2002 como “nome empresarial”.

## **A Constituição e outros signos distintivos**

A atual Carta dá amparo à proteção em lei de outros signos distintivos, além das marcas e nomes empresariais, que consistiam nos objetos tradicionais de tutela constitucional:

XXIX - a lei assegurará (...) proteção (...) à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Mais uma vez, a constitucionalização de tais objetos de direito se deve à proposição, por este autor, da redação enfim incorporada ao texto proclamado. Tais signos, até 1988 sem tutela constitucional expressa, incluíam as expressões e sinais de propaganda, abolidas na Lei 9.279/96, as indicações de procedência, os títulos de estabelecimento, as insígnias, as *appellations d'origine*.

## **A proteção constitucional dos direitos autorais.**

Desde a primeira Constituição Republicana, e com exceção da Carta de 1937, os direitos de autor têm tido amparo constitucional<sup>221</sup>. Na presente Carta, o texto relevante se espalha em dois incisos do art. 5º

No primeiro destes (XXVII) a Carta indica que

“aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

---

221 Constituição de 1891, art., 72, § 26: “Aos autores de obras literárias e artísticas é garantindo o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por outro processo mecânico. Os herdeiros exclusivos de reproduzi-las pela imprensa ou por outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. Constituição de 1934, art. 113, inc. 20: “Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de reproduzi-las. Esse direito transmitir-se á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar.” Constituição de 1937: Omissa. Constituição de 1946: art.141 § 19: “Aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

Aí se ancora a proteção do direito do autor, *stricto sensu*. Como um direito exclusivo, patrimonial, um *monopólio de reprodução, utilização e publicação* sujeito aos limites e condicionamentos constitucionais. Como veremos abaixo, os direitos morais, configurados até mesmo como *direitos humanos*, ancoram-se em outros dispositivos constitucionais e de tratados internacionais.

Já no inciso XXVIII a Constituição prevê que

“são assegurados, nos termos da lei:

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

#### A expressão dos interesses coletivos

A Carta de 1988 não só indica a tutela dos direitos subjetivos, interesses individuais, à produção autoral, mas também aponta para a existência de interesses coletivos ou societários no mesmo âmbito temático, cometendo ao Estado o dever de garantir o acesso a tais objetos culturais. Tal se dá, por exemplo, nos seguintes dispositivos da lei básica:

Art. 215 - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (...)

Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

## Natureza dos direitos patrimoniais do inciso XVII

O legislador constitucional optou – no caso dos incisos XXVII e (por consequência) XXVIII do art. 5º. – por conceder um “direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução” aos direitos do autor de obras intelectuais. Como diz J. Cretella Junior<sup>222</sup>.

Optando pela expressão “direito exclusivo”, o legislador constituinte não se vinculou a nenhuma das teorias concernentes à natureza jurídica do direito de autor.

No entanto, exclusividade que é, e, por força dos tratados em vigor no País, definido como *propriedade* ainda que “intelectual”, o estatuto constitucional pelo menos da parcela patrimonial do direito autoral é assimilável ao das propriedades. Assim, ambos incisos circundam a noção de direitos exclusivos – direitos de cunho patrimonial.

## Natureza dos direitos morais

A co-essência moral do direito autoral tem abrigo não nos incisos XXVII e XXVIII, mas nos dispositivos gerais da tutela da expressão (o direito de fazer pública a obra) e de resguardo da entretela moral da vida humana:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A rigor, a tutela dos direitos morais é estranha à Propriedade Intelectual; tematicamente afim, mas ontologicamente distinta. No entanto, a interpretação dos dispositivos constitucionais é sempre afetada pela natureza dos direitos – patrimoniais ou morais – e a extensão da personalidade protegida.

