

Arbitrabilidade dos Direitos Autorais — A Questão dos Direitos Morais

MARÍLIA BITTENCOURT ROSA

Acadêmica em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Participante da Iniciação Científica na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (Tema: Da arbitrabilidade dos conflitos. Coordenação: Professora Elisabeth V. De Gennari), Estagiária de Direito do Ministério Público do Estado de São Paulo.

VINÍCIUS PAVAN SILVA

Acadêmico em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Participante da Iniciação Científica na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (Tema: Da arbitrabilidade dos conflitos. Coordenação: Professora Elisabeth V. De Gennari), Secretário-Executivo do Centro de Solução de Disputas da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual.

RESUMO: O presente artigo analisa a arbitrabilidade dos direitos de propriedade intelectual e os direitos morais do autor no cenário brasileiro atual. Com este escopo, os autores traçam alguns aspectos da abrangência da propriedade intelectual, como sua natureza jurídica, sua validade e suas características do registro. Visando, ainda, maior compreensão, lançam mão do conceito dos direitos morais para entender os direitos morais do autor. Além de analisar as peculiaridades da arbitrabilidade à luz da legislação brasileira, os autores demonstram a possibilidade da intersecção harmônica do instituto da arbitragem, direitos autorais e morais do autor.

ABSTRACT: This article analyzes the arbitrability of intellectual property and moral rights of the author on the current Brazilian scenario. With this objective, the authors outline some aspects of intellectual property, such as its legal nature, characteristics and validity of the registration. In order to seek a greater understanding, this article makes use of the concept of moral rights to understand the moral rights of the author. Besides analyzing the peculiarities of arbitrability in the light of the Brazilian legislation, the authors demonstrate the feasibility of the harmonic intersection of arbitration, *copyrights* and moral rights of the author.

SUMÁRIO: 1 Colocação da questão; 2 Abrangência da propriedade intelectual; 2.1 Natureza jurídica da propriedade intelectual; 3 Direitos autorais; 3.1 Natureza jurídica; 3.2 Peculiaridades do registro; 3.3 Validade; 4 Direitos morais do autor; 4.1 Dano moral; 5 Arbitrabilidade objetiva; 6 Os direitos autorais são arbitráveis? E os direitos morais do autor?; 7 Vantagens da arbitragem; 7.1 Análise de casos concretos; Conclusão.

1 COLOCAÇÃO DA QUESTÃO

Neste artigo analisaremos a possibilidade de submissão dos direitos de propriedade intelectual ao instituto da arbitragem, já que os direitos au-

torais são reconhecidos e protegidos internacionalmente no mínimo desde o século XIX¹ e estão resguardados na Constituição Federal brasileira como cláusula pétrea no art. 5º, inciso XXVII.

Importante distinguir propriedade intelectual, gênero, da propriedade industrial, espécie, ressaltando especificamente os direitos da obra do autor contidos na Lei nº 9.610/1998, além de elucidar a hipótese dos direitos morais do autor.

Com base na lei já citada, que visa a assegurar proteção às obras originárias do intelecto humano, destacaremos as suas peculiaridades jurídicas para análise do cabimento de arbitragem, peculiaridades estas, como sua abrangência: direitos morais e patrimoniais, e, conseqüentemente, o direito de divulgação e reprodução.

Ademais, é importante esclarecer a arbitrabilidade objetiva apenas presente para litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, conforme o art. 1º da Lei nº 9.307/1996, e desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública, de acordo com art. 2º, § 1º, da mesma lei. Tal entendimento deve ser feito à luz do conceito de direitos disponíveis, indisponíveis, patrimoniais e extrapatrimoniais, distinção esta que se faz imperiosa tendo em vista a diferença entre os direitos de autor de caráter patrimoniais e os autorais de paternidade.

A análise da intersecção desses dois institutos, arbitragem e propriedade intelectual, é necessária tendo em vista a escassez de escritos nacionais, entretanto, crescente utilização da arbitragem para composição de litígios envolvendo os direitos de propriedade intelectual no cenário brasileiro, que coaduna com o crescimento econômico e social do País.

2 ABRANGÊNCIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

É preciso um corte epistemológico para restringir o objeto de estudo do presente artigo; portanto, a propriedade intelectual que analisaremos é a adstrita aos direitos autorais.

Nesse sentido, merece esclarecimento que a propriedade intelectual, gênero, abrange direitos imateriais decorrentes de trabalho intelectual, portanto bens incorpóreos, compreendendo o ramo dos direitos autorais es-

1 Cf. Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, completada em Paris a 4 de maio de 1896, revista em Berlim a 13 de novembro de 1908, completada em Berna a 20 de março de 1914, revista em Roma a 2 de junho de 1928, em Bruxelas a 26 de junho de 1948, em Estocolmo a 14 de julho de 1967 e em Paris a 24 de julho de 1971 (Disponível em: <<http://www.abpi.org.br/>>).

tudado pelo Direito Civil, e o ramo dos direitos industriais estudado pelo Direito Empresarial.

