

**UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE – FCH**

A TUTELA JURÍDICA DOS JOGOS DIGITAIS

Daniel Augusto Gontijo Bueno

**Belo Horizonte
2015**

DANIEL AUGUSTO GONTIJO BUENO

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8103131920127231>

A TUTELA JURÍDICA DOS JOGOS DIGITAIS

Dissertação apresentada ao curso de
Mestrado em Direito da Universidade
FUMEC

Linha de pesquisa: Regulação e
autonomia privada.

Orientador: Sérgio Mendes Botrel
Coutinho

**Belo Horizonte
2015**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B928t Bueno, Daniel Augusto Gontijo, 1990-
A tutela jurídica dos jogos digitais / Daniel Augusto
Gontijo Bueno. – Belo Horizonte, 2015.
95 f. : il. ; 29,5 cm

Orientador: Sérgio Mendes Botrel Coutinho
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde, Belo Horizonte, 2015.

1. Tutela - Brasil. 2. Jogos eletrônicos - Brasil. 3.
Propriedade intelectual - Brasil. 4. Responsabilidade
(Direito) - Brasil. I. Título. II. Botrel, Sérgio. III.
Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde.

CDU: 347.77.02



UNIVERSIDADE
FUMEC

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

**NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO**

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho

Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich

Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende

MESTRANDO: Daniel Augusto Gontijo Bueno

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

“A Tutela Jurídica dos Jogos Digitais”.

NOTA: (75)

Setenta e cinco

ASSINATURA ORIENTADOR:

DATA DA DEFESA: 29/04/2015

Sumário

1 INTRODUÇÃO	5
2 OS JOGOS DIGITAIS	6
2.1 A Origem dos jogos digitais	6
2.2 A Relevância dos jogos digitais no cenário nacional	7
3 A PROPRIEDADE INTELECTUAL	11
3.1 Conceito e Origem da Propriedade Intelectual	11
3.2 A Propriedade Intelectual aplicada aos Jogos Digitais	34
4 A TUTELA JURÍDICA DOS JOGOS DIGITAIS	37
4.1 Princípios Constitucionais e Normas Infraconstitucionais Aplicáveis.....	37
4.2 Concorrência no Mercado dos Jogos Digitais	41
4.3 A Responsabilidade Civil e a Eficácia das Medidas Reparatórias.....	56
4.3.1 Origem e Conceito da Responsabilidade Civil	57
4.3.2 A Eficácia da Reparação nos Jogos Digitais.....	70
5 CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS	85

Resumo

O presente trabalho aborda o mercado dos jogos digitais e suas principais peculiaridades no âmbito jurídico, tendo em vista ser um assunto atual e pouco discutido, não obstante o grande aumento do número de empresas do ramo e a grande adesão da população aos mesmos. São abordados os pontos jurídicos relevantes, assim como a legislação e regulação que tratam e disciplinam o tema. Pretende-se, com isso, levantar os direitos e hipóteses jurídicas possíveis na situação daqueles que atuam nessa espécie de mercado e analisar a relação entre empresas concorrentes, explicitando as hipóteses em que haveria a configuração do dever de indenizar e as possíveis sanções aplicáveis, bem como analisar se a referida indenização é realmente suficiente para reparar os danos e ressaltar eventuais lacunas legais que devem ser sanadas.

Palavras-chave: Tutela Jurídica; Concorrência Desleal; Jogos Digitais; Propriedade Intelectual; Responsabilidade Civil; Marcas e Direito Autoral; Práticas Anticoncorrenciais.

Abstract

The present work addresses the market of the digital games and your main peculiarities in the legal scope, since it's an actual subject that isn't well discussed, despite the growing number of companies and the accession of the people to them. It's addressed the relevant juridical points, as well the legislation and regulation that discipline the theme. It is intended with that, raise the possible rights and juridical hypothesis in the situation of the people who work in that market and analyze the relation between companies that are competitors, explaining the hypothesis that would be configured the duty of indemnify and the possible sanctions, and also highlight if the indemnity is really sufficient to repair the damages and all the gaps in the law that must be solved.

Keywords: Legal Protection; Disloyal Competition; Digital Games; Intellectual Property; Civil Responsibility; Brands and Copyright; Anticompetitive Acts.

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução da sociedade e, conseqüentemente, com avanços tecnológicos, foi possível a criação de inovações jamais imaginadas, razão pela qual foram surgindo novas necessidades e formas de satisfazê-las, estando incluído entre elas o lazer pelo meio virtual.

Os jogos digitais foram criados em meio a um ambiente totalmente hostil, conforme explanado no tópico que trata de sua origem, sendo fruto da curiosidade e criatividade de algumas pessoas, possuindo a função inicial de entretenimento. Com o passar dos anos, os jogos digitais foram difundidos por toda a sociedade e estão intensamente presentes em nossas vidas, sendo utilizados para diversas funções e não mais apenas para entretenimento, apesar de ser esse o principal ramo de mercado. A título de exemplo, os jogos digitais são utilizados atualmente para o treinamento de pessoal em empresas, treinamento de soldados das forças armadas e da Polícia, treinamento para novos pilotos de aeronaves, entre outros.

Induidoso o fato de que o Direito, por ser um reflexo das relações sociais, deve evoluir e se adequar de forma a abranger e tutelar os direitos decorrentes das evoluções tecnológicas.

Dentro desse contexto, objetiva-se investigar como as relações estabelecidas entre os agentes que atuam nesse mercado podem trazer implicações, polêmicas e controvérsias jurídicas, especialmente quanto à responsabilidade civil e a concorrência.

Buscando-se assegurar os direitos fundamentais e o direito à livre concorrência previstos na Constituição de 1988 (CR/88), bem como os direitos à reparação civil garantidos pelo Código Civil de 2002 (CC/02) e pelas Leis de Proteção à Propriedade Intelectual, pretende-se debater, dentre as várias questões levantadas e abordadas, meios para solucionar eventuais conflitos existentes entre as partes envolvidas, não obstante a ausência de regulamentação específica.

Uma vez que a adesão aos jogos digitais está cada vez mais intensa, o risco de que surjam conflitos aumenta gradativamente. Por isso, é necessária uma melhor regulamentação no ordenamento jurídico para que as partes envolvidas estejam devidamente amparadas, conforme será abordado no presente trabalho.

2 OS JOGOS DIGITAIS

2.1 A Origem dos jogos digitais

Conforme pesquisas e estudos relatados no documentário "A Era do Videogame"¹, foram desenvolvidas tecnologias computadorizadas que simulavam lançamentos de mísseis durante a Guerra Fria, na década de 1950. Essas tecnologias permitiram que a criatividade humana atuasse e vislumbrasse uma outra utilidade para os equipamentos de guerra, de cunho exclusivamente interativo e direcionado ao entretenimento. Assim surgiu o primeiro jogo digital.

O físico americano William A. Higinbotham, envolvido na criação da primeira bomba atômica, é conhecido como o criador do primeiro jogo digital, pois, durante suas pesquisas, desenvolveu em 1958 o jogo denominado "Tennis for Two" a partir de um Osciloscópio, aparelho utilizado para medir diferenças de potencial.

A partir dessa invenção, a imaginação, combinada com o momento histórico, foram os elementos que influenciaram a criação de "SpaceWar!" em 1961. O jogo desenvolvido por Steve Russell, com o auxílio de seus colegas Dan Edwards, Alan Kotok, Peter Sampson e Martin Graetz, expressava a corrida espacial em meio a Guerra Fria. O jogo só era disponível para o computador DEC PDP-1 e seus desenvolvedores não possuíam interesses econômicos na criação. O primeiro *joystick* criado teve como base o jogo "SpaceWar!".

Em 1971, as imagens da guerra na televisão foram o fator que tornaram os videogames uma mídia atraente, pois permitiam que as pessoas controlassem o que estava na tela. Pensando nisso, Ralph H. Baer criou o primeiro videogame do mundo a ser comercializado, o "Magnavox Odyssey". Entretanto o console só se conectava em televisores da "Magnavox" o que foi um entrave para a comercialização.

O primeiro videogame a dar lucros foi "Pong", criado por Nolan Bushnell e Ted Dabney na forma de um console ligado a um monitor, movido a moedas. A partir dos lucros, Nolan e Ted fundaram a empresa de videogames "Atari", mundialmente conhecida.

¹ A ERA DO VIDEOGAME. Produzido por Discovery Channel, 2007. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9n2VagiqY6w>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

Com isso, várias pessoas vislumbraram no entretenimento virtual, por meio dos jogos digitais, a possibilidade de lucrar, o que incentivou o desenvolvimento tecnológico nessa área pois a inovação é um dos fatores determinantes para a captação desse mercado. Sendo assim, várias empresas foram criadas, tornando algo que inicialmente era simples em um dos trabalhos mais complexos da atualidade, envolvendo trilhões de dólares e milhões de pessoas.²

2.2 A Relevância dos jogos digitais no cenário nacional

O Brasil é o quarto maior mercado de jogos digitais, com cerca de 45 milhões de consumidores que movimentam mais de US\$2.000.000.000,00, conforme pesquisa realizada pela consultoria PWC (PricewaterhouseCoopers)³ o que demonstra a importância deste mercado no cenário da atualidade.

Em 2004 foi criada a Associação Brasileira das Desenvolvedoras de Jogos Digitais, com o objetivo de, principalmente, reunir empresas e desenvolvedores de jogos, facilitar a expansão desse mercado bem como auxiliar novos empreendedores.

Outros objetivos dessa Associação, são:

- Interlocução com o Governo e universidades;
- Centralização das informações e ações das produtoras nacionais;
- Desenvolvimento de eventos e cursos técnicos focados no desenvolvimento;
- Geração de negócios (parcerias tecnológicas e comerciais);
- Congregar, para a defesa de seus interesses, as empresas que compõem a indústria;
- Representar a indústria e atuar, em caráter permanente, junto ao governo e demais instituições cujas decisões tenham impacto no desenvolvimento do setor, além de representar a visão de seus membros;
- Promover, nos mercados nacional e internacional, os produtos e serviços de seus associados;
- Patrocinar atividades que fomentem a expansão de oportunidades de trabalho neste segmento em todo o Brasil;

² A ERA DO VIDEOGAME. Produzido por Discovery Channel, 2007. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9n2VagiqY6w>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

³ ORRICO, 2012, p. 01.

- Colaborar com os associados para reter e atrair talentos dentro da indústria de desenvolvimento de jogos nacional;
- Desenvolver normas e padrões de produção e prestação de serviços destinados ao aprimoramento da qualidade dos associados;
- Promover a inovação, a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias de relevante interesse para a indústria;
- Procurar obter incentivos, governamentais ou privados, para a pesquisa e desenvolvimento de jogos nacionais, bem como atrair investimentos nacionais e estrangeiros para o setor;
- Realizar, periodicamente, pesquisas e estatísticas com vistas à elaboração de estudos informativos e à avaliação das tendências e da dimensão do mercado;
- Encaminhar às autoridades governamentais e demais entidades competentes estudos e sugestões visando ao desenvolvimento e fortalecimento da indústria, inclusive defendendo o aprimoramento da legislação relativa às atividades da indústria brasileira de desenvolvimento de jogos em geral e, em especial, à proteção jurídica de seus produtos e normas de incentivo ao desenvolvimento, produção, comercialização, importação e exportação de jogos eletrônicos com vistas a assegurar um tratamento justo e igualitário para produtores e usuários destes serviços;
- Manter intercâmbio de caráter cultural e informativo com outras associações e entidades afins nacionais e internacionais promovendo, quando for o caso, atividades conjuntas;
- Encorajar e promover o sentido de comunidade dentro da Indústria, a harmonia e cooperação entre seus associados e, de modo geral, promover o desenvolvimento da produção de jogos brasileiros;
- Oferecer, na medida de suas possibilidades, serviços de assistência e aconselhamento profissional aos associados.⁴

Outro fator que demonstra a enorme importância desse mercado no cenário nacional são os diversos cursos superiores oferecidos nas mais renomadas universidades do país, com foco exclusivamente nos jogos digitais, ou seja, além do curso de Ciência da Computação, hoje em dia é oferecido o curso de Tecnologia em Jogos Digitais em diversas universidades, entre elas a Pontifícia Universidade Católica (PUC)⁵.

⁴ ABRAGAMES, Disponível em: <http://www.abragames.org/objetivos_e_acoes/>. Acesso em: 20 de janeiro de 2015

⁵ <http://www.pucsp.br/graduacao/superior-de-tecnologia-em-jogos-digitais>

O impacto dos jogos digitais no mercado e na vida das pessoas é tão intenso que chegou a afetar diversas outras áreas do cotidiano, o que é de fácil percepção ao se analisar os novos projetos propostos por diversas grandes companhias.

Com essa influência foram, inclusive, criadas as teorias da Gamificação e da Ludificação, que visam transformar todos os tipos de tarefas humanas em jogos⁶, resolvendo problemas, divulgando produtos, bem como para melhorar o ensino educacional, conscientizar a população ou mesmo com o objetivo de tornar mais agradável determinada atividade.

Alguns exemplos dessas teorias na prática merecem ser citados, tais como o da empresa inglesa desenvolvedora de jogos "*Six to Start*", que fez uma proposta para tornar os exercícios de corrida e caminhada menos monótonos.

A proposta foi criar o game "Zombies, Run!"⁷ que consiste em um aplicativo para iPhone e Android em que o jogador coloca seus fones de ouvido e escolhe um destino.

Ao começar a correr ou caminhar (utilizando o sinal de GPS do celular), um narrador do game começa a contar uma história de um mundo infestado de mortos-vivos. Assim, quanto mais o usuário correr mais rápido são coletados munição, remédios e baterias para depois distribuir entre sobreviventes, que são outros usuários do aplicativo (atualmente mais de 800.000).

Para o desenvolvimento do game a empresa abriu um pedido de doações de US\$12.500,00, por meio da maior plataforma de arrecadação para projetos criativos do mundo, a denominada "Kickstarter", e já foram arrecadados US\$ 75.000,00.

Outro exemplo de gamificação nas atividades humanas é o promovido pela empresa Recyclebank⁸ que tem o objetivo de melhorar o mundo e, obviamente, lucrar. A proposta da empresa foi incentivar a população a reciclar seu lixo por meio de desafios e metas, adquirindo pontos a serem trocados por produtos ecológicos de empresas parceiras, como bolsas, alimentos, cosméticos e roupas.

O monitoramento é feito por chips em lixeiras pesadas pelo caminhão na hora da coleta. Atualmente a empresa conta com a participação de mais de 4.000.000 de pessoas e atinge mais de 300 comunidades e cidades em toda a América.

⁶ GAZEL, 2014, p.01.

⁷ <https://www.zombiesrungame.com/>

⁸ <https://www.recyclebank.com/>

No Brasil, esse movimento tecnológico e inovador também afetou as empresas nacionais como a denominada "Mother Gaia", que aplicou essa nova teoria no gerenciamento da carreira de seus funcionários, ou seja, na promoção salarial e de cargos dos mesmos. Conforme cumprem metas, os funcionários ganham níveis e aumentam sua participação nos lucros⁹.