### É possível direito autoral sem direito moral?

Para o Direito Americano, que restringe, no momento, os direitos morais a uma parcela das obras visuais, a questão constitucional é sempre enfatizada como equilíbrio entre interesses econômicos e a consideração do benefício coletivo, com exclusão enfática da tutela dos Direitos Humanos. Diz Paul Geller<sup>223</sup> quanto ao papel dos direitos autorais em sua modalidade européia (e brasileira) e a americana:

While a marketplace norm only allows for fashioning copyright narrowly, an authorship norm gives it a broader scope. On the one hand, marketplace norms do not authorize legislating rights stronger than necessary for inducing the making and marketing of works. The law of the United States enumerates a closed bundle of rights, further limited by the open-ended exception of fair use which, for example, the U.S. Supreme Court invoked in excusing certain cases of home copying. On the other hand, authorship norms justify rights broad enough to make authors the masters of their self-expression, however this expression might be

---

222 Comentários à Constituição de 1988, Vol. I, p.394.

223 Paul Geller, *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)* (Jan. 1994), no. 159, at p. 3

eventually used. The French and German laws conceptualize authors' rights in broad and flexible terms and limit them in restrictively construed, specific exceptions. The German Constitutional Court even faulted legislative exceptions as unfaithful to this approach because they were not narrow enough.

Each of these norms implies a different relation of priority between economic and moral rights. To maintain a reliable market in works, a marketplace norm avoids burdening the contractual transfer of economic rights. Anglo-American laws tend to codify previously inchoate moral rights in terms that permit authors contractually to waive invoking these rights against transferees. By contrast, to empower authors to control the use of their works, an authorship norm leads to recognizing inalienable moral rights that authors may assert in the face of contracts to contrary effect. Consequently, French and German copyright laws both formulate such moral rights in broad terms that enable them to survive contractual transfers. Suppose claims that an author transfers the economic right to adapt a work but later claims the moral right to stop adaptations that distort the work. In such cases, unlike a marketplace norm, an authorship norm might well lead courts to enforcing just such rights.

Coisa inteiramente distinta do direito americano, pois, ocorre nos direitos de tradição continental, em especial o francês e o alemão. Neste último, inclusive, entende-se que o elemento pessoal prevalece a tal ponto que não se pode alienar nem sequer os direitos patrimoniais, só abertos à licença. Na tradição francesa, que se ecoa na nossa, distinguem-se os dois segmentos do direito autoral.

#### Quais são os direitos morais?

O primeiro e mais radical dos direitos morais é o de exprimir-se ou calar-se, o chamado *direito de divulgação*. A raiz deste direito, claramente, é o inciso IX da nossa declaração de direitos <sup>224</sup>. O inciso X, embora se refira ao *dano moral*, não esgota de forma alguma os direitos morais do autor, que se constroem essencialmente do inciso IX.

Isso porque não se pode deixar de considerar os direitos *morais* acessórios à liberdade de expressão que tem o autor da obra, em face à autoria, como o direito à nomeação, o de retirar a obra de circulação, o do inédito, o da integridade, e o de promover alterações.

Quanto a esse último ponto, lembra Wolgran Junqueira Ferreira <sup>225</sup>:

Além do aspecto econômico, contido na obra, o preceito Constitucional visa principalmente proteger o direito de liberdade de manifestação do pensamento, garantindo-se o direito ao autor de utilizar as obras literárias, artísticas e científicas proibir-se que a expressão de seu pensamento seja deturpada.

Mais do que proteção à propriedade, existe proteção à liberdade de pensamento. Mas, há que se ter em conta que protegido o direito à liberdade de pensamento, todos os outros direitos ligados à criação intelectual também estão protegidos.

Assim, o direito de afirmação da autoria, na contrariedade e direito de toda contrafação ou dano à obra, o direito de vedar alterações que proíbe ao dano da tela, da escultura, ou da

---

224 Vide Thierry Joffrain, Deriving a Moral Right for Creators, Texas International Law Journal, Sep. 2001, p. 762. Vide também Claude Colombet, op. cit., p.116

225 Comentários à Constituição de 1988, vol. 1. p. 154, Ed. Julex.

arquitetura, alterá-las sem permissão do artista, assim como a proteção ao direito de nominação que consiste na oposição do nome do autor na obra.

Note-se, porém, que as legislações nacionais estabelecem balanceamentos específicos para o exercício de tais direitos, inclusive em face do direito de propriedade. Assim, não só a lei brasileira mas muitas outras condicionam o exercício do direito de retirada da obra à indenização do editor que, de boa fé, publicou a obra que será alterada.