Com isso, podemos concluir que os direitos industriais são direitos de propriedade industrial, enquanto os direitos autorais são direitos de propriedade intelectual, e ambos constituem espécies do gênero propriedade intelectual.

Para maior esclarecimento, verifiquemos o conceito adotado pela Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)²:

*A propriedade intelectual abrange os direitos relativos às invenções em todos os campos da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, de comércio e de serviço, aos nomes e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal, às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas, intérpretes, às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, bem como os demais direitos relativos à atividade intelectual no campo industrial, científico, literário e artístico.*³ (grifo nosso)

A partir deste conceito, síntese prático da formação científica, podemos extrair que os direitos autorais são direitos incorpóreos relativos às obras literárias, artísticas e científicas. O direito regula essa matéria conferindo tutela por um determinado lapso temporal contra a concorrência desleal e desdobramentos dos direitos patrimoniais, além de atentados contra a personalidade do autor e as características das obras.

Ainda quanto ao referido conceito e objetivando corte epistemológico, elucidamos que o presente artigo não trata dos direitos conexos do autor, que, conforme o art. 89 da Lei nº 9.610/1998, compreendemos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão. Embora não seja o foco deste trabalho, o mesmo dispositivo de lei preceitua que se aplicam, no que couber, as normas relativas aos direitos de autor aos que lhe são conexos.

2 Fundada em 16 de agosto de 1963 (com o nome de Associação Brasileira para a Proteção da Propriedade Industrial), a ABPI congrega empresas, escritórios de advocacia e agentes de propriedade industrial do Brasil e do exterior. É voltada para o estudo da propriedade intelectual, notadamente o direito da propriedade industrial, o direito autoral, o direito da concorrência, a transferência de tecnologia e outros ramos afins. É Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle – AIPPIA e a Ligue Internationale du Droit de la Concurrence – LIDC (Disponível em: <<http://www.abpi.org.br/>>).

3 Disponível em: <<http://www.abpi.org.br/>>. Acesso em: 21 abr. 2012. Conforme Bruna Castanheira (O direito autoral e o acesso à cultura e informação no âmbito da Internet. Disponível em: <https://www.academia.edu/6310654/o_direito_autoral_e_o_acesso_a_cultura_e_informacao_no_ambito_da_internet>. Acesso em: 28 mar. 2014).

2.1 NATUREZA JURÍDICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Inicialmente, devemos analisar o conceito de propriedade para verificar se de fato o nome do instituto corrobora com as suas características.

Propriedade, de acordo com a tradição romana⁴ e o art. 1.228 do Código Civil de 2002, é um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea, conferindo ao titular como aspecto positivo o direito de usar, fruir e dispor da coisa, e, em aspecto negativo, de proteger e reaver o bem de quem injustamente o detenha.

Ademais, acentua Thomas Marky que “a característica dominante do ponto de vista jurídico é a exclusividade da propriedade, que impõe a todos a obrigação de respeitá-la”.

Sem prejuízo do conceito tradicional de propriedade, a visão moderna⁵ o expande para atingir os bens incorpóreos e intangíveis, admitindo que se fale em propriedade intelectual⁶.

A doutrina⁷ divide, ainda, o direito de propriedade como direito patrimonial real ou pessoal. O direito real afeta a coisa direta e imediatamente e segue em poder de quem quer que a detenha, possibilitando o usar, fruir e dispor da coisa com efeito *erga omnes*. E o direito pessoal é o direito contra determinada pessoa, é a relação jurídica entre dois sujeitos, como, por exemplo, credor e devedor.

De acordo com Orlando Gomes⁸, os direitos intelectuais não podem ser classificados entre os direitos pessoais, nem entre os direitos reais, concluindo que estes constituem um *tertium genus*.

Tendo em vista a possibilidade de os direitos intelectuais serem passíveis de usar, fruir e dispor, podemos concluir que essas características essenciais são as dos direitos reais, logo, não se pode dizer que os direitos intelectuais não estão classificados como direitos reais.

4 MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 65.

5 Segundo Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. 26. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 339), “os bens incorpóreos não tem existência tangível e são relativos aos direitos que as pessoas naturais ou jurídicas têm sobre as coisas, sobre os produtos de seu intelecto ou contra outra pessoa, apresentando valor econômico, tais como: os direitos reais, obrigacionais, autorais”.

6 BARBOSA, Denis Borges. *O conceito de propriedade intelectual*. 2002 (incluído em *Uma introdução à propriedade intelectual*, 2. ed., Lumen Juris, 2003). Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/trabalhospi.htm>>, p. 9.

7 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 89.

8 GOMES, Orlando. Op. cit., p. 88.

A diferença que destoa dos direitos de propriedade intelectual para os direitos de propriedade real reside na característica dominante do ponto de vista jurídico, que é a exclusividade da propriedade, conforme supra explicitado.

Apesar de os direitos de propriedade intelectual serem direitos absolutos exclusivos, esta exclusividade é mitigada, pois carecem dos atributos das coisas tangíveis e têm caráter não perpétuo, caindo em domínio público⁹ com o decorrer de lapso temporal¹⁰. Por carecerem dos atributos das coisas tangíveis, esses bens imateriais podem ser reproduzidos ou recriados por pessoa diversa do criador original, sendo mais difícil resguardar uma propriedade imaterial do que uma propriedade material. Concluímos que são direitos reais¹¹, porém mitigados em relação aos bens corpóreos¹².