Conforme pesquisa realizada pelo Instituto de Ciências Exatas e Informática da Universidade PUC/Minas¹⁰, o mercado de jogos no Brasil está dividido em diversos ramos. Os principais são:

- Mercado tradicional de entretenimento (72%);
- Advergames (jogos feitos para divulgação e marketing de empresas, junção das palavras "advertising" e "games");
- "Business games" (simulação de negócios cuja finalidade é o aprendizado);
- "Serious games" (jogos direcionados para a simulação e treinamento de equipes, bem como para treinamento de guerrilha, polícia e soldados);
- Jogos educacionais (auxiliando na aprendizagem);
- "Middlewares" (ferramentas necessárias para o processo de desenvolvimento e manutenção de jogos, visando facilitar a criação e aprimoramento dos jogos).

Ainda segundo a pesquisa, de 2003 para 2004, o crescimento do faturamento das empresas especializadas no ramo dos jogos digitais chegou a quase 40%.

O faturamento dessas empresas foi de aproximadamente R\$ 18 milhões, sem a inclusão de distribuição, embalagem, marketing e publicidade, pois a estimativa chegaria em torno de R\$ 100 milhões.

Para o funcionamento de uma empresa desenvolvedora de jogos, é necessária a presença de muitos profissionais capacitados em áreas muito específicas, tais como animação, modelagem tridimensional e programação, o que resulta na disponibilização de muitas oportunidades de emprego.

Diante dessa enorme e crescente importância para o cenário nacional, os jogos digitais se mostram um mercado extremamente atrativo e relevante, seja por oportunizar e fornecer empregos, seja por gerar renda e lucros para aqueles que

⁹ <http://www.mothergaia.com.br/>

¹⁰ <http://www.icei.pucminas.br/icei/cursos/jogos-digitais/mercado-trabalho>

exercem economicamente atividades relacionadas ao seu desenvolvimento e exploração.

Diante da ausência de regulação específica, é preciso investigar as categorias jurídicas em que se inserem esses bens, assim como analisar o regime jurídico que disciplina o tema.

3 A PROPRIEDADE INTELECTUAL

A tutela dos jogos digitais advém, em boa medida, de institutos que integram a propriedade intelectual, o que demonstra a necessidade de se discorrer sobre os principais institutos da propriedade intelectual para, então, apontar o modo pelo qual os jogos digitais se inserem neste ramo jurídico.

3.1 Conceito e Origem da Propriedade Intelectual

O Direito da Propriedade Intelectual consubstancia-se no ramo do Direito que regula a defesa às criações. A Propriedade Intelectual pode ser dividida em dois segmentos, o Direito do Autor e a Propriedade Industrial, sendo esse último o ramo do Direito que visa à proteção da atividade intelectual no campo industrial (patentes, modelos de utilidade, desenhos industriais e marcas).

A proteção à Propriedade Intelectual possui grande relevância para o desenvolvimento econômico, social e tecnológico do País (Artigo 5º, XXIX, CR/88 e Artigo 2º da Lei 9.279/96), pois incentiva os inventores a criarem novidades e as empresas a investirem em pesquisas, sem que permaneçam receosos de que tais esforços não estejam amparados juridicamente.

Vale ressaltar que os Direitos da Propriedade Intelectual não são eternos, ou seja, possuem prazos de validade, que são alterados dependendo do objeto analisado, conforme legislação aplicável à espécie.

Com relação aos registros realizados perante o INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) que possuem relevância no presente trabalho, os prazos de validade são:

- Marcas: O registro de marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogáveis por períodos iguais e sucessivos, devendo o pedido de prorrogação ser formulado durante o último ano de vigência do registro ou nos 6 (seis) meses subsequentes ao fim desse prazo (artigo 133 da Lei nº 9.279/96), ou seja, a lei confere o prazo de 6 meses para o pedido de prorrogação do registro mesmo após o fim da sua validade;
- Patentes: O registro de patente vigorará por 20 (vinte) ou 15 (quinze) anos, dependendo do tipo de patente a ser analisada (respectivamente a patente de invenção e a de modelo de utilidade) e não será prorrogável, conforme artigo 40 da Lei nº 9.279/96;
- Programa de Computador: O Direito de Autor sobre os programas de computador é válido pelo prazo de 50 (cinquenta) anos a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente à sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação, independentemente de registro no INPI, que possui caráter meramente declaratório (reconhecimento da autoria), conforme artigo 2º, §2º, Lei nº 9.609/98;
- Desenho Industrial: O registro de desenho industrial é válido por 10 (dez) anos, prorrogável por 3 (três) períodos de 5 (cinco) anos, como expressamente previsto no artigo 108 da Lei nº 9.279/96.

Alguns aspectos e conceitos desses elementos distintivos devem ser levados em consideração para a correta análise, no caso concreto, diante de suas peculiaridades.

As marcas, conforme definição legal, são sinais distintivos passíveis de serem identificados visualmente, com o objetivo de se relacionar e individualizar determinado produto ou serviço.

Coadunando com este entendimento, Denis Borges Barbosa¹¹ afirma que a marca é o sinal visualmente concebido, criado para o fim específico de distinguir a origem dos produtos e serviços, dependendo da presença de dois requisitos, quais sejam, a capacidade de simbolizar e a capacidade de indicar uma origem específica.

¹¹ BARBOSA, 2003, p. 78.

É importante indicar que o registro da marca é ato constitutivo do direito de seu titular, ou seja, o direito de exclusividade será conferido para quem requerer o registro em primeiro lugar.

No entanto, o artigo 129, §2º da Lei nº 9.279/96 impõe uma exceção a essa regra, qual seja, no caso de um interessado de boa-fé que utilize, no Brasil, a marca objeto do registro pelo período mínimo de 6 meses, hipótese em que poderá apresentar oposição no prazo de 60 dias da publicação da concessão do registro.

Há, ainda, diversos impedimentos ao registro de marcas previstos na própria Lei nº 9.279/96, em seu artigo 124. A doutrina¹², elaborou três requisitos básicos para que uma marca seja registrada, visando justificar todas essas hipóteses.

O primeiro requisito é o da "novidade relativa", que afasta a necessidade de efetiva criação de uma palavra ou um signo, ou seja, é suficiente para se registrar como marca o sinal distintivo já existente mas que foi utilizado, pela primeira vez, para a identificação do produto ou do serviço.

O segundo requisito é o da "não colidência com marca registrada ou com marca notória", nome autoexplicativo para designar o impedimento de se registrar uma marca que possa ser confundida com outras já presentes no mercado e devidamente registradas, ou com notório reconhecimento do público.

A inobservância desse requisito ocasionalmente resulta na prática anticoncorrencial da confusão ou da contrafação, pois induz aos consumidores e ao público em geral a associarem duas marcas ao mesmo produto/serviço ou até à mesma empresa, devendo a empresa prejudicada tomar as medidas cabíveis.

No entanto, quando há colisão com alguma marca notória, o art. 126 da Lei nº 9.279/96 atribui ao INPI autonomia para indeferir, de ofício, pedido de registro de marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, uma marca notoriamente conhecida e que não seja de titularidade do requerente. Tal disposição se deu em virtude do compromisso que o Brasil assumiu durante a Convenção de Paris de 1884, que impôs aos países signatários a recusar ou invalidar o registro, assim como proibir o uso de marca que constitua reprodução, imitação ou tradução de uma outra que se saiba pertencer a pessoa diversa, a fim de evitar a pirataria internacional de marcas.

¹² SANTOS, 2009, p. 36.

É importante diferenciar as marcas de alto renome (art. 125 da Lei n° 9.279/96) das marcas notoriamente conhecidas (art. 126 da Lei n° 9.279/96) a fim de se evitar qualquer confusão com relação a esse requisito.

Segundo Ricardo Negrão¹³ a marca de alto renome é uma inovação feita pelo legislador brasileiro, visando destacar as marcas que são de conhecimento da população do território nacional, ou seja, enquanto as marcas de conhecimento notório são marcas internacionalmente conhecidas, as marcas de alto renome são aquelas reconhecidas no território nacional, não importando se também o são em outros países.

A diferença entre essas duas espécies é que na primeira (art. 126 da Lei n° 9.279/96) a proteção independe de registro no Brasil, enquanto para a proteção das marcas de alto renome esse registro é essencial. Nesta última hipótese a proteção se dará em todos os ramos de atividade e não somente no ramo de atuação da empresa (exceção ao princípio da especialidade¹⁴).

O terceiro e último requisito para validade e aprovação do registro das marcas é o do "desimpedimento", ou seja, a não inclusão do pedido em nenhuma das hipóteses previstas no art. 124 da Lei n° 9.279/96.

São elas:

Art. 124. Não são registráveis como marca:

- I - brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação;
- II - letra, algarismo e data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;
- III - expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração;
- IV - designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público;
- V - reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos;
- VI - sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;
- VII - sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda;
- VIII - cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo;

¹³ NEGRÃO, 2003, p. 146.

¹⁴ COELHO, 2005, p. 159.

- IX - indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica;
- X - sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina;
- XI - reprodução ou imitação de cunho oficial, regularmente adotada para garantia de padrão de qualquer gênero ou natureza;
- XII - reprodução ou imitação de sinal que tenha sido registrado como marca coletiva ou de certificação por terceiro, observado o disposto no art. 154;
- XIII - nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento;
- XIV - reprodução ou imitação de título, apólice, moeda e cédula da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios, ou de país;
- XV - nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;
- XVI - pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;
- XVII - obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular;
- XVIII - termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, que tenha relação com o produto ou serviço a distinguir;
- XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia;
- XX - dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço, salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva;
- XXI - a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico;
- XXII - objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro; e
- XXIII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia.

Quanto à legitimidade para requerer o registro da marca, de acordo com o art. 128 da Lei nº 9.279/96, o pedido pode ser formulado tanto por pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas, no entanto, os requerimentos apresentados pelas pessoas jurídicas de direito privado estão restritos à atividade que exerçam de forma direta ou indireta (sociedades que controlem direta ou indiretamente a atividade).

Como previsto no art. 131 da Lei nº 9.279/96, a "proteção de que trata a lei abrange o uso da marca em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular".

Portanto, o titular do registro da marca pode utilizá-la no mercado das mais variadas formas, entre elas a impressão em embalagens, adesivos, rótulos, etc. Assim, a Lei autoriza que a utilização da marca seja feita diretamente no produto ou serviço, ou à sua forma de apresentação.

Tinoco Soares afirma que:

Dentre as prerrogativas que dizem respeito à proteção conferida pelo registro de marca (art. 130), está o direito de:

I - ceder seu registro ou pedido de registro;

II - licenciar seu uso; e.

III - zelar pela sua integridade material ou reputação.

Como corolário de todas as assertivas não se concebe que alguém venha requerer e obter um registro de marca para pura e simplesmente colocar o „certificado“ na parede, como se lhe fora um título honorífico. Se o fez, soa por demais óbvio e concludente que deverá fazer uso dessa marca na marcação dos seus produtos ou na distinção dos seus serviços. Por via de consequência se não fizer esse uso, poderá ceder o direito a terceiros para que assim proceda ou licenciar o seu uso por terceiros, mediante o respectivo contrato de exploração. Há então três possibilidades do exercício desse direito de uso, pelo próprio titular, por intermédio de cessão para outrem e finalmente mediante um contrato de licença, franquia ou outro. Não basta só o cumprimento dessas três possibilidades porque existe uma outra e que diz respeito à zelar pela sua integridade material ou reputação“. E zelando pela sua integridade o titular da marca deverá mantê-la no mercado atendendo a todos os requisitos da excelência e da qualidade. Se assim o fizer estará usando-a devidamente. Por derradeiro, cabe-lhe também o direito de zelar pela sua reputação e para tanto deverá protegê-la e defendê-la contra todo e qualquer uso por parte de terceiros que se lhe venha copiar o elemento verbal, os característicos essenciais, a sua forma de aparição, a sua forma de acondicionamento ou embalagem.¹⁵

Assim, é possível concluir que a utilização dos direitos conferidos pela marca vão muito além da sua simples exploração comercial para identificação do produto ou serviço do titular.

Tanto pela doutrina quanto pela legislação, as marcas são divididas em diferentes espécies. Conforme artigo 123 da Lei nº 9.279/96, as marcas podem ser classificadas como:

- Marca de produto ou serviço: utilizada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa.

Exemplo: Volkswagen e FIAT.

¹⁵ SOARES, 1997, p. 163.

- Marca de certificação: usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, especialmente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada.

Exemplo: INMETRO.

O registro de marca de certificação só poderá ser requerido por pessoa sem interesse comercial ou industrial direto no produto ou serviço prestado.

- Marca coletiva: usada para identificar produtos ou serviços fornecidos por membros de uma determinada entidade. Normalmente utilizada por Cooperativas agrícolas, sendo que o seu registro só poderá ser requerido pela pessoa jurídica representativa da coletividade

Outra classificação importante das marcas é a criada pelo próprio INPI¹⁶ que as divide em:

- Nominativas: formadas por uma ou mais palavras, combinação de letras e/ou algarismos, sem apresentação ou utilização de símbolos fantasiosos.

Exemplo: Odebrecht.

- Figurativas: constituídas por desenhos, figuras ou qualquer forma estilizada de letra e número, isoladamente.

Exemplos: A letra "M" em amarelo do McDonalds e o jacaré da marca "Lacoste".

- Mistas: constituída pela combinação de elementos nominativos e figurativos ou de elementos nominativos, cuja grafia se apresente de forma estilizada.

Exemplo: A forma estilizada da escrita "Coca-Cola".

- Tridimensional: constituída pela forma plástica de produto ou de embalagem, cuja forma tenha capacidade distintiva em si mesma e esteja dissociada de qualquer efeito técnico.

Exemplos: a garrafa da Coca-Cola e do Yakult.

¹⁶ http://www.inpi.gov.br/portal/acessoainformacao/artigo/marca_1351691433930

No caso de ser efetivado um registro de uma marca que entre em colisão com outra, previamente registrada, qualquer pessoa com legítimo interesse pode, no prazo de 180 dias da expedição do certificado de registro, requerer a instauração de um processo administrativo de nulidade perante o INPI (art. 169, Lei nº 9.279/96), sendo que o próprio INPI poderá instaurá-lo de ofício caso verifique o erro.

Caso o processo administrativo não seja satisfatório para a parte, ela poderá ingressar, em até 5 anos, com a respectiva ação de nulidade do registro da marca (arts. 173 e 174, Lei nº 9.279/96), devendo o INPI intervir no processo caso não seja o autor (art. 175, Lei nº 9.279/96).