#### Outras consequências do direito moral

O conceito de direito moral tem repercussões fundamentais no direito autoral, muito além do que se pode ler dos art. 24 a 27 da Lei 9.610/98. É elemento central para a questão da autoria conjunta, das obras feitas sobre encomenda, da titularidade original por pessoas jurídicas, da comunicabilidade nos regimes matrimoniais, da penhorabilidade dos bens imateriais, todos esses elementos com eminente repercussão no campo dos direitos patrimoniais. Também é central na questão do direito de paródia, de comentários, e de todas outros exercícios da liberdade de expressão sobre obra preexistente.

A opção feita pelas várias leis, na história brasileira e no direito vigente, no tocante aos direitos morais não passou, até o momento, por uma análise significativa do parâmetro constitucional. É constitucionalmente razoável, por exemplo, a restrição da lei do software aos direitos morais dos seus autores? É constitucionalmente permissível que se prive a pessoa jurídica da autoria originária? Tais ponderações não passam, evidentemente, pela simples análise da lei ordinária, em face dos tratados pertinentes.

### **Direitos patrimoniais e uso social da propriedade**

Como vimos extensamente acima, no contexto constitucional brasileiro os direitos intelectuais de conteúdo essencialmente industrial (patentes, marcas, nomes empresariais, etc.) são objeto de tutela própria, que não se confunde mesmo com a regulação econômica dos direitos autorais. Em dispositivo específico, a Carta sujeita a constituição de tais direitos a condições especialíssimas de funcionalidade (a *cláusula finalística*), compatíveis com sua importância econômica, estratégica e social. Não é assim que ocorre no que toca aos direitos autorais.

Certo é que, no que for objeto de *propriedade* (ou seja, no alcance dos direitos patrimoniais), o direito autoral também está sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum - a *função social da propriedade* de que fala o Art. 5º, XXIII da Carta de 1988. Note-se, uma vez mais, neste contexto, que a proteção autoral, como propugna boa parte da doutrina, não se esgota na noção de propriedade, em particular pela presença dos direitos de personalidade ou direitos morais em geral.

O Art. 5º, XXII da Carta, que assegura inequivocamente o direito de propriedade, deve ser sempre contrastado com as restrições do inciso seguinte, a saber, as de que a propriedade atenderá sua função social. Também no Art. 170 a propriedade privada é definida como

princípio essencial da ordem econômica, sempre com o condicionante de sua função social

226

### Direitos patrimoniais, livre concorrência, e liberdade de informação e de expressão

A relação difícil entre os interesses do autor e os da sociedade passa ainda por duas questões principais: a relação de competição no mercado, alterada pelas restrições próprias aos direitos exclusivos; e o equilíbrio da proteção em face dos interesses da liberdade de expressão e do direito à fruição dos bens do intelecto.

O estatuto constitucional dos direitos autorais tem outra vertente além da propriedade – o da liberdade de informação. E isso se dá de forma dupla: existe a tensão entre o direito à informação de terceiros e exclusividade legal do titular da obra, e a tensão entre a propriedade e o direito que tem um outro autor (ou qualquer um do povo) de se expressar de maneira compatível com sua própria liberdade.

Vimos, em seção acima, a elaboração do Tribunal Constitucional Alemão sobre o balanceamento de interesses entre o direito de propriedade e os direitos de informação e de expressão. Como qualquer instância de aplicação do princípio da razoabilidade, ele se faz materialmente e em cada caso. Mas, seja através da aplicação de algum dos limites legais ao direito, seja através da interpretação da lei autoral, é preciso ficar claro que a propriedade intelectual não pode coibir, irrazoável e desproporcionalmente, o acesso à informação por parte de toda a sociedade, e o direito de expressão de cada um.

### **Dos direitos previstos no inciso XXVIII**

O inciso XXVIII do art. 5º Da Carta de 1988 introduziu matéria nova no texto constitucional, ao prever que a lei ordinária assegurará, em seus termos, a proteção às participações individuais em obras coletivas. Tal princípio obviamente já decorreria da proteção genérica do inciso anterior, e jamais foi negado seja na história do direito brasileiro, seja no direito comparado.