Não obstante a característica patrimonial dos direitos autorais que permite a sua classificação como direitos reais, ainda podemos ressaltar o plano dos direitos morais do autor que surgem com a exteriorização da ideia da obra intelectual à coletividade. Portanto, podemos dizer que não se restringe apenas a uma espécie de propriedade, abrangendo também os direitos morais do autor, sendo modalidade de direitos da personalidade¹³.

9 Conforme Cláudio R. Barbosa (*Propriedade intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 99/100), “em se tratando de propriedade intelectual, o domínio público deve ser compreendido como a somatória das informações livremente acessíveis. [...] as informações já utilizadas e aquelas que ainda não foram descobertas. Essas últimas poderão (ou não) ser apropriadas, dependendo do cumprimento dos institutos jurídicos existentes; se apropriadas deixarão, temporariamente, o conjunto do domínio público. O sistema jurídico que controla a separação temporária de uma ideia que contém determinados requisitos, do domínio público para um domínio privado, e suas consequências, é justamente o sistema da propriedade intelectual, visto por outro ângulo”.

10 Cf. os arts. 41, 43 e 44 da LDA.

11 Conforme Sílvio de Salvo Venosa (*Direito civil: direitos reais*. Coleção direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 5, 2003. p. 581), “a controvérsia sobre a colocação dos direitos do autor no campo dos direitos reais ainda persiste. Para fins didáticos, cumpre ressaltar de plano que, nos direitos morais do autor, pontificam aqueles de cunho patrimonial ao lado dos direitos morais. Como a propriedade, ou, mais propriamente, o domínio pode ter por objeto direitos corpóreos e incorpóreos, mostra-se inafastável a inclusão desses direitos no campo patrimonial e na esfera dos direitos reais. Cuida-se, sem dúvida, de modalidade de propriedade, ao menos no que tange aos direitos patrimoniais”.

12 Conforme Denis Borges Barbosa (*O conceito de propriedade intelectual*, 2002, p. 9), “os bens, produtos da inventiva industrial ou criação estética, denominados usualmente imateriais, carecem dos atributos das coisas corpóreas, objeto natural dos direitos reais: não são individualizadas e atuais, no sentido de que podem ser reproduzidos ou recriados por uma outra pessoa, diversa do criador original. Embora suscetíveis de serem objetos de direitos absolutos exclusivos, esta exclusividade não impede, a rigor, a reprodução ou a recriação, que são processos de produzir objetos idênticos, mas diferentes. Por ficção, o Direito tem atribuído a tais bens as mesmas qualidades das coisas sob o direito real, fazendo prevalecer a exclusividade do direito mesmo sobre bens idênticos de criação absolutamente autônoma”.

13 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. Coleção direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 5, 2003. p. 582.

Ainda observa Sílvio de Salvo Venosa¹⁴ que a natureza dos direitos morais do autor está pautada nos direitos da personalidade:

[...] são aqueles decorrentes da pessoa humana considerada em si mesma; valores inatos à natureza do homem, como a vida, a honra, o nome, a privacidade, o próprio corpo, entre tantos outros. O novo Código Civil traça o perfil de alguns desses direitos de personalidade (arts. 11 a 21) [...].

Com isso, concluímos que a propriedade intelectual, por ter natureza tanto de direito patrimonial, como de direitos da personalidade, necessita de maior proteção estatal, visando à proteção de valores inerentes à pessoa humana. Portanto, verificaremos a possibilidade de utilizar a arbitragem para solucionar litígios desta natureza, ou seja, se estes direitos são patrimoniais e disponíveis em conformidade com o art. 1º da Lei nº 9.307/1996.

3 DIREITOS AUTORAIS

A proteção aos direitos autorais está prevista na Constituição Federativa do Brasil, como cláusula pétreia, em seu art. 5º, inciso XXVII.

É nítido o avanço tecnológico que a sociedade vem passando, utilizando meios de comunicação e, principalmente, a Internet. Mas ao mesmo passo que este avanço proporciona melhoras no mundo cotidiano, também traz maior possibilidade de ocorrer o crime de contrafação. A emissão de cópias de filmes, livros, fotos, etc., sem autorização, ficou muito mais fácil, e, conseqüentemente, também ficou muito fácil infringir a lei.

Isso desestimula os autores a criarem e, posteriormente, exteriorizarem as suas criações. Fez-se, portanto, necessário criar uma lei específica que protegesse os direitos do autor como um todo, dando-lhe maior segurança para criar e expor as suas criações.

Conforme preleciona Sílvio de Salvo Venosa, o direito do autor “consiste, pois, no complexo de normas que regulam a produção e divulgação intelectual de cunho artístico, literário, científico ou assemelhado, do ponto de vista moral e pecuniário”¹⁵.