Alguns casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça se tornaram evidência ao determinarem a anulação do registro da marca, entre eles o caso envolvendo os salgadinhos "Cheetos" e Cheesekitos":

DIREITO MARCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PARA JULGAR PEDIDO DE PERDAS E DANOS DECORRENTES DO USO DA MARCA, CUJO REGISTRO PRETENDE-SE A ANULAÇÃO. LIDE QUE NÃO ENVOLVE A UNIÃO, AUTARQUIA, FUNDAÇÃO OU EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REGISTRO DA MARCA "CHEESE.KI.TOS", EM QUE PESE A PREEXISTÊNCIA DO REGISTRO DA MARCA "CHEE.TOS", AMBAS ASSINALANDO SALGADINHOS "SNACKS", COMERCIALIZADOS NO MESMO MERCADO. IMPOSSIBILIDADE, VISTO QUE A COEXISTÊNCIA DAS MARCAS TEM O CONDÃO DE PROPICIAR CONFUSÃO OU ASSOCIAÇÃO AO CONSUMIDOR. 1. A autora pretende cumular duas ações: a primeira a envolver a nulidade do registro marcário, obtido pela empresa ré e efetuado pelo INPI, e a segunda buscando a reparação dos danos alegadamente causados pela sociedade ré, isto é, lide que não envolve a autarquia. Destarte, como o artigo 292, § 1º, II, do CPC restringe a possibilidade de cumulação de pedidos, admitindo-a apenas quando o mesmo Juízo é competente para conhecer de todos e o artigo 109, I, da Constituição Federal prevê que compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, é descabida a cumulação, sob pena de usurpação da competência residual da Justiça Estadual. 2. Em que pese o artigo 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial vedar a reprodução ou imitação da marca, suscetível de causar confusão ou associação com outra, para a recusa de registro, por haver anterior de marca assemelhada, deve a autoridade administrativa tomar em conta se há identidade dos produtos e se pertencem ao mesmo gênero de indústria e comércio, consistindo a novidade marcária, sobretudo, na impossibilidade de confundir-se com qualquer outra empregada para produtos ou serviços semelhantes. 3. No caso, a recorrente tem registro de marca que, apesar da conclusão da Corte de origem de que evoca ao termo comum anglo-saxão "cheese" (queijo), é incontroverso que ambas assinalam salgadinhos "snacks", exploram o mesmo mercado consumidor e têm grafia e pronúncia bastante assemelhadas - hábeis a propiciar confusão ou associação entre as marcas no mercado consumidor. 4. "A finalidade da proteção ao uso das marcas -

garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF/88 e regulamentada pelo art. 129 da LPI - é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art.4º, VI, do CDC)". (REsp 1105422/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011) 5. A possibilidade de confusão ou associação entre as marcas fica nítida no caso, pois, como é notório e as próprias embalagens dos produtos da marca "CHEE.TOS" e "CHEESE.KI.TOS" reproduzidas no corpo do acórdão recorrido demonstram, o público consumidor alvo do produto assinalado pelas marcas titularizadas pelas sociedades empresárias em litígio são as crianças, que têm inegável maior vulnerabilidade, por isso denominadas pela doutrina - o que encontra supedâneo na inteligência do 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor - como consumidores hipervulneráveis. 6. O registro da marca "CHEESE.KI.TOS" violou o artigo 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial e não atende aos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, consoante disposto no artigo 4º, incisos I, III e VI, do Código de Defesa do Consumidor, sendo de rigor a sua anulação. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1188105/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/04/2013)

Outro caso de anulação do registro de uma marca foi o envolvendo as marcas "Criolinha" e "Creolina", conforme decisão unânime do Tribunal Regional Federal da Segunda Região:

ADMINISTRATIVO – COLIDÊNCIA ENTRE MARCAS DO MESMO RAMO DE ATIVIDADE – POSSIBILIDADE DE INDUZIR O CONSUMIDOR EM ERRO – NULIDADE DE REGISTRO. I- As marcas têm como finalidade diferenciar mercadorias e serviços, impedindo, assim, a indução dos consumidores em erro ou confusão. II- Dessa forma, a semelhança gráfica ou fonética entre marcas do mesmo ramo de atividade torna inviável a convivência pacífica das mesmas. III- Recurso e remessa necessária improvidos. Trata-se de apelação cível interposta pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (fls.209/211), tempestivamente, contra sentença (fls.196/200) proferida pelo Juízo da 14ª Vara Federal, que julgou procedente o pedido, declarando nulos os registros nºs 812.756.835 e 814.451.071, referentes às marcas "CRIOLINHA", nominativa e mista concedidas pela referida autarquia à AUDAX QUÍMICA INDUSTRIAL LTDA, na classe 03.10/20. Nas razões recursais, o apelante, sustentando que as marcas "CRIOLINHA" e "CREOLINA" apresentam suficiente grau de distinguibilidade, motivo pelo qual entende ser pacífica a convivência das mesmas, pede a manutenção da validade dos registros impugnados, bem como a condenação da apelada nas cominações legais. Recurso recebido à fl. 212, no duplo efeito. Contra-razões às fls.214/219. O Ministério Público Federal opinou pelos improvimentos da remessa e do recurso (fl.222). É o relatório. REIS FRIEDE Relator VOTO O Senhor Juiz Federal Convocado Reis Friede (Relator): Trata-se de apelação cível, interposta pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial contra sentença que julgou procedente o pedido de nulidade de registro das marcas "CRIOLINHA" nominativa e mista. Inicialmente, é mister afirmar a profunda identidade entre a marca acima referida e a anteriormente registrada "CREOLINA", seja essa de natureza gráfica ou fonética. Tal semelhança mostra-se, evidentemente, capaz de induzir os consumidores em erro ou confusão, sobretudo, em se tratando de produtos que possuem a mesma finalidade, qual seja, a utilização para lavanderia, produtos e instrumentos de limpeza exceto os de uso pessoal e industrial. Dessa forma, tendo as marcas como fim fazer a

distinção de mercadorias ou serviços, o que possibilita aos consumidores fazer a devida diferenciação, mostra-se clara a inviabilidade dos registros concedidos a 2ª ré. Ademais, convém salientar ser pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que a colidência fonética e ortográfica entre marcas do mesmo ramo de atividade constitui impedimento suficiente para a convivência pacífica entre ambas. Sendo assim, face ao previsto no art. 65, item 17 do Código de Propriedade Industrial e no art. 124, XIX da Lei 9.279/96, entende-se pela impossibilidade da manutenção dos registros impugnados. Diante do exposto, nego provimento à remessa necessária e ao recurso, para confirmar a sentença do Juízo de 1º grau. É como voto. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, por unanimidade, negar provimento à remessa necessária e à apelação, na forma do voto do Relator, constante dos autos e que fica fazendo parte integrante do presente julgado. (Apelação Cível 200002010180298/RJ, 2000.02.01.018029-8 TRF-2, Relator: Desembargador Federal Reis Friede, Data de Julgamento: 20/03/2002, Segunda Turma, Publicação: DJU - Data::28/08/2002 - Página::236)

As outras formas de extinção do registro da marca estão previstas no artigo 142 da Lei nº 9.279/96.

Existem duas hipóteses da extinção do registro da marca pelo fator temporal, sendo a primeira através da caducidade, ou seja, pela não utilização da marca ou utilização da mesma com modificações que impliquem alteração de seu caráter distintivo original, pelo prazo de 5 anos consecutivos (exceto se devidamente justificado pelo titular) e, a segunda, pela expiração do prazo de vigência, ressalvado o direito do titular de requerer a prorrogação nos 6 (seis) meses subsequentes à expiração do referido prazo.

A extinção do registro da marca também poderá ser feito por pedido formulado pelo próprio titular (renúncia) e poderá ser decretado caso o titular, domiciliado em outro país, não constitua representante legal no Brasil.

Com a extinção do registro da marca, ficam extintos os direitos exclusivos inerentes à exploração comercial do respectivo sinal distintivo, ou seja, o objeto do registro estará em domínio público, dando o direito de utilização a qualquer pessoa.

Com relação às patentes, é importante destacar que apenas terão como objeto as invenções e os modelos de utilidade (artigos 8º e 9º, Lei nº 9.279/96) possuindo prazos de validade distintos, conforme destacado acima.

O conceito de "invenção" na Lei nº 9.279/96 não é exaustivo e tem o condão de apenas direcionar o que deve ser considerado como tal, justamente para que atinja os mais diversos tipos de invenções, incumbindo à doutrina definir o que seria tal instituto, sendo que a Lei lista e expõe apenas o que não poderá ser considerado como tal e as características específicas de determinadas invenções.

Gama Cerqueira, ao analisar as descobertas e invenções, ensina que:

As duas noções não se confundem. A invenção, de modo geral, consiste na criação de uma coisa até então inexistente; a descoberta é a revelação de uma coisa existente na Natureza (...). A invenção, como dissemos, apresenta-se como a solução de um problema técnico, que visa à satisfação de fins determinados, de necessidades de ordem prática; a descoberta, ao contrário, não visa a fins práticos preestabelecidos e apenas aumenta a soma dos conhecimentos do homem sobre o mundo físico. (...) A invenção, pela sua origem, caracteriza-se como uma criação intelectual, como o resultado da atividade inventiva do espírito humano; pelo modo de sua realização, classifica-se como uma criação de ordem técnica; e, pelos seus fins, constitui um meio de satisfazer às exigências e necessidades práticas do homem.¹⁷

A patente de invenção é um título expedido pelo Estado, através Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) – que confere ao autor, assim como nas marcas, a propriedade e exclusividade de exploração da invenção, por período limitado (a proteção conferida pelo registro dessa modalidade de patente vigorará por, no máximo, 20 (vinte) anos e não será prorrogável. Se houver demora por parte do INPI na análise acerca da concessão da patente, a Lei nº 9.279/96, em seu artigo 40, parágrafo único, assegura ao proprietário do registro da patente o prazo mínimo de proteção de 10 (dez) anos, contados da data da concessão) e não prorrogável, conforme artigo 40, Lei nº 9.279/96, sendo que após tal prazo a referida patente irá cair em domínio público.

Assim, pode-se inferir que o ato de concessão da patente também será um ato constitutivo de direitos, pois cria novos direitos ao seu proprietário.

Nas palavras de Gama Cerqueira:

A patente de invenção, expedida pela administração pública, mediante o cumprimento das formalidades legais e sob certas condições, é o ato pelo qual o Estado reconhece o direito do inventor, assegurando-lhe a propriedade e o uso exclusivo da invenção pelo prazo da lei. É o título do direito de propriedade do inventor. Constitui, ao mesmo tempo, a prova do direito e o título legal para o seu exercício. Em sentido figurado significa o próprio privilégio.¹⁸

Já os modelos de utilidade, também superficialmente conceituados pela Lei nº 9.279/96¹⁹, podem ter seus principais elementos retirados do próprio texto da Lei,

¹⁷ CERQUEIRA, 1982, p. 48.

¹⁸ CERQUEIRA, 1982, p.35.

¹⁹ Art. 9º - É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

sendo eles: 1) o objeto "suscetível de aplicação industrial", ou seja, passível de ser implantado na indústria, que for útil ao homem; 2) "nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo", ou seja, é imprescindível a existência de uma invenção previamente aplicável ou já utilizada; 3) "melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação", ou seja, o modelo de utilidade deve proporcionar uma melhoria no uso ou na fabricação da invenção, tornando mais prática ou aprimorada a sua própria utilização ou sua fabricação.²⁰

Diferentemente da patente de invenção, a patente de modelo de utilidade tem a vigência de 15 anos a contar do depósito do pedido, sendo assegurado o mínimo de 7 anos a contar da concessão da patente²¹.

A despeito das diferenças acima narradas, ambas as patentes (invenção e modelo de utilidade) obedecem diversas regras em comum, inclusive possuindo definições e limitações legais que auxiliam na sua conceituação.

Para auxiliar na definição, a lei elenca alguns requisitos que devem estar presentes no objeto a ser patentado. Seguindo a ordem da própria Lei, o art. 11, §§1º, 2º e 3º da Lei nº 9.279/96²² impõe que a invenção ou modelo de utilidade não poderão estar compreendidos no estado da técnica, definindo tal estado como "(...) tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral".

O segundo requisito, previsto nos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.279/96²³, impõe ao inventor que demonstre que o objeto que pretende patentear foi resultado de sua

²⁰ COELHO, 2007, p.76.

²¹ Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

²² Art. 11. A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica.

§ 1º O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos arts. 12, 16 e 17.

§ 2º Para fins de aferição da novidade, o conteúdo completo de pedido depositado no Brasil, e ainda não publicado, será considerado estado da técnica a partir da data de depósito, ou da prioridade reivindicada, desde que venha a ser publicado, mesmo que subsequente.

§ 3º O disposto no parágrafo anterior será aplicado ao pedido internacional de patente depositado segundo tratado ou convenção em vigor no Brasil, desde que haja processamento nacional.

²³ Art. 13. A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica.

Art. 14. O modelo de utilidade é dotado de ato inventivo sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica.

mente criativa, ou seja, não foi uma mera "descoberta" (algo que já existia previamente na natureza, conforme definido por Gama Cerqueira).

Outra característica comum a ambas as espécies de patentes são os impedimentos legais, taxativamente elencados nos artigos 10 e 18 da Lei nº 9.279/96, *in verbis*:

Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

- I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;
- II - concepções puramente abstratas;
- III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;
- IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;
- V - programas de computador em si;
- VI - apresentação de informações;
- VII - regras de jogo;
- VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal;
- e
- IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

Art. 18. Não são patenteáveis:

- I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;
- II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e
- III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

Assim como no procedimento para extinção do registro das marcas, nas patentes o processo administrativo poderá ser instaurado de ofício pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse, no prazo de 6 meses a contar da concessão da patente, conforme determina o art. 51, Lei nº 9.279/96²⁴.

²⁴ Art. 51. O processo de nulidade poderá ser instaurado de ofício ou mediante requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, no prazo de 6 (seis) meses contados da concessão da patente.

Parágrafo único. O processo de nulidade prosseguirá ainda que extinta a patente.

No entanto, caso o registro da patente seja nulo de pleno direito, a respectiva ação de nulidade (judicial) pode ser proposta a qualquer tempo durante a vigência da patente, pelos mesmos legitimados para a ação de anulação (artigos 56 e 57, Lei nº 9.279/96)²⁵.

O instituto das patentes possui uma peculiaridade própria²⁶: as licenças, conforme artigos 61 e seguintes da Lei nº 9.279/96. A licença, pela definição legal, é a oferta da exploração da invenção ou modelo de utilidade por terceiros, ou seja, o inventor disponibiliza a outras pessoas o uso de sua criação, normalmente mediante retribuição financeira.²⁷

Existem duas espécies de licenças, legalmente previstas na Lei nº 9.279/96, que são as:

- Licenças Voluntárias: Previstas nos artigos 61 a 63 da Lei nº 9.279/96²⁸, em que o detentor do registro de patente, por sua liberalidade, autoriza outra pessoa a utilizar de sua invenção

- Licenças Compulsórias: Disciplinadas nos artigos 68 a 74 da Lei nº 9.279/96.

As hipóteses elencadas são taxativas, quais sejam:

Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de

²⁵ Art. 56. A ação de nulidade poderá ser proposta a qualquer tempo da vigência da patente, pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse.

§ 1º A nulidade da patente poderá ser arguida, a qualquer tempo, como matéria de defesa.

§ 2º O juiz poderá, preventiva ou incidentalmente, determinar a suspensão dos efeitos da patente, atendidos os requisitos processuais próprios.

Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

§ 1º O prazo para resposta do réu titular da patente será de 60 (sessenta) dias.

§ 2º Transitada em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação, para ciência de terceiros.

²⁶ FAZZIO JÚNIOR, 2003. p. 769.

²⁷ REQUIÃO, 2010, p.31-33.

²⁸ Art. 61. O titular de patente ou o depositante poderá celebrar contrato de licença para exploração.

Parágrafo único. O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da patente.

Art. 62. O contrato de licença deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros.

§ 1º A averbação produzirá efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação.

§ 2º Para efeito de validade de prova de uso, o contrato de licença não precisará estar averbado no INPI.

Art. 63. O aperfeiçoamento introduzido em patente licenciada pertence a quem o fizer, sendo assegurado à outra parte contratante o direito de preferência para seu licenciamento.

uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

(...)

Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses:

I - ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra;

II - o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e

III - o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.

(...)