A ênfase constitucional, porém, obviamente responde a uma demanda específica de reconhecimento do autor, do intérprete ou de executante, em particular no contexto de obras *coletivas*, que são – como diz a Lei 9.610/98 – as criadas por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma. Assim, por imposição constitucional, em tais obras (como novelas, filmes, etc.) a  *fusão*  da participação de todos numa criação autônoma não exclui a prevalência do interesse individual, a nosso ver tanto no plano dos direitos morais, quanto nos patrimoniais.

---

226 José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. RT, 1989, p. 241: "a propriedade (sob a nova Constituição) não se concebe senão como função social".

### A questão da indústria cultural

Embora tal interpretação pareça contraditória à natureza de *investimento cultural* tão freqüente nas obras coletivas, é um mandamento da lei básica, e deverá ser observada, ainda que com enfático balanceamento de direitos, tanto na interpretação das leis autorais quanto na regulamentação das profissões artísticas.

Não será possível, provavelmente, conceder tal direito em proporção tal que cada partícipe possa exercer direitos que impeçam a exploração econômica da obra como um todo, ou numa proporção economicamente significativa. O reconhecimento de uma dessas participações individuais relativamente insignificante não poderia, num adequado balanceamento constitucional, levar à vedação da apresentação da obra, ainda que devesse ser garantido o pagamento pertinente, se previsto<sup>227</sup>.

A indústria cultural tem relevância econômica de amplíssimo espectro, com repercussão crescente, e merece atenção constitucional; nas obras coletivas, a *iniciativa*, organização e responsabilidade merece tutela como parte da liberdade de investimento e de exploração econômica, à luz do art. 1º e 173 da Carta, o que requer equilíbrio com o dispositivo do art. 5º, inciso XXVII.

### Jurisprudência: direitos conexos, versus direitos autorais

> Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial Nº 4.875 - RJ (90.86930). Terceira Turma (DJ, 06.05.1991). Relator: Ministro Dias Trindade. Recorrente: ASA - Associação dos Atores em Dublagem, Cinema, Rádio, Televisão, Propaganda e Imprensa. Recorrida: TV Globo Ltda. Advogados: Drs. Nauro Araújo Silva e outro, Cláudio Penna Lacombe e outros.

EMENTA: - CIVIL. DIREITO AUTORAL. OBRA COLETIVA. DIREITOS CONEXOS. A declaração da existência de relação jurídica de uso, gozo e disposição de produção artística coletiva, pela empresa detentora do direito autoral (art. 15, Lei 5.988/73), não nega vigência ao art. 13 e seu Parágrafo Único da Lei 6.533/78, tanto mais quanto ressalva os chamados direitos conexos, dos que participam da execução da referida obra artística.

Voto do relator. - Na presente ação a Tv Globo Ltda. pede declaração de situação jurídica decorrente do direito de propriedade autoral sobre produções artísticas coletivas, em face de dúvida sobre a vontade da lei, já levantada, em mais de uma oportunidade, pela Asa - Associação dos Atores em Dublagem, Cinema, Rádio, Televisão, Propaganda e Imprensa.

Poderia ser dito - e o fez o juízo monocrático, ao indeferir, de plano, a pretensão declaratória - que o objetivo da ação seria o de ver declarado o que na lei está expresso, ou seja, o direito autoral da produtora de obra artística, de natureza coletiva, pela participação de outras pessoas na sua execução (art. 15 da Lei 5.988, de 14.12.73).

---

227 Direito Autoral. Retransmissão não autorizada de telenovela. Interpretação, nos "créditos" de telenovela, da arte de cabeleireiro e maquilador de fama. Retransmissão da peça televisiva. Necessária autorização do autor. Desde o CC a cessão dos direitos de autor, para os efeitos econômicos, pode ser parcial ou definitiva. A Lei de Direitos Autorais, por outro lado, presume que a permissão para a publicação da obra é para cada vez. Procedência do pedido de pagamento de retransmissão não autorizada previamente. Referência: Apelação Cível nº 2.476 - Rio de Janeiro - 6a. Câmara Cível do TJ/RJ - Por unanimidade, em 25/09/90 - Rel. Cláudio Lima - Arq. CDA.