A Lei nº 9.610/1998, Lei de Direitos Autorais (LDA), visa proteger as obras decorrentes do intelecto humano e, conseqüentemente, acaba por proteger o próprio autor. Toda criação do autor é resguardada, assegurando

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 582.

15 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 583.

tanto os direitos morais como os patrimoniais¹⁶. É de suma importância fazer distinção destes dois institutos, pois a partir deles é que se pode compreender o que é ou não arbitrável.

No que tange aos direitos morais, serão tratados mais a frente de forma específica, mas, para que possamos compreender a diferença entre direitos morais e patrimoniais do autor, os direitos morais são direitos intrínsecos do autor, é o direito de reivindicar a sua obra, decorrente da paternidade da obra e relacionado aos direitos de personalidade. Já os direitos patrimoniais são direitos disponíveis, ou seja, pode o autor usar, fruir e dispor de sua obra. Poderá ele conceder a terceiros direito de uso, negociar os valores decorrentes deste uso, inclusive cedê-lo de forma gratuita.

No art. 7º da LDA, consta o rol de obras intelectuais que são protegidas. Ressalte-se que este rol é exemplificativo, ou seja, não taxativo das obras. Do contexto do artigo, é possível extrair a preocupação do legislador, pois é preciso “ênfaticamente a necessidade de a obra, criação do espírito, ter sido exteriorizada e minimizar a importância do meio em que a obra foi expressa”¹⁷. Faz-se necessário que a obra tenha sido exteriorizada para que haja proteção; portanto, nota-se a pretensão do legislador de estimular o autor a trazer para o mundo exterior as suas criações intelectuais, e não mais as deixar no mundo das ideias.

Outra peculiaridade importante é o fato de o legislador não restringir a forma como a obra deverá ser exteriorizada, seja por meio eletrônico, escrito, verbal, enfim, todos estarão protegidos, desde que exteriorizados.

3.1 NATUREZA JURÍDICA

No ordenamento jurídico está prevista uma série de direitos de personalidade, tais como: direito à honra, à imagem, à vida, ao corpo, à privacidade, etc. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso IX, garante a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. No inciso X, há garantia à indenização caso ocorra violação de direito moral ou material do autor. No mesmo sentido, no inciso XXVII, há a garantia ao autor pela utilização, publicação ou reprodução de sua obra¹⁸.

16 KISCHELEWSKI, Flávia Lubieska N. *Entenda o direito autoral*, p. 4.

17 LEMOS, Ronaldo. Apostila FGV DIREITO RIO de Propriedade Intelectual, Parte II: Direitos Autorais, Aula 03. Direitos Autorais – Princípios Gerais, p. 26.

18 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 582.

Conclui-se, portanto, que os “direitos intelectuais, conhecidos como direitos autorais, são modalidade de direitos de personalidade”¹⁹. Os direitos de personalidade, por sua vez, são “absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis”²⁰.

Em outro flanco, apresentam-se os direitos autorais como patrimoniais, no momento em que ao autor é assegurado o direito de dispor de sua obra e obter proveito econômico da mesma.

3.2 PECULIARIDADES DO REGISTRO

Ao falarmos de registro na propriedade intelectual, é importante distinguir as diferenças entre o registro dos direitos industriais e dos direitos autorais.

Para que os direitos de propriedade industrial sejam reconhecidos e tutelados, necessitam de registro no órgão competente que lhes dê publicidade e respaldo legal, conferindo o monopólio da marca ou patente ao proprietário constante do registro. No Brasil, tal registro é de competência do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Isso não se verifica em se tratando do registro dos direitos autorais, pois o art. 18 da LDA traz que “a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”. Ao contrário da propriedade industrial, que traz o registro como requisito para que seja o direito reconhecido. É uma faculdade jurídica para garantia da proteção sobre uma obra²¹.

Isto ocorre porque a LDA, como já foi dito, visa a estimular que os autores criem mais, e, para que isso seja possível, não há burocracia para concessão da proteção.

Insta destacar que o registro não é constitutivo de direito, ele é apenas declaratório. Desta forma, feito o registro de uma obra, estará formalizada a paternidade daquela, trazendo mais segurança ao autor no que tange à utilização por parte de terceiros, ao contrário do que ocorreria se alguém utilizasse uma obra não registrada sem autorização, pois o autor teria que

19 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 583.

20 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. 26. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 121 e ss.

21 BARBOSA, Denis Borges. Efeitos do registro de idéias para o Direito Autoral, 1996. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/trabalhospi.htm>>, p. 3.

provar a sua paternidade, já que configura presunção *juris tantum (relativa)*, que poderia ser mitigada com prova em contrário do interessado²².

3.3 VALIDADE

A validade dos direitos autorais é muito ampla, o autor está garantido por muito tempo e mesmo após a sua morte os seus herdeiros continuam protegidos, conforme a ordem sucessória da lei civil. A LDA, em seu art. 41, *caput*, traz que a proteção aos direitos autorais inicia-se a partir da criação da obra e perdura por setenta anos, contados do dia primeiro de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor.

Para as obras anônimas, o art. 43 da mesma Lei traz que o prazo também é de setenta anos, mas são contados a partir de primeiro de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.