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Apesar dessa diferenciação com as marcas, o registro das patentes possui as mesmas formas de extinção daquelas, conforme artigo 78 da Lei nº 9.279/96,²⁹ quais sejam, a expiração do prazo de vigência (improrrogável), pela renúncia do seu titular (ressalvado o direito do terceiro que licenciou a patente e efetuou o pagamento para tanto), pela ausência de pagamento da contribuição ao INPI e pela ausência de procurador residente no Brasil no caso de titular domiciliado no exterior.

Com relação ao desenho industrial a Lei nº 9.279/96 o define, em seu art. 95, como "a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial".

Pode-se extrair do conceito legal supramencionado que, assim como o modelo de utilidade, é necessária a presença de um objeto preexistente à sua criação, justamente porque irá atribuir caráter meramente estético ao mesmo, ou seja, o desenho industrial não se presta para aprimorar a utilização do objeto, apenas torná-lo diferente.

No entanto, o desenho industrial deverá ter implicações industriais, ou seja, ser útil e passível de produção e repetição. Justamente por esse motivo é que há a

²⁹ Art. 78. A patente extingue-se:

I - pela expiração do prazo de vigência;

II - pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros;

III - pela caducidade;

IV - pela falta de pagamento da retribuição anual, nos prazos previstos no § 2º do art. 84 e no art. 87; e

V - pela inobservância do disposto no art. 217.

Parágrafo único. Extinta a patente, o seu objeto cai em domínio público.

ressalva legal presente no artigo 98 da Lei nº 9.279/96³⁰, em que se exclui da proteção conferida por esta Lei, aquela obra que tenha caráter exclusivamente artístico.

Assim, como explicitado para as marcas, a Lei exige do inventor os mesmos requisitos para que seja procedido seu registro, quais sejam, o da "novidade", "originalidade" e "desimpedimento".

Quanto às hipóteses em que é defeso o registro de um desenho, a Lei as elenca taxativamente, são elas:

Art. 98. Não se considera desenho industrial qualquer obra de caráter puramente artístico.

Art. 100. Não é registrável como desenho industrial:

I - o que for contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas, ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimentos dignos de respeito e veneração;

II - a forma necessária comum ou vulgar do objeto ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais.

Assim como os demais registros analisados, o pedido de concessão da proteção ao desenho industrial é realizado perante o INPI porém com um diferencial dos demais bens industriais. Conforme explanado por Rubens Requião³¹, o registro do desenho industrial do INPI está sujeito ao regime da livre concessão, ou seja, apenas haverá a análise formal do pedido, conforme se depreende do texto dos artigos 102, 103 e 106 da Lei nº 9.279/96³².

A análise do mérito do pedido, qual seja, a análise da originalidade e novidade do desenho apenas serão analisados caso o próprio requerente faça expressamente tal pedido, conforme se verifica do artigo 111 da Lei nº 9.279/96, *in verbis*:

Art. 111. O titular do desenho industrial poderá requerer o exame do objeto do registro, a qualquer tempo da vigência, quanto aos aspectos de novidade e de originalidade.

³⁰ Art. 98. Não se considera desenho industrial qualquer obra de caráter puramente artístico.

³¹ REQUIÃO, 2010, p.40.

³² Art. 102. Apresentado o pedido, será ele submetido a exame formal preliminar e, se devidamente instruído, será protocolizado, considerada a data do depósito e a da sua apresentação.

Art. 103. O pedido que não atender formalmente ao disposto no art. 101, mas que contiver dados suficientes relativos ao depositante, ao desenho industrial e ao autor, poderá ser entregue, mediante recibo datado, ao INPI, que estabelecerá as exigências a serem cumpridas, em 5 (cinco) dias, sob pena de ser considerado inexistente.

Parágrafo único. Cumpridas as exigências, o depósito será considerado como efetuado na data da apresentação do pedido.

Parágrafo único. O INPI emitirá parecer de mérito, que, se concluir pela ausência de pelo menos um dos requisitos definidos nos arts. 95 a 98, servirá de fundamento para instauração de ofício de processo de nulidade do registro.

Dessa forma, pode-se concluir que, além dos requisitos formais de validade, serão verificados apenas a presença ou não das causas impeditivas do registro, ou seja, das hipóteses de impedimento para o registro, sendo que, presente qualquer das causas, o INPI terá competência para instaurar, de ofício ou a requerimento de algum interessado, o procedimento administrativo para anulação do registro (art. 113, §1º, da Lei nº 9.279/96), tendo o prazo de 5 (cinco) anos contados da concessão do registro para fazê-lo.

Conforme explicitado acima, o prazo máximo de vigência do registro do desenho industrial é de 25 anos (10 anos prorrogáveis por 3 períodos de 5 anos), como determinado pelo art. 108, Lei nº 9.279/96, aplicando-se a mesma regra para a prorrogação das marcas, ou seja, o respectivo pedido deve ser formulado no último ano de vigência do registro ou até 6 meses após o término da vigência, desde que pague retribuição adicional.³³

Importante ressaltar que a Lei autoriza a divulgação anterior ao registro do desenho industrial, em até 6 meses, caso seja necessário, sendo conferida a proteção inclusive durante esse prazo, que não será computada no prazo máximo de vigência, conforme leciona Rubens Requião³⁴. A proteção se dará em todo o território nacional.

As hipóteses de extinção do registro do desenho industrial estão previstas no artigo 119 da Lei nº 9.279/96, são elas:

- Art. 119. O registro extingue-se:
- I - pela expiração do prazo de vigência;
 - II - pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros;
 - III - pela falta de pagamento da retribuição prevista nos arts. 108 e 120;
- ou
- IV - pela inobservância do disposto no art. 217.

³³ Art. 108. O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada.

§ 1º O pedido de prorrogação deverá ser formulado durante o último ano de vigência do registro, instruído com o comprovante do pagamento da respectiva retribuição.

§ 2º Se o pedido de prorrogação não tiver sido formulado até o termo final da vigência do registro, o titular poderá fazê-lo nos 180 (cento e oitenta) dias subseqüentes, mediante o pagamento de retribuição adicional.

³⁴ REQUIÃO, 2003. p. 513.

É possível observar que, para os desenhos industriais, não existe a caducidade pela sua não utilização, hipótese de extinção presente em todos os outros bens industriais.

Por fim, os programas de computadores (softwares), que são considerados obras literárias, são protegidos por Lei própria (Lei nº 9.609/98) e pela Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98).

Segundo definição legal, do Artigo 1º da Lei nº 9.609/98

programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Depreende-se do conceito legal alguns elementos importantes do programa de computador, para considerá-lo como tal.

O primeiro elemento é o "...conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada..." que se resume em informações desenvolvidas pelo inventor, ou seja, a própria codificação e programação.

O segundo elemento é a aplicabilidade dessas informações, ou seja, a necessidade de serem capazes de ter uma implicação no mundo virtual, através da interpretação e análise dessas informações pelas "...máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga...", justamente para fazê-los funcionar de acordo com a vontade do criador do programa.

A Lei nº 9.609/98, em seu artigo 2º, §3º³⁵, dispensa a necessidade do registro para conferir a respectiva proteção ao titular do programa de computador, dessa forma pode-se concluir que, ao contrário dos registros dos bens industriais (marca, patente, etc) o registro do programa de computador possui caráter meramente declaratório, ou seja, sua funcionalidade se resume a tranquilizar seu titular, permitindo que comprove, de forma mais contundente e segura, a autoria do respectivo programa de computador e facilite sua defesa em juízo.

³⁵ Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

§ 3º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

Conforme previsto nos artigos 3º a 4º da Lei nº 9.609/98³⁶, explanados pela cartilha virtual disponibilizada pela Comissão Permanente de Propriedade Intelectual³⁷, para realizar o registro de um programa de computador devem ser apresentados dois tipos de documentação: uma formal e outra técnica.

A documentação formal se resume na entrega dos seguintes documentos:

- Formulário de Pedido de Registro preenchido;
- Guia de Recolhimento da União paga.

Na hipótese dos requerentes do registro não serem os verdadeiros criadores do programa de computador, deverá ser apresentado, conjuntamente com os documentos listados acima, outro documento que comprove a autorização para que se proceda o referido registro, podendo ser um documento de cessão de direitos (criador transferindo seus direitos aos requerentes), contrato de trabalho ou de prestação de serviços (o criador foi devidamente contratado pelos requerentes para produzir o programa), entre outros.

Caso o programa que se pretenda registrar seja uma mera modificação de outro programa, também deverá ser apresentado o respectivo documento de autorização do titular do programa originário.

A documentação técnica consubstancia-se na listagem (em papel físico ou em mídia eletrônica) integral ou parcial do código fonte ou objeto. Caso o requerente opte pela apresentação da listagem parcial, o conteúdo fornecido deve ser suficientemente capaz de caracterizar a criação independente e identificar o seu

³⁶ Art. 3º Os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia.

§ 1º O pedido de registro estabelecido neste artigo deverá conter, pelo menos, as seguintes informações:

I - os dados referentes ao autor do programa de computador e ao titular, se distinto do autor, sejam pessoas físicas ou jurídicas;

II - a identificação e descrição funcional do programa de computador; e

III - os trechos do programa e outros dados que se considerar suficientes para identificá-lo e caracterizar sua originalidade, ressalvando-se os direitos de terceiros e a responsabilidade do Governo.

§ 2º As informações referidas no inciso III do parágrafo anterior são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, salvo por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular.

Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos. (...)

§ 3º O tratamento previsto neste artigo será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados.

³⁷ <http://www.cppi.ufv.br/pt-BR/faqs#29>

programa. Tal documentação (técnica, contendo os códigos) ficará depositada e em sigilo no INPI, podendo ser retirada caso haja alguma ação judicial.

Com relação à vigência e eficácia da proteção aos programas de computador, diferentemente dos desenhos industriais, a proteção conferida aos programas de computador, por serem amparados pelo Direito Autoral, abrange todos os países integrantes do TRIPS, desde que cumpridas as normas nacionais, sendo de 50 anos (improrrogável) o prazo de vigência dessa proteção.

Concluída a análise dos bens citados, faz-se necessário a análise concomitante desses dois ramos do Direito: Direito Autoral e Propriedade Industrial, que juntos compõe o Direito da Propriedade Intelectual.

Importante salientar que os Direitos Autorais, bem como os Direitos à Propriedade Industrial são considerados bens móveis (artigo 5º, Lei nº 9.279/96 e artigo 3º, Lei nº 9.610/98) mesmo sendo incorpóreos, visto que pretende-se garantir a defesa dos direitos morais, assim como dos atributos do direito de propriedade, como uso e fruição³⁸.

No entanto, há uma enorme discussão doutrinária acerca da natureza jurídica destes direitos. Conforme sustentado por Carlos Alberto Bittar, “há muito vem a doutrina defendendo o Direito de Autor como um Direito *sui generis*, integrado por componentes morais e patrimoniais, como um conjunto incindível”³⁹.

Nesse mesmo sentido defende César Fiúza:

Se não são direitos reais, se não são direitos de crédito, nem direitos de personalidade, que seriam os direitos de autor? Qual sua natureza? A verdade é que é impossível enquadrar os direitos morais do autor nas categorias tradicionais do Direito Civil. E isto porque constituem eles categoria nova, autônoma, com características de direitos reais, de crédito e de personalidade. São direitos de natureza *sui generis*.⁴⁰

Assim, é possível concluir que os Direitos da Propriedade Intelectual possuem um caráter especial, não se enquadrando nas definições tradicionais do Direito, justamente tendo em vista os objetivos deste ramo.

Outro aspecto importante acerca do Direito da Propriedade Intelectual, que também afeta o Direito Brasileiro, é justamente o caráter cosmopolita deste ramo.

³⁸ MENEZES, 2007, p. 5-8.

³⁹ BITTAR, 2008, p. 17.

⁴⁰ FIÚZA, 2008, p. 810-811.

É evidente que a propriedade intelectual possui um aspecto excepcional, visto não ser tangível (presente no âmbito das ideias), razão que também justifica o interesse de ser protegida de forma internacional. A preocupação com este ramo do Direito se iniciou no ano de 1710 por ato da rainha Ana da Inglaterra, a primeira lei que reconhecia o direito, o *Statute of Anne* ou o chamado *Copyright Ac.* Logo após, em 1793, foram editadas as leis francesas.⁴¹

No entanto, a forma como os juristas tratavam deste tema não convergia para um ponto comum, o que acabou gerando insegurança. Para demonstrar isso, basta analisar os dois sistemas propostos à época: o sistema anglo-saxônico, que denomina os direitos de autor de *copyright*, e o sistema europeu, que se refere ao *droit d'auteur* ou *diritto d'autore*.

A diferença entre esses dois sistemas se resume no foco dado à proteção. O *copyright*, vigente nos países anglo-saxões, privilegia os aspectos patrimoniais do direito autoral (mais próximo ao nosso Direito à Propriedade Industrial), enquanto o sistema europeu preocupa-se com as prerrogativas de ordem moral e o caráter personalíssimo do Direito Autoral.

Diante disso, bem como pela falta de proteção em alguns países, tornava-se difícil a eficácia da proteção destes direitos.

Assim, buscou-se uma proteção internacional, composta de normas materiais e procedimentais únicas, fazendo com que o Direito da Propriedade Intelectual fosse objeto de grande preocupação no plano internacional, razão pela qual atualmente é considerado um ramo cosmopolita do Direito.

Nesse contexto, a comunidade internacional, que almejava proteção tanto aos aspectos morais quanto patrimoniais, obteve a elaboração do primeiro grande acordo internacional sobre direitos autorais, a Convenção de Berna de 1886, ainda em vigor mesmo após várias revisões, servindo de norte para diversas normas neste ramo. Importante ressaltar que, conjuntamente à essa Convenção, houve a Convenção de Paris de 1883, que tratou acerca da propriedade industrial (distinguindo, assim, em duas esferas o Direito à Propriedade Intelectual), sendo a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) uma das 16 agências especializadas da ONU (Organização das Nações Unidas), o órgão responsável pela administração dessas Convenções. A agência, criada em 1967 e com sede em

⁴¹ PINTO, 2012, p.01.

Genebra, tem a incumbência de, constantemente, atualizar e propor padrões internacionais de proteção às criações intelectuais em âmbito mundial.

Atualmente 188 países⁴² (cerca de 90% de todos os países do mundo) fazem parte da OMPI e participam na agência por meio de Assembleias, Comitês e em Grupos de Trabalho⁴³. Há, ainda, uma Assembleia Geral em que é conferido a cada Estado-membro um voto, independente de sua extensão, população ou contribuição financeira que tenha realizado. Para efetivar as decisões tomadas, foram criados os Secretariados da agência.

Uma das funções mais importantes da OMPI é a mediação de conflitos internacionais, que se dá através da Política de Solução Uniforme de Disputas sobre Registro de Domínio (UDRP Policy – Uniform Domain Name Dispute Resolution), aplicável aos conflitos envolvendo nomes de domínios de internet (tendo a OMPI solucionado mais de 30.000 casos⁴⁴) e através do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI (WIPO Arbitration and Mediation Center⁴⁵), sendo um órgão neutro e sem fins lucrativos, que oferece meios alternativos de solução de controvérsias para disputas internacionais que envolvam a propriedade intelectual.

Foram criados diversos outros tratados sobre o Direito à Propriedade Intelectual, como a Convenção Universal de Genebra de 1952, sendo o Brasil um de seus signatários; a Convenção de Roma para a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, de 1961; a Convenção para proteção dos produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada de seus fonogramas, de 1972; a Convenção para proteção dos sinais transmitidos por satélites de comunicação, assinada em Bruxelas em 1974 e a Convenção que instituiu a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) realizada em 14 de julho de 1967.