Contudo, embaraços estariam a ser opostos à compreensão do conteúdo desse direito autoral, a exigir declaração judicial, como decidiu o Tribunal, no acórdão que está nas fls. 139 e seguintes, referido no acórdão recorrido.

Assim, veio a ser declarado o direito autoral, com o devido respeito, por outro lado, aos direitos conexos dos intérpretes participantes da obra artística, situação que os contratos trazidos por cópias de fls. 213 a 360, demonstram que a autora vem observando, como se vê das cláusulas quarta e §§ 1º a 6º e vigésima e parágrafos, de um dos vários contratos exibidos - visto nas fls. 344 e 351 - por exemplo: (ler as cláusulas).

A rigor, não havia o que declarar, tanto que o sentenciante se limitou a reconhecer o direito de propriedade da autora da obra coletiva - sua produtora, em convivência com o direito conexo dos que dela participam, como intérpretes. E, assim declarando, não negou vigência ao art. 13 e seu Parágrafo Único da Lei 6.533, de 24.05.78, bastando a essa constatação a leitura das letras em que se acham expressas as regras assecuratórias dos direitos das partes:

O art. 15 da Lei 5.899/73 diz:

“Quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou coletiva, e em seu nome utilizada a esta caberá sua autoria.”

E, convivendo com a regra acima, o art. 13 da Lei nº 6.533/78:

“Não é permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais.

Parágrafo Único - Os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em decorrência de cada exibição”.

Assim, resultou claro da sentença, confirmada pelo acórdão recorrido que, em função da propriedade da produtora lhe são inerentes o uso, o gozo e a disposição da obra coletiva, preservados, no entanto, os direitos conexos das que participam da feitura da obra, nos termos da legislação em vigor.

Não há a distinção que a recorrente quer, ou seja, entre produtora e usuária da obra, porque o uso é inerente ao próprio direito autoral.

É de referir a perplexidade da ora recorrente, ao interpor apelação da sentença, ao verificar que a pretensão declaratória fora acolhida, não obstante a ressalva do atendimento à lei em vigor, quanto aos direitos conexos dos participantes da obra coletiva, perplexidade que não é menor do que a demonstrada pela ora recorrida, ao responder à mesma apelação.

É que ambas as partes sustentam a existência de seus direitos sem interferir nos da adversa. Assim, a autora pugna pela declaração do seu direito de usar, fruir e dispor da obra, como detentora do direito autoral sobre a mesma, mas sem negar o dos associados da ré; enquanto que esta sustenta esses direitos conexos dos participantes, sem negar o direito autoral da produtora, tudo a demonstrar que inexistiria a lide, não fora a dúvida reconhecida pelo Tribunal que determinou o prosseguimento da ação, ao reformar aquela decisão que indeferira, liminarmente a inicial.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

### Voz e imagem. Direito de Arena. Direitos Conexos.

A tutela constitucional da reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas não tem, necessariamente, qualquer cunho autoral. Embora possa servir de substrato aos direitos conexos dos intérpretes e executantes o interesse jurídico tutelado é



de caráter personalíssimo, embora com eventuais repercussões econômicas. De outro lado, tal texto ancora os direitos de arena <sup>228</sup> e as práticas de *merchandising* esportivo.

Já 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, ainda que nada absolutamente acresça ao direito autoral historicamente praticado no Brasil, vale como suporte constitucional aos direitos conexos (ou a alguns deles), indicados na expressão “intérpretes”. Assimilados aos autores, “no que couber”, os intérpretes e titulares de direitos conexos têm interesses distintos e até contraditórios aos autores.

### Bibliografia sobre Constituição e PI

Direito, Carlos Alberto Menezes, A disciplina constitucional da propriedade industrial, Revista de Direito Administrativo, n 185 p 19 a 25 jul/set 1991.

Douglas Gabriel Domingues, A propriedade industrial na Constituição Federal de 1988, Revista Forense – vol. 304, pág. 69.

Silveira, Newton, Garantias constitucionais aos bens imateriais, RDM, nova serie, vol 24 n 60 p 18 a 23 out/dez 1985.

---

228 LEI Nº 9.615, DE 24 DE MARÇO DE 1998, Art. 42. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem. §1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento. §2º O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins, exclusivamente, jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo. (...).