4 DIREITOS MORAIS DO AUTOR

Os direitos morais do autor são aqueles que visam a defender a relação existente entre o autor e a sua obra. Estes direitos estão previstos no art. 24 da Lei de Direitos Autorais.

Existem três grandes direitos em que se pode encaixar cada inciso do art. 24, são eles:

- indicação de autoria (itens “a” e “b”): o autor sempre terá o direito de ter seu nome vinculado a obra;
- circulação da obra (“c” e “f”): o autor tanto pode manter a obra inédita como tirá-la de circulação;
- alteração da obra (“d” e “e”): compete ao autor modificar sua obra na medida em que lhe seja desejável ou vetar qualquer modificação à obra.²³

Importante destacar o conceito de direito moral de autor, sendo o vínculo permanente que une autor e a criação intelectual de forma indissociável enquanto emanção da sua personalidade, tutelado pelo ordenamento jurídico em razão dos elementos psíquicos e essenciais do sujeito de direitos no exercício de sua atividade criadora. Sendo assim, os direitos

22 BARBOSA, Denis Borges. Efeitos do registro de idéias para o Direito Autoral, 1996. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/trabalhospi.htm>>, p. 3.

23 LEMOS, Ronaldo. Apostila FGV DIREITO RIO de Propriedade Intelectual, Parte II: Direitos Autorais, Aula 03. Direitos Autorais – Princípios Gerais, 1.5 Direitos Morais, p. 35.

morais são considerados pela doutrina como direito personalíssimo; desta forma, são indisponíveis, impenhoráveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e oponíveis *erga omnes*²⁴.

4.1 DANO MORAL

Entende-se por dano moral “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”²⁵. Este dano pode ocorrer de forma extrapatrimonial (dano moral direto) ou patrimonial (dano moral indireto). O primeiro poderá ocorrer, por exemplo, em uma publicação de revista, na qual seja depreciada a imagem de alguém. E o segundo pode ocorrer de várias formas, mas continuando o exemplo já citado, pode ser a repercussão da publicação no patrimônio da pessoa lesada²⁶, como danos emergentes e/ou lucros cessantes. Este conceito sintetizado será importante para a análise da questão central deste trabalho, como veremos mais adiante.

5 ARBITRABILIDADE OBJETIVA

A arbitrabilidade objetiva é a possibilidade de um determinado direito material se sujeitar ao instituto da Arbitragem, ou seja, se a matéria pode ou não ser submetida ao processo arbitral e julgada pelos árbitros eleitos pelas partes por meio de convenção arbitral, constituindo verdadeira jurisdição de natureza privada.

No Brasil, a Lei de Arbitragem (9.307/1996) trata da arbitrabilidade objetiva em seu art. 1º, dispondo que a convenção arbitral será válida se as partes a utilizarem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis²⁷. Destarte, devemos complementar com a disposição do

24 Nesse sentido Sábio de Aguiar Soares (*Direitos morais de autor no paradigma do estado democrático de direito*, p. 10).

25 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 17. ed. Aumentada e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2012). São Paulo: Saraiva, v. 7, 2003. p. 84.

26 Assim esclarece Fábio Maria de Mattia (Direitos da personalidade aspectos gerais. *Revista dos Tribunais Online*, Doutrinas Essenciais de Direito Civil, v. 3, p. 245, out. 2010 DTR\2012\1385, p. 8): “Apesar de os direitos da personalidade serem extrapatrimoniais quando forem desrespeitados a reparação pode traduzir-se em montante em dinheiro vez que muitos direitos da personalidade geram entradas econômicas. Como exemplo, em caso de lesão à honra pode se configurar uma falência ou insolvência de um comerciante honrado, sendo pois, justo que o autor desta lesão restabeleça o prejudicado no estado anterior”.

27 Segundo Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38), “assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”. Ainda complementa que “são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente

art. 2º, § 1º, da mesma lei, verificando se a matéria submetida à arbitragem não viola os bons costumes e a ordem pública, concluindo, assim, que não se deve atentar contra o interesse público; se o fizer, a convenção e o processo arbitral serão nulos.

Tendo exposto que a arbitragem no Brasil é possível para conflitos cujo direito seja patrimonial disponível, elucidaremos a possibilidade de submeter os direitos autorais tanto de caráter patrimonial como moral à jurisdição privada arbitral.

6 OS DIREITOS AUTORAIS SÃO ARBITRÁVEIS? E OS DIREITOS MORAIS DO AUTOR?

Com todo o exposto, é oportuno adentrar ao mérito da questão discutida, ou seja, se os direitos autorais e morais do autor são arbitráveis no Brasil.

Para tanto, já foi explicitado que, no Brasil, a arbitragem é possível para dirimir conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis que não interfiram na ordem pública.

Ao tratarmos da natureza dos direitos autorais, foi possível verificar a dicotomia dos direitos autorais de caráter patrimonial e moral, e este último tem a sua origem nos direitos da personalidade, inerentes a todos os seres humanos e objeto de proteção especial por parte da Constituição Federal.