Por fim, importante salientar que com a inclusão de temas de Propriedade Intelectual na Rodada do Uruguai do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade* ou Acordo Geral de Tarifas e Comércio), foro de discussão de questões sobre comércio internacional que resultou na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), foi criado, em 1994, o TRIPS - Acordo relativo aos Aspectos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.

⁴² <http://www.wipo.int/members/en/>

⁴³ <http://www.wipo.int/policy/en/>

⁴⁴ <http://www.wipo.int/amc/en/domains/>

⁴⁵ <http://www.wipo.int/amc/en/>

O TRIPS, anexo ao Acordo Constitutivo da OMC, foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 1.355 de 1994, gerando grande avanço no tratamento jurídico internacional e interno da Propriedade Intelectual, no entanto, tal norma não foi objeto de atualizações desde essa época, ou seja, há mais de 20 anos.

A grande inovação trazida pelo TRIPS com relação ao Direito da Propriedade Intelectual diz respeito à proteção aos programas de computador (*softwares*), passando a reconhecê-los internacionalmente como obras literárias, nos termos da Convenção de Berna⁴⁶, ponto importante para o presente trabalho, conforme será abordado mais à frente.

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, o mesmo iniciou a proteção dos direitos de propriedade industrial com o Alvará de 28.01.1809, elaborado por D. João VI. Seguindo essa linha, a primeira Constituição do Império trouxe dispositivos que asseguravam aos inventores os direitos sobre suas produções, regulada pela Lei de 28.08.1830, conforme infere-se de seu artigo 179, XXVI:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...)

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.

A primeira Lei que disciplinou especificamente sobre a proteção às marcas foi promulgada em 1875.⁴⁷

Atualmente estão em vigor as Leis nº 9.279/96 (Lei de Proteção à Propriedade Industrial), nº 9.609/98 (Lei de Proteção aos Softwares) e nº 9.610/98 (Lei de Proteção aos Direitos Autorais). As leis, apesar de estarem defasadas com o tempo e em certos pontos serem insuficientes, ainda são de grande utilidade para a composição dos interesses envolvidos nas relações que integram a Propriedade Intelectual.

Não obstante a existência de todas essas normas, é preciso definir o que deve ser protegido e o que não deve enquadrar-se como Propriedade Intelectual.

⁴⁶ Article 10 - Computer Programs and Compilations of Data

1. Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971)

(Artigo 10 - Programas de Computador e Compilações de Dados. 1. Programas de computador, tanto na fonte ou em código, devem ser protegidos como obras literárias sob o prisma da Convenção de Berna (1971))

⁴⁷ CERQUEIRA, 1982, p. 1-15.

Nesse sentido, a Convenção para o Estabelecimento da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), tratado internacional assinado em 14 de julho de 1967, dispõe em seu artigo 2º, VIII que:

ARTIGO 2.º – Definições:

Para os fins da presente Convenção, entende-se por:

(...) viii) «Propriedade intelectual», os direitos relativos:

Às obras literárias, artísticas e científicas,

Às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão,

Às invenções em todos os domínios da actividade humana,

Às descobertas científicas,

Aos desenhos e modelos industriais,

Às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais,

À protecção contra a concorrência desleal,

e todos os outros direitos inerentes à actividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.⁴⁸

Como asseverado por Cerqueira,

As leis, em geral, não definem a invenção; e é natural que não o façam. O conceito de invenção, como vimos, é mais técnico que jurídico. À técnica, pois, deve o jurista pedir o seu conceito. Por isso limitam-se as leis a enunciar o princípio genérico da privilegiabilidade ou a estabelecer classificação puramente formal das invenções privilegiáveis, indicando as condições específicas da privilegiabilidade, isto é, os requisitos de que depende a concessão da patente, e as invenções não suscetíveis de privilégio.⁴⁹

Portanto, pode-se concluir que o Direito à Propriedade Intelectual consiste, de uma forma ampla, nos direitos inerentes às invenções, sinais distintivos, interpretações, bem como na proteção contra condutas anticoncorrenciais (artigo 2º, VIII da Convenção para o Estabelecimento da Organização Mundial da Propriedade Intelectual), tudo no âmbito da atividade intelectual, englobando os campos industrial, científico, literário e artístico.

No próximo item desta dissertação, será abordada a Propriedade Intelectual nos Jogos Digitais.

3.2 A Propriedade Intelectual aplicada aos Jogos Digitais

⁴⁸ ESTOCOLMO, 1967, p.01.

⁴⁹ CERQUEIRA, 1982, Vol. 1, p. 211.

Os jogos digitais podem ser considerados como "programas de computador" tendo em vista que, apesar de extrapolarem em alguns aspectos a definição legal desse bem jurídico, possuem todos os elementos elencados pela referida legislação conforme será abaixo explicitado.

Como narrado no tópico sobre a história dos jogos digitais, essa indústria atualmente é bastante lucrativa, atingindo globalmente o mercado tendo em vista a possibilidade de comunicação e disponibilização rápida e eficaz através da internet.

Realizando uma rápida pesquisa, é possível constatar a existência de diversas empresas multinacionais focadas, exclusivamente, no entretenimento virtual através dos jogos digitais, com faturamentos anuais bilionários, como empresa "Activision Blizzard, Inc." ⁵⁰

Por serem produtos/serviços incorpóreos, envolverem grande potencial econômico/social e estarem flagrantemente sujeitos a violações, conforme será analisado, é patente a necessidade de proteção aos jogos digitais. Para tanto, as normas que tratam do mercado devem ser interpretadas e adaptadas para que não haja qualquer tipo de prática anticoncorrencial.

A aplicação da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual nos programas de computador (softwares) é imprescindível ao se tratar da comercialização dos jogos digitais.

Tal fato se deve justamente pela ausência de norma específica, que regulamente as peculiaridades dos jogos digitais, bem como pela grande proteção conferida por esse diploma jurídico. Para exemplificar, a Lei nº 9.609/98 assegura o prazo de proteção de 50 (cinquenta) anos para os programas de computador (artigo 2º §2º, Lei nº 9.609/98), bem como disciplina a criação de programas por meio da contratação de serviços (artigo 4º, §2º, Lei nº 9.609/98), ponto importantíssimo para se resguardar os direitos dos contratantes.

Porém, algumas normas previstas nessa legislação, por serem de caráter genérico e não observarem as especificidades dos jogos digitais, acabam por tornar prejudiciais aos criadores, como por exemplo a ressalva do artigo 6º, III, Lei nº 9.609/98 que não considera a violação do direito autoral a criação de programa semelhante quando se der por força das características funcionais de sua aplicação,

⁵⁰ CRIADA, 2008, p.01.

da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão.

No entanto, conforme será definido abaixo, apesar dos jogos digitais extrapolarem o conceito de “Programa de Computador” (Artigo 1º, Lei nº 9.609/98) a sua utilização e exploração deve respeitar as normas contidas nessa referida Lei, justamente por ser a legislação mais próxima a esses produtos e serviços.

A violação à propriedade intelectual possui sanções tanto cíveis quanto criminais, conforme infere-se dos artigos 101 a 110, Lei nº 9.610/98, artigos 183 a 195, Lei nº 9.279/96, artigos 12 a 14, Lei nº 9.609/98 e artigo 184 do Código Penal.

A aplicação do Direito da Propriedade Intelectual aos Jogos Digitais já foi objeto de análise pelo Poder Judiciário. Apenas a título ilustrativo, em outubro de 2010 foi determinada, nos autos do processo nº 0013665-30.2010.8.26.0068, a proibição da venda e distribuição do game “Episodes From Liberty City”, versão do jogo de ação “GTA4”, em face da utilização, sem autorização, de uma música na trilha sonora do game.⁵¹

Assim manifestou a Juíza Leonete Maria da Silva:

Melhor analisando os autos, observo que a obra musical utilizada no repertório da trilha sonora do jogo “Grand Theft Auto IV” intitulada “Bota o Dedinho pro Alto”, conforme se verifica a fls. 54, é de propriedade do Co-Autor Hamilton (fls. 37/42). A assinatura do documento denominado concessão de direito não foi reconhecida pelo Autor (fls. 79 e 104), razão pela qual, DEFIRO “in audita altera pars” a antecipação da tutela pleiteada. Portanto, determino que a Ré Rockstar Games se abstenha da veiculação do jogo em testilha, versão “Episodes From Liberty City”, recolhendo os exemplares distribuídos ao redor do mundo; bem como que a Co-Ré Synerges do Brasil se abstenha de distribuí-lo em território nacional, retirando do mercado a aludida mídia, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Expeçam-se carta rogatória e mandado para citação e intimação das Rés, conforme determinado a fls. 112. Sem prejuízo, esclareça a Escrevente responsável pelo cumprimento do processo, acerca das reclamações de fls. 116, no prazo de 48 horas. Int“. (Juíza Leonete Maria da Silva. Data de Julgamento: 27/09/2010. 3ª Vara Cível - Foro de Barueri. Data de Publicação: DJe 27/09/2010)

Praticamente todos os bens industriais analisados são aplicáveis aos jogos digitais, pois, apesar de ser uma indústria precipuamente virtual, existem diversos aparelhos inerentes aos jogos digitais que estão presentes no mundo físico, tais como *consoles*, controles remotos, fitas ou CD's e diversos outros acessórios.

⁵¹ JUSTIÇA, 2010.

Tais aparelhos são também um dos motivos que se torna justificável enquadrar os jogos digitais como programas de computador, tendo em vista o requisito da necessidade de serem interpretados por "...máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga...", ou seja, os próprios *consoles*.

Percebe-se, assim, que a aplicação da Propriedade Intelectual aos jogos digitais é medida que encontra respaldo em exegese legítima do nosso ordenamento jurídico e já foi aceita pelos tribunais pátrios. Mas o regime jurídico dos jogos digitais não se esgota na Propriedade Intelectual. Esta premissa constitui o objeto do próximo capítulo desta dissertação.

4 A TUTELA JURÍDICA DOS JOGOS DIGITAIS

4.1 Princípios Constitucionais e Normas Infraconstitucionais Aplicáveis

Entende-se como "Princípio" uma norma jurídica que possui certa flexibilidade, tendo em vista que determinam a realização de algo dentro das possibilidades apresentadas, o que difere das regras, que são normas impositivas e determinam que algo seja feito exatamente da forma como previsto.

Como lecionado por Robert Alexy,

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁵²

Tratando-se dos jogos digitais, vários são os princípios constitucionais aplicáveis, principalmente os esculpidos no artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais.

José Afonso da Silva assim entende por Direitos Individuais e Fundamentais:

Direitos Individuais dizem-se os direitos do indivíduo isolado. [...] empregada para denotar um grupo de direitos fundamentais, correspondente ao que se tem denominado direitos civis ou liberdades civis. É usada na Constituição

⁵² ALEXY, 2008, p. 90.

para exprimir o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Direitos Fundamentais: trazem as prerrogativas e instituições que se concretiza em garantias de uma vida digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.⁵³

O presente trabalho não objetiva a conceituação aprofundada de cada princípio constitucional aplicável, bem como abordar suas diferenciações e conflitos mas, tão somente, a enumeração e análise de conteúdo dos mesmos.

Seguindo a ordem apresentada pela própria Constituição Federal, é possível vislumbrar a aplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana⁵⁴ (artigo 1º, III, CR/88), um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ou seja, alicerce e orientador para o desenvolvimento da sociedade e atuação estatal, bem como das normas jurídicas que forem elaboradas; Princípio da Isonomia⁵⁵ (artigo 5º, CR/88) que preconiza a igualdade de direitos entre os indivíduos, assegurando a todos o direito a um tratamento igualitário, sem distinções de qualquer natureza; Princípio da Livre Manifestação do Pensamento⁵⁶ (artigo 5º, IV, CR/88) conferindo a todos o direito de se manifestar e externar suas opiniões livremente, sem qualquer tipo de censura por parte do Estado, respondendo, no entanto, pelos atos ilícitos praticados em virtude dessa liberdade, razão pela qual é vedado o anonimato, sendo imperiosa a identificação do agente que externar sua opinião; Princípio da Proteção à Imagem⁵⁷ (artigo 5º, X, CR/88) que assegura o direito à indenização pela violação da intimidade, vida privada, honra ou imagem das pessoas, atribuindo o caráter de inviolabilidade a esses atributos; Princípio da Proteção à Propriedade⁵⁸ (artigo 5º, XXII, CR/88) que autoriza, expressamente, aos indivíduos serem proprietários de bens ou direitos; Princípio da Exclusividade Autoral⁵⁹ (artigo 5º, XXVII, CR/88), que

⁵³ SILVA, 2006, p. 177.

⁵⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

⁵⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵⁶ IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

⁵⁷ 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;

⁵⁸ XXII - é garantido o direito de propriedade;

⁵⁹ XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

prevê expressamente alguns dos direitos conferidos ao inventor sobre sua criação, sendo uma norma constitucional de eficácia contida; Princípio da Proteção à Propriedade Industrial⁶⁰ (Artigo 5º, XXIX, CR/88) que, assim como à proteção aos direitos autorais, confere aos desenvolvedores de invenções industriais as proteções e direitos inerentes às suas criações, sendo também uma norma que depende de regulamentação pelo legislador ordinário; Princípio da Livre Concorrência⁶¹ (Artigo 170, IV, CR/88), fundamento da ordem econômica que se destaca por promover uma justiça social, ao impedir, de forma geral, a dominação e monopolização do mercado por determinado agente.

Quanto às leis infraconstitucionais e Tratados aplicáveis, as principais são:

- Lei nº 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País, individualizando algumas normas para o âmbito informático, inclusive com a previsão de determinadas situações que costumeiramente ocorrem nesse tipo de mercado, sendo de extrema importância para a proteção de determinados direitos autorais;
- Lei nº 9.610/98, que compilou a legislação sobre direitos autorais, sendo um diploma jurídico de caráter geral e amplo, dispondo de diversos temas nesta seara, porém não abrange e disciplina de forma taxativa todas as obras intelectuais, delegando a outras legislações a função de regulamentar de forma mais específica determinadas obras como, por exemplo, programas de computador (artigo 7º, §1º, Lei nº 9.610/98);
- Lei nº 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, relacionando-se com modelos de utilidade, desenhos industriais, patentes e marcas, ou seja, não disciplina questões de obras intelectuais por ter um enfoque industrial;
- Lei nº 10.406/02, que institui o Código Civil;

⁶⁰ XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, 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;

⁶¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...) IV - livre concorrência;

- Lei nº 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, ou seja, são os órgãos responsáveis por assegurar o cumprimento das normas relativas à concorrência, autorizando determinadas práticas e negócios (fusões e incorporações, por exemplo), bem como é responsável por regulamentar, de forma mais específica, como deverá ser a atuação dos agentes econômicos no mercado, sendo competente também para impor limitações ou sanções;
- Lei nº 8.078, que institui o Código de Defesa do Consumidor;
- Convenção de Paris de 1883, primeiro acordo internacional relativo à Propriedade Industrial, deu origem ao Sistema Internacional da Propriedade Industrial e fixou princípios básicos para a proteção desses direitos nos países signatários, objetivando a harmonização internacional desses direitos nos diferentes sistemas jurídicos adotados por esses países;
- Convenção de Berna de 1886, acordo internacional para conferir proteção às obras literárias e artísticas, incluindo as de caráter científico, delegando às leis nacionais a regulação de como se fará tal proteção;
- Convenção Universal de Genebra de 1952 e revista em Paris em 1971, promulgada pelo Decreto nº 48.458, de 4 de julho de 1960, que objetivou assegurar, em todos os países signatários, a proteção dos direitos dos autores sobre obras literárias, científicas e artísticas, por meio da adoção de um sistema comum de proteção dos direitos dos autores, adequado a todas as nações e expresso numa convenção universal, sendo um complemento dos sistemas internacionais vigentes;
- Convenção de Roma para a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, de 1961;
- Convenção para o Estabelecimento da Organização Mundial da Propriedade Intelectual de 14 de julho de 1967 que instituiu a OMPI,

agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU) responsável pela regulação e cumprimento das normas internacionais relativas à Propriedade Intelectual;

- Convenção para proteção dos produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada de seus fonogramas de 1972;
- Convenção para proteção dos sinais transmitidos por satélites de comunicação, assinada em Bruxelas em 1974;

Diante dessa enorme amplitude normativa aplicável aos jogos digitais e tendo em vista já ter sido analisada a aplicação do Direito da Propriedade Intelectual, é imperiosa a análise acerca do outro principal ramo do do Direito aplicável à espécie, qual seja, o Direito Concorrencial. Isto porque a responsabilidade civil daquele que faz mau uso dos jogos digitais induz ao respectivo direito à indenização, objeto da análise que será posteriormente apresentada.

4.2 Concorrência no Mercado dos Jogos Digitais

Conforme sustentado, o mercado dos jogos digitais está em crescente ascensão e, apesar de ainda não ser objeto de grande investimento nacional, está sendo visado por diversas empresas, novas e já atuantes no mercado virtual, razão pela qual inicia-se a instauração da concorrência nacional desses produtos e serviços.

Inegável que a concorrência nesse mercado já se faz presente, no âmbito internacional, há diversas décadas, sendo justamente o aspecto que será analisado a seguir.

Conforme definido por Ricardo Thomazinho da Cunha a palavra "concorrência" remete à "(...) rivalidade entre várias pessoas, várias forças, perseguindo o mesmo objetivo e tentando suplantar-se mutuamente. É, então, a luta entre indivíduos para atingir determinado fim, a rivalidade, a competição."⁶²

O referido autor divide, ainda, a concorrência em "concorrência perfeita" e "concorrência imperfeita", sendo a primeira o mercado em que o número de fornecedores de um produto homogêneo é tão grande, enquanto a participação de cada um é tão pequena, que nenhum deles, individualmente, poderá influenciar o

⁶² CUNHA, 2003, p. 17-20.

preço por meio da variação de sua oferta, enquanto a segunda é justamente o mercado em que o poder sobre o mesmo é dividido entre poucos agentes econômicos, distinguindo-se, dessa forma, do monopólio (quando só há um fornecedor).

Assim, é possível inferir que a expressão “concorrência” remete a uma ideia de disputa entre fornecedores de produtos ou serviços, em um espaço de determinado mercado. Dessa forma, pode-se concluir que não existe concorrência direta entre empresas atuantes em mercados diferentes ou com objetos diferentes, pois resta evidente a ausência de disputa pelos mesmos consumidores, aspecto basilar da concorrência.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Calixto Salomão Filho define a concorrência como a “competição”, a “rivalidade entre empresários”.⁶³

Analisando o ordenamento jurídico pátrio, bem como os tratados internacionais que regem o assunto, é possível concluir que a tentativa de coibir as práticas anticoncorrenciais é de interesse internacional (caráter cosmopolita), pois o mercado é a base para os avanços sociais, culturais, tecnológicos e econômicos. O mercado sem concorrência, em regra, não incentiva os agentes econômicos a investirem em pesquisas tecnológicas e, conseqüentemente, induz os mesmos a ficarem estagnados e acomodados, sem avançar. Apenas com a concorrência, em grande parte dos segmentos do mercado, haverá grandes avanços tecnológicos, ampliação de empresas, geração de empregos e todas as consequências advindas dessas melhorias.

Com isso, é imprescindível a proteção do mercado, com a preservação e incentivo da concorrência, o que justifica a grande preocupação dos países em normatizar e elencar as condutas permitidas e proibidas a serem praticadas pelos agentes econômicos atuantes no mercado. A livre concorrência é, inclusive, princípio constitucional, conforme expressamente previsto no artigo 170, IV, CR/88.

No entanto, é preciso definir o que seria caracterizado como concorrência desleal e concorrência leal, visto que a intenção de captação de clientela está presente em ambas as espécies, conforme asseverado por Fábio Ulhôa:

[...] não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A

⁶³ SALOMÃO FILHO, 2003. p. 11.

intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também identificam a concorrência leal e a desleal. São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva.⁶⁴

Conforme ressaltado por Alberto Luís Camelier da Silva⁶⁵, a definição de concorrência desleal segundo renomados juristas do Direito Econômico, não se afasta de um ponto comum, apresentando a definição de alguns juristas:

PONTES DE MIRANDA a define como: Ato reprimível criminalmente e gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, ou somente gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, que se praticou no exercício de alguma atividade e ofende à de outrem, no plano da livre concorrência.

GAMA CERQUEIRA aduz como sendo aquela praticada por competidor que, agindo através de meios desonestos e contrários às boas normas, prejudica os negócios alheios ou desvia clientela para proveito próprio.

CELSO DELMANTO, citando Edward S. Rogers: a concorrência desleal se caracteriza por truques sujos (dirty tricks) impingidos pelo competidor desleal que os aplica para ganhar deslealmente a corrida.

As definições apresentadas giram em torno de um ponto em comum, qual seja, um ato que não está amparado pelo ordenamento jurídico.

Portanto, é possível concluir que a concorrência desleal configura-se na violação dos princípios da honestidade comercial, da lealdade, dos bons costumes e da boa fé, e não está ligada na simples intenção em captar os consumidores, conforme supramencionado, mas sim na forma como se busca esse fim.⁶⁶

A Lei nº 9.279/96, em seu artigo 195 e incisos, elencou taxativamente as práticas de concorrência desleal com fins penais, entretanto, outros atos também poderão se enquadrar na concorrência desleal, mesmo não sendo caracterizados como crime, ou seja, o mesmo rol poderá ter fim exemplificativo ao tratar de concorrência desleal pura.⁶⁷ Tal disposição está expressamente prevista no artigo 209 da referida lei que assim dispõe:

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de

⁶⁴ ULHÔA, 2006, p. 191.

⁶⁵ SILVA, 2009, p. 231-269

⁶⁶ ALMEIDA, 2004, p.125.

⁶⁷ ALMEIDA, 2004, p.131.

propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

O ordenamento jurídico pátrio prevê, ainda, outra espécie de prática anticoncorrencial, qual seja, as infrações à ordem econômica, que está voltada para a estrutura do mercado e direitos de titularidade coletiva, não se restringindo apenas quanto aos direitos de determinados agentes, considerados individualmente.⁶⁸

As hipóteses de violação da ordem econômica estão exemplificadas no artigo 36 da Lei nº 12.529 de 30/11/2011, que revogou a Lei nº 8.884 de 11/06/1994. Conforme definido pela doutrina, as principais formas de infração da ordem econômica são:

- O Cartel, que consiste em uma associação entre empresas atuantes no mesmo ramo de produção, com objetivo de dominar o mercado e regular a concorrência, podendo ser fixados preços uniformizados ou quotas de produção (Artigo 36, § 3º, I e II, Lei nº 12.529/11)⁶⁹.
- O *Dumping* ou Preço Predatório, que consiste na oferta injustificada de determinado produto ou serviço por preço abaixo do preço de custo (Artigo 36, § 3º, XV, Lei nº 12.529/11)⁷⁰.
- O Preço Abusivo, quando, ao contrário do Preço Predatório, há a cobrança de preços excessivos com o intuito de aumentar arbitrariamente os lucros (Artigo 36, III, Lei nº 12.529/11).
- O Truste, que refere-se a um oligopólio formado através da reunião de empresas envolvidas em um mesmo setor de atividades, criando uma nova empresa com poder maior de influência sobre o mercado e com o objetivo de dominar a oferta do produto ou serviço. O Truste pode ser Horizontal, quando formado com empresas de um mesmo ramo, ou Vertical, quando formado entre empresas de ramos diversos, mas que estão ligadas pela linha de produção de determinado produto ou serviço.⁷¹
- Abuso de posição dominante (Artigo, 36, IV, Lei nº 12.529/11).

⁶⁸ SALOMAO FILHO, 2003, p.94.; FONSECA, 2007, p.132;

⁶⁹ SALOMAO FILHO, 2008, p. 157.

⁷⁰ BARRAL, 2002, p. 395.

⁷¹ NUSDEO, 1997, p. 316.

- Monopólio, em que determinado setor do mercado com múltiplos compradores é controlado por um único vendedor de produto ou serviço, tendo capacidade de controlar o preço (Artigo, 36, II, Lei nº 12.529/11). É importante salientar que a dominação do mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico não configura violação à ordem econômica (Artigo, 36, §1º, Lei nº 12.529/11)

Conforme salientado, as hipóteses de violação à ordem econômica não estão elencadas em um rol taxativo, mas, em um rol exemplificativo, por expressa previsão legal, art. 36, §3º, Lei nº 12.529/11.

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...)
§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

Quanto às hipóteses de concorrência desleal, apesar de constituírem rol exemplificativo no que tange ao âmbito civil, é importante destacar algumas situações aplicáveis no contexto dos jogos digitais, quais sejam:

- Contrafação ou Confusão, que está ligada à ideia de como o consumidor distingue produtos ou serviços ofertados, a confusão pode se dar na forma escrita, como anúncios de propagandas; na forma fonética, como o emprego de algumas palavras que, apesar de distintas gramaticalmente, possuem tons semelhantes; na forma visual, salientando-se que as cores, de forma isolada, não são suscetíveis de proteção jurídica mas podem ser protegidas quando, utilizadas em conjunto, prestam para distinguir a propaganda, o produto ou o próprio estabelecimento.⁷² Na contrafação, há uma violação do patrimônio imaterial do agente econômico, com o intuito de induzir os clientes a erro e captar o mercado. Tal prática é considerada crime de concorrência desleal, conforme artigo 195, IV, Lei nº 9.279/96.

⁷² ALMEIDA, 2004, p. 156.

- Diluição, que refere a uma violação do signo distintivo de determinado agente econômico, sem que necessariamente o diluidor seja concorrente do titular do sinal. A diluição ocasiona a diminuição do valor e poder de venda da marca, podendo ser caracterizada como maculação (*tamishment*), a ofuscação (*blurring*) e a adulteração de marca. A maculação traduz-se na ofensa à imagem e reputação do sinal distintivo do agente econômico, seja pela ofensa direta através de ofensas ou indireta através de comparações. Já a ofuscação consiste na perda do poder da marca, de sua individualidade, pois a mesma marca passa a designar produtos ou serviços de fontes diversas. Quanto à adulteração de marca, o que ocorre é a efetiva modificação em certos aspectos do sinal, no entanto, permite aos consumidores a identificação da marca adulterada.⁷³
- Difamação, que consiste no desvio de clientela através da denigração do concorrente, ou seja, determinado agente econômico, mediante comparações ou informações ofensivas veiculadas em propagandas, deprecia a imagem ou os produtos/serviços de seu concorrente com o intuito de afastar os clientes havidos por ele para, assim, captá-los. Essa espécie difere da diluição pois não envolve, necessariamente, a marca do concorrente. Nesse caso, é evidente que os prejuízos são tanto de ordem moral, com a publicação de informações que denigrem a imagem, quanto de ordem material, lucros que deixou de auferir em razão da indução dos clientes. É importante salientar que, mesmo na inexistência do *animus difamandi*, pode haver a denigração, bem como na ausência de dano em concreto, bastando a existência de possibilidade de dano (teoria do risco) e, por fim, não importa a veracidade do fato na comparação ostensiva, visto que o cliente é o único que deve criar sua opinião sobre os produtos e serviços disponíveis, sem a interferência de terceiros interessados. Portanto, nesse caso, é possível concluir que incumbe ao concorrente prejudicado apenas a demonstração da efetiva divulgação das informações potencialmente danosas, que

⁷³ CARPAL, 2002, p.83.

identifiquem ou possam levar a identificar o concorrente prejudicado e que detenham conteúdo que causem concorrência desleal.⁷⁴ É importante frisar que a comparação é permitida, podendo ser utilizada com intuítos publicitários, desde que orientada pelos princípios éticos e morais e não seja depreciadora da imagem do concorrente⁷⁵.

- Parasitismo, que consiste na auferição de uma vantagem utilizando o renome, sucesso ou esforço do concorrente, sem que o mesmo tenha autorizado, “o objetivo é, portanto, se aproveitar do ser parasitado retirando aquilo que interessa, sem contudo, ter qualquer esforço para conseguir”⁷⁶. No parasitismo, os produtos ou serviços fornecidos pelo parasitado são muito parecidos com os fornecidos pelo parasita, ou seja, a concorrência parasitária consiste em fornecer ao mercado produtos semelhantes, utilizando-se de técnicas de comercialização idênticas, objetivando a captação dos consumidores.⁷⁷

Portanto, pode-se concluir que a concorrência desleal e os atos atentatórios à ordem econômica são espécies distintas do gênero das práticas anticoncorrenciais, sendo que, na primeira espécie, os meios utilizados pelo agente econômico, visando a captação de clientes, afetam apenas os direitos subjetivos dos demais concorrentes (ponto mais comum no mercado dos jogos digitais). Na segunda espécie, o direito afetado é o de toda a coletividade, ou seja, todo o mercado (o direito coletivo à livre concorrência). Quanto ao rol de condutas, conforme esclarecido, a legislação não impôs as hipóteses de forma exaustiva no que concerne à responsabilidade civil mas, tão somente, de forma exemplificativa, cabendo aos juristas e profissionais da economia, ao analisar determinado caso concreto, considerar o ato realizado como prática anticoncorrencial.

Para exemplificar a ocorrência de práticas de concorrência desleal no âmbito dos jogos digitais, dois casos se tornaram famosos mundialmente, o ocorrido entre os consoles “Playstation” e “Polystation” e entre os consoles “Wii” e “Vii”⁷⁸. Esses

⁷⁴ BITTAR, 2005, p. 65.

⁷⁵ ULHÔA, 2008, p. 369.

⁷⁶ ALMEIDA, 2004, p. 176.

⁷⁷ ALMEIDA, 2004, p. 181.

⁷⁸ SUCESSO, 2008, p.01.

aparelhos possuem desenhos industriais e nomenclaturas extremamente similares, demonstrando, claramente, a intencionalidade em levar o consumidor a erro, conforme demonstrado pelas figuras abaixo:



Os exemplos supramencionados demonstram indubitavelmente o *animus decipiendi* das empresas chinesas, entretanto, algumas situações no mundo digital não são tão explícitas quanto essas e, na grande maioria das vezes, só são solucionadas por acordos firmados entre as empresas.

Para exemplificar o que fora citado acima, o caso envolvendo as empresas Valve Corporation e Blizzard Entertainment acerca do game "DOTA"⁷⁹ (abreviação para *Defense of the Ancients*) pode demonstrar claramente esta problemática, sendo importante registrar que ambas as empresas também atuam fortemente no mercado brasileiro.

⁷⁹ MCCURLEY, 2012, p.01.