Destarte, os direitos autorais de caráter patrimonial, aqueles incidentes sobre determinada criação intelectual que possibilitam seu uso, sua fruição e sua disposição são passíveis de submissão ao instituto da arbitragem para solucionar litígios versando sobre os mesmos, desde que não interfira na ordem pública, muito particularmente na questão registrária.

Já os direitos morais do autor, que são direitos ligados à criação da obra intelectual, por serem inerentes à pessoa humana, são direitos indisponíveis, e considerando, ainda, o art. 1º da Lei nº 9.307/1996, chegamos à conclusão de que tais direitos não podem ser submetidos à arbitragem por expressa vedação legal.

Ressalte-se que, como a paternidade da obra é o cerne da proteção dos denominados direitos morais do autor, é ela intransmissível, indisponível, irrenunciável, inexpropriável e ilimitada, donde sua total incompatibili-

dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir”.

dade com a solução arbitral. As questões de paternidade intelectual da obra são objetivamente inarbitráveis.

Entretanto, as tratativas contratuais, o desrespeito e as infrações aos direitos morais e à paternidade da obra, que caem no campo do uso, do gozo e da disposição, não sofrem tal restrição à arbitragem.

Isso porque, embora sejam direitos extrapatrimoniais, a infração aos direitos morais do autor gera responsabilidade civil e em alguns casos até mesmo responsabilidade penal²⁸, no sentido de indenizar o autor atingido pela infração (dano moral indireto à integridade intelectual), gerando, assim, litígio patrimonial, o qual pode ser submetido à arbitragem²⁹, pois o direito à indenização (danos emergentes e lucros cessantes) é patrimonial disponível³⁰.

Além de a infração aos direitos morais gerarem conteúdo patrimonial (dano moral indireto), não há vedação legal à negociação relativa ao exercício desses direitos. Nesse viés, pode-se fazer um paralelo com os direitos de imagem previstos no art. 76, § 2º da Lei de Direitos Autorais, o qual concede a liberalidade ao autor para transacionar acerca do exercício da reprodução de imagem fotográfica. Portanto, as negociações contratuais que extrapolam para o campo dos direitos reais (usar, fruir e dispor), referentes aos direitos morais, desde que não vedadas pela lei, são passíveis de submissão à arbitragem.

28 Nesse sentido Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38 e 39): “Estas constatações não são suficientes, porém, para excluir de forma absoluta do âmbito da arbitragem toda e qualquer demanda que tanja o direitos de família ou o direito penal, pois as consequências patrimoniais tanto num caso como noutra podem ser objeto de solução extrajudicial. Dizendo de outro modo, se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o *quantum* da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão); da mesma forma, o fato caracterizador de conduta antijurídica típica deve ser apurado exclusivamente pelo Estado, sem prejuízo de as partes levarem à solução arbitral a responsabilidade civil decorrente de ato delituoso. É nesse sentido, portanto, que deve ser interpretado o art. 852 do Código de Processo Civil, ao vedar o compromisso arbitral para questões de estado, de direito pessoal de família e ‘de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial’. Em outros termos, a edição do artigo em questão do Código Civil vigente nada acrescentou (e nada retirou) ao art. 1º da Lei de Arbitragem”.

29 Nesse sentido o art. 24, § 3º, da Lei nº 9.610/1998 exterioriza a possibilidade de indenização a terceiros na hipótese de regular exercício dos direitos morais do autor. Essa disposição constitui flagrante exemplo de conteúdo patrimonial advindo do exercício regular dos direitos morais do autor, os quais são objetivamente arbitráveis.

30 Nesse sentido: “Ninguém pode transacionar abrindo mão de seu direito à honra, que é direito de personalidade, mas a afronta a tal direito gera o direito de indenização por danos morais. Assim, diante da afronta ao seu direito, nada obsta que, através de compromisso arbitral com o ofensor, o valor da reparação seja arbitrado nos termos da Lei nº 9.307/1996. Nesse contexto o árbitro não pode decidir se a pessoa tem ou não direito à honra, vez que este direito é indisponível, somente poderá decidir acerca do fato que enseja a afronta ao direito à honra e quanto à liquidação dessa afronta” (A arbitragem como meio legal e constitucional de solução de conflitos. Disponível em: <<http://www.caesp.org.br/site/arbitragem-constitucionalidade/>>. Acesso em: 30 jun. 2014).

Destarte, é necessário verificar e submeter ao árbitro o litígio para que este faça a análise da arbitrabilidade objetiva e subjetiva, antes de lhe retirar esta prerrogativa, podendo essa atitude ir contrária aos princípios da autonomia privada, *pacta sunt servanda* e da *Kompetenz-Kompetenz*³¹, que devem ser respeitados para que assim também se preserve a ordem pública prezada pela nossa Constituição Federal para se alcançar a pacificação social.

Nesse sentido, é oportuno esclarecer que as partes, pautadas no princípio da autonomia privada, podem regular as suas relações interpessoais e obrigacionais do modo que melhor lhes interessar. E optando pela via arbitral, as partes devem respeitar a convenção arbitral conforme preceitua o princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, os pactos devem ser cumpridos. Esses princípios, afetos aos direitos patrimoniais, devem ser respeitados e respeitarem a ordem pública, qualquer infração a esta tem potencial nulidade.