O caso se iniciou quando a empresa Valve tentou registrar o nome "DOTA" no escritório de patentes do Estados Unidos para publicar seu novo game, que estava em desenvolvimento, "DOTA 2", o que foi questionado pela empresa Blizzard.

Antes de relatar a origem deste conflito, se mostra importante responder alguns pontos importantes.

A origem do game "DOTA" se deu após a viabilização para todos os jogadores, pela empresa Blizzard, de criação e adaptação de novos mapas para seu game "Warcraft III".

Quando se compra o jogo "Warcraft III", junto com o jogo é adquirido um programa chamado *Map Editor* (Editor de Mapas), que serve justamente para os permitir aos jogadores criarem seus próprios "cenários" dentro da plataforma do jogo original. Dessa forma os jogadores de "Warcraft III" podem sempre usufruir de novas formas de jogabilidade.

Com essa liberdade de adaptações e invenções, alguns jogadores tiveram a ideia de criar uma adaptação do jogo original (utilizando os recursos disponibilizados e personagens de "Warcraft III") o que foi amplamente aceito pela comunidade de jogadores, visto que esses criadores disponibilizaram sua criação para *download* grátis.

Defense of the Ancients, mais conhecido como DOTA, foi inicialmente mais um mapa adicional para o jogo "Warcraft III", produzido pela Blizzard. O mapa foi feito originalmente para ser jogado online, em uma partida que dura em média 40 minutos, sendo que os jogadores são divididos em dois times.

Após a ampla aceitação dos jogadores de todo o mundo, a empresa Valve, ao vislumbrar uma excelente oportunidade de negócio, decidiu investir na criação de um jogo próprio juntamente com os jogadores que tiveram a ideia inicial, fazendo com que "DOTA" se tornasse um jogo por si só e não apenas mais "uma forma" de utilizar outro game.

No entanto, a empresa Blizzard decidiu se opor ao registro do nome "DOTA" pela empresa Valve, justamente alegando que os jogadores sempre associaram este nome com seu game "Warcraft III". Frise-se que o nome foi criado pelos jogadores e não pela empresa, sendo sequer registrado.

Outro argumento utilizado foi o de que, no contrato de adesão ao adquirir o game "Warcraft III", todos os cenários criados pelos usuários, utilizando o *Map Editor*

teriam seus direitos concedidos à Blizzard, não podendo os autores do game reivindicarem esta ideia.

Este conflito perdurou por bastante tempo, sendo divulgado e acompanhado por milhões de pessoas em todo o mundo, especialmente os jogadores que desejavam ter uma grande empresa como a Valve acompanhando e gerindo o game "DOTA", visto que a Blizzard nunca mostrou qualquer interesse em desenvolvê-lo.⁸⁰

Felizmente, em 11 de maio de 2012 ambas as empresas decidiram formalizar um acordo acerca da utilização do nome "DOTA", publicando o seguinte informativo:

Blizzard Entertainment and Valve Announce DOTA Trademark Agreement

May 11, 2012 –Blizzard Entertainment and Valve today announced a mutual agreement regarding concerns over the names of upcoming products. In accordance with the agreement, Valve will continue to use DOTA commercially, including DOTA 2, while Blizzard will preserve noncommercial use of DOTA for its community with regard to player-created maps for Warcraft III and StarCraft II.

Both Blizzard and Valve recognize that, at the end of the day, players just want to be able to play the games they're looking forward to, so we're happy to come to an agreement that helps both of us stay focused on that," said Rob Pardo, executive vice president of game design at Blizzard Entertainment. "As part of this agreement, we're going to be changing the name of Blizzard DOTA to Blizzard All-Stars, which ultimately better reflects the design of our game. We look forward to going into more detail on that at a later date.

We're pleased that we could come to an agreement with Blizzard without drawing things out in a way that would benefit no one," said Gabe Newell, president and co-founder of Valve. "We both want to focus on the things our fans care about, creating and shipping great games for our communities." The companies do not plan to discuss the terms of the agreement beyond today's announcement.⁸¹

Diante disso, ambas as empresas estão autorizadas a utilizar a marca, sendo que a Valve utilizará no âmbito comercial enquanto a Blizzard no âmbito não comercial, em especial nas suas comunidades virtuais.

Assim afirmou Rob Pardo, vice-presidente executivo da Blizzard Entertainment: "Tanto a Blizzard quanto a Valve reconhecem que, no fim das contas, os jogadores só querem jogar os games que eles tanto esperam, por isso estamos felizes de chegar a um acordo que nos ajuda a manter o foco nisso".

Apenas para ilustrar a lucratividade gerada com apenas este game, "DOTA 2" (desenvolvido pela Valve), em julho de 2014 houve o campeonato mundial anual

⁸⁰ MCCURLEY, 2012, p.01.

⁸¹ MCCURLEY, 2012, p.01.

denominado "The International" cuja premiação total chegou a mais de US\$10.000.000,00 (dez milhões de dólares), sendo importante frisar que a empresa contribuiu apenas com US\$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil dólares).⁸²

O restante do valor, foi adquirido através da venda de "ingressos" on-line para permitir aos jogadores de todo o mundo acompanharem o campeonato, além de receberem prêmios dentro do próprio jogo. Apenas para demonstrar o lucro obtido com apenas este campeonato organizado pela Valve, cada "ingresso virtual" possuía o valor de US\$ 9,99 (no Brasil, custou R\$ 21,99) sendo que deste valor apenas US\$ 2,50 (pouco mais de um quarto) era revertido para a premiação total do torneio.

Dessa forma, pode-se concluir que a Valve faturou, apenas com este campeonato e apenas com os "ingressos virtuais" mais de US\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de dólares), sem contar os valores recebidos a título de propagandas, publicidade, vendas de acessórios e os ingressos para entrada no campeonato (que foi sediado em um enorme auditório) demonstrando o enorme potencial econômico deste jogo.⁸³

É importante ressaltar que durante e após o conflito acima narrado, várias pessoas e empresas, inclusive a própria Blizzard, vislumbrando uma oportunidade de também ganharem lucro, resolveram desenvolver jogos com a mesma ideia do jogo "DOTA".

Os jogos criados, também conhecidos mundialmente, são "Heroes of Newerth" da empresa S2 Games e "League of Legends" da empresa Riot Games. Todos esses jogos tem em comum o mesmo objetivo e a mesma distribuição de jogadores.

Em todos esses jogos, os usuários controlam um personagem (também chamado de "herói") e juntamente com mais 4 pessoas em seu time devem avançar e destruir a base do inimigo, com um time composto também por 5 pessoas que controlam seus respectivos personagens. Outras diversas características são comuns a todos esses jogos, como a existência de 3 (três) caminhos principais que conectam as duas bases, a presença de criaturas e torres para defender as bases, entre outras, a própria jogabilidade e forma de controlar seus personagens, o cenário desenvolvido, ou seja, toda a idealização realizada pelos criadores originários.

⁸² OLIVEIRA, 2014, p.01.

⁸³ OLIVEIRA, 2014, p.01.

Esse "gênero" (pois, após a criação de tantas "versões" do mesmo jogo, tornou-se um gênero) foi batizado de "MOBA" ("Multiplayer Online Battle Arena") ou Arena de Batalha Multijogador Online diante das diversas características em comum e a fácil identificação deste "estilo" de jogo.

Diante de tais aspectos, poderia ser conveniente que a própria legislação também pudesse identificar e individualizar esses novos "gêneros" de jogos, permitindo aos seus criadores, assim como em outros processos inventivos, ter a exclusividade de sua utilização e, conseqüentemente, a discricionariedade de permitir o desenvolvimento de outros jogos com as mesmas características.

A solução aqui proposta é justamente permitir aos desenvolvedores de jogos que sejam autorizados a registrarem essas inovações que, através de análises específicas, possam ser classificados como um novo "estilo" de jogo e, assim, poder dispor acerca do mesmo.

Para exemplificar essa proposição, caso os desenvolvedores do primeiro mapa de "DOTA" fossem autorizados a registrar este novo estilo de jogo, jamais haveria a discussão narrada, visto que os mesmos teriam plena capacidade para dispor sobre o mesmo e, ainda, não haveriam outras empresas literalmente copiando a ideia original sem que nada pudesse ser feito.

Conforme entrevista realizada nos dias 26.07.2013 e 01.08.2013, junto ao Diretor da empresa Smyowl Desenvolvimento de Software Ltda., Ricardo Dorta Bernardes (Apêndice I deste trabalho), atualmente a preocupação dos desenvolvedores de jogos se resume aos textos, imagens e sons de seus produtos, tendo em vista que a legislação permite apenas estes tipos de registros.

A falta de uma legislação específica é patentemente prejudicial aos desenvolvedores de jogos. Sobre esse assunto, Ricardo Dorta afirma:

Acho que seria bem interessante a criação de uma legislação específica para os jogos, principalmente em jogos com um grande potencial, visto que assim que eles despontam, diversas cópias ou jogos parecidos começam a aparecer. Empresas costumam plagiar a ideia do jogo e alterar apenas o "design" do mesmo, porém mantendo os mesmos princípios de jogabilidade. Não é justo um desenvolvedor gastar meses ou até anos de sua vida para colocar em prática uma ideia que teve sobre um novo jogo e, dias depois, uma outra empresa lançar um jogo praticamente idêntico, com relação aos detalhes que inovaram naquele jogo, como aconteceu com o "CityVille" e "MegaCity". (BERNARDES, Ricardo Dorta. Entrevista I. [jun. 2013]. Entrevistador: Daniel Augusto Gontijo Bueno. Sorocaba, São Paulo. A entrevista encontra-se transcrita na íntegra no Apêndice I.)

Em uma Consulta Pública realizada junto ao Ministério da Cultura, assim foi informado:

Os jogos eletrônicos comportam uma série de proteções que vão desde os diversos direitos autorais até, em alguns casos, aos de marca. Entre os direitos autorais envolvidos estão os referentes aos programas de computador e aqueles que dizem respeito ao desenvolvimento do enredo, roteiro, grafismos e desenhos, músicas e trilhas, etc. A primeira parte da proteção - programas de computador - está protegida pela lei 9.609; a outra, pela lei 9.610, objeto dessa consulta pública para a revisão da Lei Autoral. No que tange propriamente ao jogo e seu uso pelo consumidor, embora o enredo e todo o contexto estético e narrativo sejam fundamentais, é o programa que possui importância preponderante, pois é somente através dele que há interação lúdica com o consumidor para os propósitos do jogo eletrônico, e esse ponto não é coberto pela Lei 9.610, bem como não é pela sua revisão. De qualquer maneira, o processo de consulta pública está sendo realizado para receber sugestões da sociedade, e ficamos à disposição para receber contribuições nesse sentido.⁸⁴

Dessa forma, verifica-se que a própria Diretoria de Direitos Intelectuais (DDI), integrante do Ministério da Cultura do Brasil, reconhece a precariedade da Legislação acerca dos Direitos Autorais nos jogos digitais.

Diante dessa enorme fonte de lucro, sua relevância econômica e social cumulada com falta de regulação das suas especificidades, é visivelmente necessária uma proteção mais específica e direta deste mercado, especialmente com relação aos direitos inerentes à propriedade intelectual, tendo em vista se tratar de uma propriedade imaterial, fruto da imaginação humana.

O caso envolvendo as empresas Zynga e Vostu também é outro exemplo que só foi solucionado pelo acordo firmado entre as companhias, visto que se tratava justamente da identidade de visual e de jogabilidade entre diversos jogos produzidos pela empresa Zynga e "plagiados" pela Vostu.⁸⁵

Nesse caso verifica-se claramente uma hipótese de contrafação, crime previsto artigo 195, IV, Lei nº 9.279/96, conforme se pode inferir das imagens abaixo retiradas de um vídeo produzido e disponibilizado no Youtube pela empresa Zynga.⁸⁶

⁸⁴ MEDINA, 2010,p.01.

⁸⁵ RAO, 2012, p.01.

⁸⁶ VOSTU, 2011, p.01.



Verifica-se nesse caso que até as nomenclaturas de seus jogos eram similares, o que não traz maiores dúvidas acerca da violação dos Direitos Autorais.

No entanto, voltando ao exemplo de "DOTA", "DOTA 2", "League of Legends" e "Heroes of Newerth", também é possível verificar essa identidade visual, conforme imagens abaixo.⁸⁷

⁸⁷ Disponível em

<<http://www.google.com.br/imgres?imgurl=http%3A%2F%2Fdota2strategyguide.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2011%2F08%2Fcomparison-dota-dota2-lol-hon.jpg&imgrefurl=http%3A%2F%2Forums.heroesofnewerth.com%2Farchive%2Findex.php%2Ft-342452.html&h=1438&w=2564&tbnid=bV7U1rcVxgfJmM%3A&zoom=1&docid=PBVMOKHxY9rzBM&>>



Apenas a título informativo, as imagens são, respectivamente: "DOTA" (mapa criado para "Warcraft III", jogo da empresa Blizzard Entertainment), "Heroes of Newerth" (empresa S2 Games), "League of Legends" (empresa Riot Games) e "DOTA 2" (empresa Valve Corporation).

Diante do raciocínio desenvolvido acerca do mercado dos jogos digitais, em especial com relação aos direitos da propriedade intelectual, verifica-se que muitas situações podem ser solucionadas à luz da legislação atual, nacional e internacional, que fornecem muitas ferramentas para apaziguar determinados conflitos.

No entanto, alguns aspectos ainda não estão abarcados pelo nosso ordenamento jurídico, cabendo aos juristas em conjunto com o Poder Legislativo, incluir no rol de proteção a hipótese aqui defendida, qual seja, a possibilidade de se

registrar inovações no campo dos jogos digitais no que tange ao estilos e jogabilidade, visto que evidentemente também são frutos da imaginação e criatividade humana, merecendo o devido amparo legal, ausente na atualidade.

Conforme entrevista realizada e anexada ao presente trabalho, as empresas desenvolvedoras de jogos apenas registram o código fonte (Lei nº 9.609/99), textos, imagens e sons de seus produtos pois é o que está autorizado legalmente a ser feito, ficando sujeitas a uma longa discussão judicial caso alguma outra empresa venha a plagiar a ideia central do jogo, o que se mostra um contrassenso.

Diante de algumas situações já ocorridas no cenário internacional, a ausência de proteção para determinados aspectos dos jogos digitais e especialmente de um órgão específico para tanto, face às suas peculiaridades, merecem um amparo jurídico e administrativo específico e, conseqüentemente, uma legislação específica, tanto em razão da vultosa economia gerada através desses produtos e serviços, quanto aos riscos a que as empresas desenvolvedoras ainda estão sujeitas, cabendo ao Estado, como agente regulador, intervir nessas relações para evitar prejuízos aos agentes de boa-fé.

Utilizando a legislação atual, que ampara grande parte dos aspectos jurídicos inerentes aos Jogos Digitais, havendo uma violação dos direitos autorais ou industrial do desenvolvedor, as formas de reparação do dano legalmente disponíveis podem gerar controvérsias, conforme será abaixo analisado.

4.3 A Responsabilidade Civil e a Eficácia das Medidas Reparatórias

Verifica-se, da análise do uso exclusivo de uma criação no âmbito dos jogos digitais, que eventual violação do direito da propriedade intelectual irá gerar o dever de reparação dos prejuízos patrimoniais suportados.