A ordem pública, relacionada à organização estatal, social e jurídica, pautada no interesse público, está intimamente ligada ao conceito de direito indisponível. A infração a direitos indisponíveis corresponde à infração do interesse público tutelado pela legislação e pode colocar em cheque a segurança jurídica estatal.

Em última análise, o desrespeito aos princípios de autorregulação dos indivíduos e de que estes devem cumprir com as suas obrigações é interesse público e, portanto, indisponível. Por estas razões, o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* deve ser respeitado sob pena de abalar o interesse público e a segurança jurídica, contidos nos princípios supracitados.

Ainda neste contexto, a ordem jurídica positivada tem a capacidade de retirar determinado direito do campo da disponibilidade, trazendo determinadas matérias para a apreciação única e exclusiva da jurisdição estatal, como é o caso do conflito sobre a validade e existência dos direitos industriais que dependem de registro constitutivo do direito no INPI (validade/nulidade de marcas, patentes, etc.). Nestes casos, em que a lei reserva determinada matéria para apreciação exclusiva do Judiciário, a arbitrabilidade da questão resta prejudicada porquanto o direito se torna indisponível e afeto à ordem pública. Sentença arbitral no sentido de declarar a nulidade do re-

31 Em comentário ao art. 8º da Lei nº 9.307/1996 faz referência Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 175): “[...] o *caput* disciplinando a autonomia da cláusula e o parágrafo estabelecendo o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* (competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral)”.

gistro destes direitos seria nula, pois existe na legislação, mais precisamente no art. 57 da Lei nº 9.279/1996, impedimento a qualquer outra jurisdição de pronunciar-se nesta matéria.

Em analogia com os direitos industriais, se houver no caso concreto lei específica e semelhante sobre os direitos autorais, a questão se torna inarbitrável. Mas novamente é o árbitro que deve, antes de qualquer um, verificar se realmente a questão é inarbitrável, e, o sendo, deverá declinar da matéria, prestigiando a ordem pública e o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*.

7 VANTAGENS DA ARBITRAGEM

É notório que a arbitragem causa menos trauma e impacto em uma relação jurídica do que a jurisdição estatal, pois alguns interpretam esta última como uma verdadeira “declaração de guerra”. A jurisdição privada tem menos risco de ruptura da relação entre as partes do que a jurisdição estatal³², já que a primeira é escolhida pelas partes e elas possuem confiança no árbitro para proferir a sentença, tendo em vista que as partes também o escolhem.

Além desta vantagem de preservação da relação jurídica, a arbitragem possibilita a apreciação da matéria por um tribunal mais especializado, possibilitando a escolha de árbitros que conheçam e sejam peritos no tipo de litígio ou nas peculiaridades do direito em questão.

Esta característica da especialidade da arbitragem é vantajosa, no âmbito dos direitos autorais, a partir do momento em que surge conflito entre duas ou mais pessoas após celebrarem um contrato de licença de uso de *software*, como, por exemplo, onde o licenciado, aquele que adquire o direito de uso do *software*, mas não a sua propriedade, não podendo dispor, transferir, distribuir, comercializar e reaver de quem injustamente o detinha, e mesmo assim o licenciado recai nestas condutas não permitidas.

Neste caso, poderão as partes escolher um árbitro especializado no assunto e que tenha condições de avaliar se houve comercialização deste *software*, ou se foram cedidos direitos do mesmo a outra pessoa ou, ainda, se houve algum tipo de violação aos direitos do proprietário, como, por exemplo, em caso de contrafação.

32 Nesse sentido, LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. Arbitragem e propriedade industrial. *Revista dos Tribunais Online – Revista de Direito Privado*, v. 5, p. 149, jan. 2001 DTR/2001/653, p. 1.

Outra vantagem extremamente importante é o caráter sigiloso inerente a este tipo de jurisdição privada. Não é segredo que as grandes empresas tentam ao máximo não se envolver em processos judiciais, pois não querem que pessoas fiquem sabendo ou dizendo que a empresa é instável, ou está cheia de problemas, enfim, não desejam ter o nome e a marca da empresa publicada de forma negativa para sua publicidade e seu *marketing*.

Por isto, a arbitragem pode vir a ajudar diversas empresas para que possam compor os seus conflitos de forma mais rápida, sigilosa e com a segurança de que sua marca e seu nome empresarial não estarão associados a um escândalo social. O procedimento arbitral, sendo sigiloso, se uma empresa precisar, no decorrer de uma relação contratual, discutir algum assunto relacionado ao contrato, como, por exemplo, celebrado com uma gravadora sobre o direito de reprodução de um determinado disco ou coletânea, poderá ser feito de forma sigilosa sem que prejudique a publicidade da música.

Podemos citar, ainda, a agilidade e rapidez na solução dos conflitos, a eficácia e adaptabilidade da arbitragem aos procedimentos e às formas de acordo com as necessidades das partes, sendo, assim, um procedimento menos rígido, e o fato de a arbitragem ser conhecida como jurisdição neutra, podendo ser julgada no país ou no estrangeiro sem interferência estatal, constituindo verdadeira jurisdição privada.

Continuando com o mesmo exemplo da gravadora que adquire os direitos para a reprodução de uma coletânea ou um disco, se houver qualquer conflito em relação ao pagamento (*royalties*) referente à reprodução das músicas, é claro o interesse de ambas as partes que o conflito seja solucionado da forma mais rápida possível, para que a música possa ser reproduzida, trazendo lucro para ambos, autor e produtor.

Quando pensamos nas vantagens para a utilização de arbitragem na solução de conflitos, já percebemos que são muitas, mas quando passamos a aplicar este procedimento de jurisdição privada nos conflitos decorrentes dos direitos autorais, conseguimos perceber mais vantagens, já que a pretensão das partes, no mais das vezes, é o lucro e a preservação da relação.

7.1 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Tendo exposto as vantagens, vamos analisar alguns casos concretos, aplicando-as.

Primeiramente, analisando o acórdão de Apelação nº 0004522-48.2008.8.26.0554, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual

existiu litígio baseado em um contrato de prestação de serviços sobre direitos morais do autor, referente à ausência de menção ao nome do autor nos créditos de um trabalho artístico, motivo pelo qual o Tribunal veio a se pronunciar sobre o reconhecimento dos direitos autorais, os danos morais e a sua respectiva liquidação.

Neste acórdão, encontramos duas vertentes: uma tangente ao reconhecimento do direito autoral, ou seja, a sua paternidade; e outra sobre os danos morais sofridos pelo autor. Como exposto, a arbitragem seria cabível na quantificação da indenização dos danos morais sofridos, mas não seria possível utilizá-la para o reconhecimento da paternidade da obra, por se tratar de direito indisponível. Ademais, havendo relação contratual entre as partes do acórdão, seria possível, em caso semelhante, a existência de cláusula compromissória neste contrato, o que tornaria a solução do litígio mais célere, sigilosa e, data vênia, seria conduzida por um especialista na matéria.

Passando a outro caso, identificamos o acórdão de Apelação nº 0008428-93.2002.8.26.0068, também do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde se analisou ação de indenização por danos materiais e morais no caso de violação de direito autoral e de concorrência desleal, consistente na utilização de imagens em programa de televisão ao mesmo tempo em que a fornecedora do sinal, sem devida autorização, pois a infratora teria perdido o seu sinal de satélite e objetivava manter a audiência da emissora.

Em contraposição ao acórdão anterior, verificamos que não há discussão acerca de reconhecimento de direitos autorais, apenas a quantificação à violação destes direitos patrimoniais e morais, já que houve transmissão de imagem sem autorização do titular. Portanto, esta questão seria totalmente arbitrável, pois se refere ao reconhecimento de direito à indenização e sua liquidação, ou seja, direitos patrimoniais disponíveis. No entanto, como a relação advém de ato ilícito e, portanto, não necessita de preservação da relação das partes, é pouco provável que o infrator queira se submeter a um compromisso arbitral e usufruir das vantagens da arbitragem, principalmente da celeridade.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, concluímos que os direitos autorais que compõem a propriedade intelectual podem ser vistos de duas vertentes: patrimonial e moral.

A primeira refere-se aos direitos reais disponíveis, ou seja, seu titular pode usar, fruir e dispor da propriedade imaterial da forma que lhe servir melhor. Portanto, estes direitos são submissos à arbitragem.

A segunda, direitos morais do autor, matéria afeta aos direitos de personalidade, são irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e indisponíveis. E logo, não são submetidos à arbitragem, já que a matéria ultrapassa limites patrimoniais, inclusive na questão da paternidade da obra, como, por exemplo, litígio a respeito de coautoria de determinada obra que receba investimentos intelectuais, apenas a jurisdição estatal pode decidir a este respeito.

Em outro flanco, ao autor cabe o direito de usar a sua obra, a fim de tirar proveito pecuniário, visando, inclusive, a sobreviver deste trabalho, podendo negociar sobre o exercício destes direitos. Portanto, é importante salientar que apesar de o direito de paternidade da obra e seus respectivos direitos morais não serem arbitráveis, qualquer violação a dispositivo contratual decorrente de uma obra poderá ser arbitrado, podendo configurar dano moral indireto.

No mesmo sentido, pode ser arbitrado qualquer litígio decorrente de infração ao direito moral do autor que gere direito de indenização, pois o *quantum* devido (lucros cessantes e danos emergentes) tem caráter patrimonial, seja advindo de responsabilidade civil ou penal, desde que o ato lesivo gere dano moral indireto, como, por exemplo, nos casos de contrafação, reprodução ou alteração indevida de obra original e utilização da imagem de alguém em meio vexatório que lese a integridade intelectual e, portanto, moral do titular dos direitos autorais ou de imagem. Sendo devido a estas cabais indenizações, com base no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, a serem liquidadas pelo árbitro da disputa.