Diante disso, impera-se a análise do principal instituto aplicável ao tema, qual seja, o da "responsabilidade civil", devendo ser verificado como o Direito o desenvolveu e como o ordenamento jurídico pátrio o trata e regula para, posteriormente, inferir suas aplicações no âmbito dos jogos digitais.

4.3.1 Origem e Conceito da Responsabilidade Civil

Nos primórdios do Direito, inexistia regulamentação de como se proceder caso alguém sofresse um dano provocado por outrem, sendo assim, imperava-se a conhecida “vingança privada” que, muitas vezes, era desproporcional ao dano sofrido, o que não solucionava os litígios. Sob a égide da Lei do Talião, também conhecida como “olho por olho, dente por dente”, passou-se a ter uma ideia de proporcionalidade. É possível inferir tal normatização nos Artigos 196 e 200 do Código de Hamurábi que assim preconizam:

196. Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

[...]

200º - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes.

Num segundo momento, surge o sistema da composição econômica voluntária, quando defende-se a substituição da Lei de Talião pelo pagamento pecuniário para reparar o dano causado, dessa forma o prejudicado recebe as vantagens e benefícios que a falta da vingança lhe gera. A vingança passa a ser substituída pelo pagamento, substituindo a responsabilidade pessoal pela patrimonial, conforme se vislumbra no artigo 265 do Código de Manu:

Art. 265º Um Brâmane será sujeito à multa de cinquenta panas, por ter ultrajado um homem da classe militar; de vinte e cinco, por um homem de classe comercial; de doze, por um Sudra.

Apenas no século III a.C. o Estado, de forma exclusiva, passou a mediar os conflitos privados, fixando quantias a serem despendidas pelos danos ocasionados, bem como impondo ao prejudicado a aceitar o recebimento de tais valores sem utilizar da vingança, conforme infere-se da Lei de Aquilia, elaborada na época de Justiniano.

A Lei Aquilia, datada de 286 a.C., possibilitou ao prejudicado o direito de ressarcimento econômico pelo mal suportado, independente de existência de alguma obrigação anterior, surgindo assim a concepção de responsabilidade extracontratual.⁸⁸

⁸⁸ RIBEIRO, 2012, p.01.

Juliana Piccinin Frizzo, em artigo publicado, procura explicar esse período histórico da seguinte maneira:

O Direito Romano evoluiu da vingança privada ao princípio básico de que não é lícito fazer justiça com as próprias mãos, com a imposição da autoridade do Estado; evoluiu da pena como reparação, para a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, por instituição do elemento subjetivo de culpa, pela adoção da máxima “nulla poena sine lege”. Há que se ressaltar, que nos últimos estágios de desenvolvimento do Direito Romano, não se cogitava apenas os danos materiais, mas também os danos morais.⁸⁹

Tal influência é evidente na doutrina atual, conforme explanado por Sergio Cavalieri Filho, ao tratar da função da responsabilidade civil, afirmando que consiste no “anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo [...]”.⁹⁰

Segundo Maria Helena Diniz,

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.⁹¹

Ao definir a responsabilidade civil, Caio Mário da Silva Pereira afirma que

consiste na efetivação da reparabilidade abstrata em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.⁹²

Depreende-se, com isso, a presença de uma distinção entre obrigação e responsabilidade, pois aquela é sempre um dever jurídico originário preexistente e essa um dever jurídico consequente à violação do primeiro. Assim, não há responsabilidade sem a correspondente obrigação, ainda que essa seja a de não violar o direito alheio (obrigação legal).⁹³

Segundo a combinação legal dos artigos 186 e 927 do Código Civil, para se configurar o dever de indenizar será necessária a presença de alguns elementos inerentes à responsabilização civil, conforme se verifica do conteúdo desses artigos:

⁸⁹ FRIZZO, 2003, p. 01.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13.

⁹¹ DINIZ, 2012, p. 20.

⁹² PEREIRA, 2001, p. 8.

⁹³ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Sobre a responsabilidade civil, Silvio de Salvo Venosa leciona que:

Na realidade, o que se avalia geralmente em matéria de responsabilidade é uma conduta do agente, qual seja, um encadeamento ou série de atos ou fatos, o que não impede que um único ato gere por si o dever de indenizar. No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquele conduto que reflete na obrigação de indenizar.

Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor.⁹⁴

Adotando o raciocínio apresentado pela legislação, Fernando Noronha explicita os seguintes pressupostos para a configuração do dever de indenizar:

1. que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;
2. que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;
3. que tenham sido produzidos danos;
4. que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta.⁹⁵

Portanto, pode-se concluir que a responsabilidade civil consiste no dever de reparar o dano causado em razão do descumprimento de alguma obrigação, legal e/ou contratual (ação ou omissão). Para isso é preciso o preenchimento de determinados requisitos, quais sejam:

O "ato ilícito", que pode ser interpretado como uma conduta humana (ação ou omissão) que viole alguma norma (regra ou princípio) do ordenamento jurídico.

⁹⁴ VENOSA, 2003, p. 12.

⁹⁵ NORONHA, 2010, p. 468-469.

Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves de Farias e Felipe Peixoto Braga Netto⁹⁶, afirmam que outro elemento do ato ilícito seria o da "imputabilidade", pelo qual se torna possível conferir à alguém a responsabilidade pelo ato.

Sílvio Rodrigues afirma que:

A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste. A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo.⁹⁷

Com relação ao ato ilícito, Maria Helena Diniz o define como:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.⁹⁸

Assim, é possível verificar que nem sempre a conduta será praticada pelo responsável pela reparação, como, por exemplo, o determinado no Código Civil em seu artigo 932, que assim leciona:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
 I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
 II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
 III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
 IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
 V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

A "culpa", outro requisito da responsabilidade civil, que poderá ser afastado quando se considerar a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, CC⁹⁹),

⁹⁶ ROSENVALD, CHAVES, NETTO, 2014, p. 28-40.

⁹⁷ RODRIGUES, 2002, p. 16.

⁹⁸ DINIZ, 2005, p. 43.

⁹⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

como mencionada pela Lei, deve ser considerada a culpa *lato sensu*, ou seja, abrange tanto o dolo quanto a "culpa" *strictu sensu* (negligência, imprudência ou imperícia). Rui Stoco, para conceituar a culpa, assim afirma:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*).¹⁰⁰

A importância da culpa na responsabilidade civil subjetiva, além de ser requisito essencial para sua configuração, é utilizada como parâmetro para fixação da indenização pelo dano suportado.

É certo que, o ordenamento jurídico pátrio defende a teoria da reparação integral do dano, ou seja, busca fornecer os meios necessários para que a vítima seja recompensada de forma integral pelos prejuízos suportados, conforme depreende-se dos artigos 402¹⁰¹ e 944, CC.

No entanto, o próprio parágrafo único deste artigo faculta ao magistrado a redução do valor da indenização caso a caso, ao analisar se a gravidade da culpa é excessivamente desproporcional ao dano.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

O "dano", outro requisito para a responsabilização civil, é o elemento mais lógico ao se analisar as normas que tratam desse assunto. Se o objetivo da legislação é o de restaurar o *status quo ante*, ou seja, o estado em que se encontrava antes do ato ilícito, é necessário que tenha ocorrido alguma repercussão negativa na esfera dos direitos de outrem.

Sobre o tema, assim lecionam os doutrinadores:

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou

¹⁰⁰ STOCO, 2007, p. 133.

¹⁰¹ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.¹⁰²

O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar¹⁰³

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva..¹⁰⁴

Assim, o dano, em qualquer espécie de responsabilidade civil, será essencial para configurar o dever de indenizar. Entretanto, conforme previsão legal, existem várias espécies de danos, divididos basicamente entre patrimoniais e extrapatrimoniais ou de ordem moral.

Para Sílvio de Salvo Venosa, dano patrimonial é “aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.”¹⁰⁵

Verifica-se do conceito conferido pela própria Lei, quanto aos danos patrimoniais, a existência de algumas subdivisões. Segundo Maria Helena Diniz, o dano patrimonial pode ser direto ou indireto¹⁰⁶, sendo o direto aquele que afeta de forma efetiva o patrimônio da vítima, ou seja, há uma consequência imediata à ocorrência da conduta e do dano, enquanto o dano patrimonial indireto refere-se à possibilidade de dano patrimonial, decorrente da conduta do agente.

O Código Civil também conceitua essas espécies de dano patrimonial em seu artigo 402, que assim prescreve: "Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

¹⁰² VENOSA, 2003, p. 28.

¹⁰³ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 9.

¹⁰⁴ STOCO, 2007, p. 128.

¹⁰⁵ VENOSA, 2003, p. 30.

¹⁰⁶ DINIZ, 2003, p.66-72.

Infere-se do artigo citado que a vítima fará jus a indenização pelo que "...efetivamente perdeu..." ou seja, o dano patrimonial direto, bem como pelo que "...deixou de lucrar." referindo-se às consequências do ato ilícito praticado.

Nessa mesma corrente, Agostinho Alvim leciona que: "pode-se dizer que o dano ora produz o efeito de diminuir o patrimônio do credor, ora o de impedir-lhe o aumento, ou acrescentamento, pela cessação de lucros, que poderia esperar."¹⁰⁷.

Com relação ao "deixar de lucrar" a jurisprudência pátria adota duas hipóteses que configuram o dever de indenizar, a primeira e mais simples é a na ocorrência dos "lucros cessantes", ou seja, aplicando o texto literal do Código, quando a vítima teria condições ou realmente iria receber algo de valor patrimonial, que restou impossibilitado pela conduta do agente causador do dano.

No entanto, no julgamento do Resp. 788.459 BA, houve a aplicação de outro instituto, o da "perda de uma chance" ou "perda de uma oportunidade".

Assim restou consignado na decisão:

RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA (2005/0172410-9) RELATOR : MINISTRO FERNANDO GONÇALVES RECORRENTE : BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA ADVOGADO : JOÃO BATISTA LIRA RODRIGUES JUNIOR E OUTROS RECORRIDO : ANA LÚCIA SERBETO DE FREITAS MATOS ADVOGADO : CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTROS EMENTA RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento. Os Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator. Impedido o Ministro Aldir Passarinho Junior. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 8 de novembro de 2005 (data de julgamento). (STJ - REsp: 788459 BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/03/2006 p. 334)

Dessa forma, pode-se concluir que os danos patrimoniais vão além do que fora efetivamente reduzido do patrimônio da vítima, devendo ser incluído o que ela deixou de auferir.

¹⁰⁷ ALVIM, 1980, p. 173.

Com relação ao dano moral, pela sua própria nomenclatura, refere-se ao dano que não atinge a esfera patrimonial da vítima, ou seja, não é capaz de ser mensurado em um determinado valor, pois atinge aspectos psicológicos e subjetivos.

Yussef Said Cahali, assim leciona:

Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial.¹⁰⁸

Já o posicionamento de Aguiar Dias é no sentido de que:

O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretar, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não patrimoniais.¹⁰⁹

Roberto Gonçalves, afirma:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.¹¹⁰

Analisando o instituto do dano moral a doutrina e jurisprudência estipularam alguns parâmetros que devem ser observados ao se fixar a respectiva indenização, bem como o cumprimento de suas funções, quais sejam: a função compensatória, a função pedagógica e a função punitiva, sendo a última um pouco controversa na doutrina e jurisprudência.

A função compensatória refere-se ao texto legal, ou seja, na tentativa de se fixar um valor patrimonial para compensar os males suportados pela vítima. Conforme afirmado, os bens atingidos pelo dano moral não são passíveis de valoração econômica, razão pela qual seria equivocado utilizar o termo "reparação" econômica para os danos causados a esses bens.

¹⁰⁸ CAHALI, 2011, p. 28.

¹⁰⁹ DIAS, 1987, p. 852.

¹¹⁰ GONÇALVES, 2009, p. 359.

Carlos Alberto Bittar ao discorrer sobre o tema, assim afirma:

A tese da reparabilidade dos danos morais demandou longa evolução, tendo encontrado óbices diversos, traduzidos, em especial, na resistência de certa parte da doutrina, que nela identificava simples fórmula de atribuição de preço à dor, conhecida, na prática, como *pretium doloris*.¹¹¹

Para André Gustavo Corrêa de Andrade:

... a concepção clássica, que vê na responsabilidade civil a função exclusiva de reparação do dano ou de ressarcimento da vítima, não se ajusta ao dano moral, a não ser ao custo de artificialismos e reducionismos. A distintiva natureza do dano moral em relação ao dano material é, por si só, indicativa de que a tradicional sanção reparatória não é ordinariamente aplicável àquela, pelo menos não sem o recurso de ficções jurídicas. A tutela dos bens personalíssimos não se realiza do mesmo modo que a tutela dos bens materiais ou patrimoniais.¹¹²

Assim, a primeira função a ser observada pelo magistrado ao deferir a indenização por dano moral será a de compensar economicamente os males sofridos pela vítima em sua ordem psíquica.

Com relação à função pedagógica Fernando Noronha leciona que:

Esta função da responsabilidade civil é paralela à função sancionatória e, como esta, tem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando, como esta, funções de prevenção geral e especial: obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras. Isto é importante especialmente no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos)¹¹³

Antônio Jeová Santos faz uma ligação entre as funções pedagógicas e punitivas, afirmando que:

Quem foi condenado a desembolsar certa quantia em dinheiro pela prática de um ato que abalou o bem-estar psicofísico de alguém, por certo não será recalcitrante na mesma prática, com receio de que sofra no bolso a conseqüência do ato que atingiu um semelhante. Sim, porque a indenização além daquele caráter compensatório deve ter algo de punitivo, enquanto sirva para dissuadir a todos de prosseguir na faina de cometimento de infrações que atinjam em cheio, e em bloco, os direitos personalíssimos.¹¹⁴

¹¹¹ BITTAR, 1999, p. 76.

¹¹² ANDRADE, 2006, p. 170-171.

¹¹³ NORONHA, 2003, p. 441.

¹¹⁴ SANTOS, 2003, p. 44.

Por último, referindo-se à função punitiva, há muita divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca de sua validade e aplicabilidade.

Roberto de Abreu e Silva afirma que:

a reparação, embora nem sempre indenize, integralmente, os prejuízos morais ou extrapatrimoniais, espargue efeitos sancionatórios, compensatórios e pedagógicos, causando uma satisfação ao lesado, previne a reincidência do lesante e a prática de ato ilícito por outrem.¹¹⁵

João Casillo, leciona que:

a ideia de sanção é secundária, funcionando mais com o caráter intimidatório para evitar o dano, porém, também, com o intuito de fazer com que o causador sinta uma verdadeira pena, depois que tenha cometido o ato ilícito.¹¹⁶

No entendimento de Ronald Sharp Júnior, a indenização pelos danos morais suportados deve observar duas finalidades:

(...) uma de caráter punitivo ou aflitivo (castigo ao ofensor) e outra compensatória (compensação como contrapartida do mal sofrido) (...) pois ninguém duvida, por exemplo, da enorme satisfação de pagar estudos ou tratamento médico a um filho com o produto da indenização por dano moral, quando antes isto não era economicamente possível à vítima". Da mesma forma, essa indenização "(...) deve servir para impor uma pena ao lesionador, de modo que a sua diminuição patrimonial opere como um castigo substitutivo do primitivo sentimento de vingança privada do ofendido (...) Essa dupla finalidade compensatória e punitiva constitui o meio que o Estado tem de alcançar a restauração da ordem rompida com a prática da lesão moral.¹¹⁷

No entanto, há posicionamentos contrários que entendem pela impossibilidade de se aplicar caráter punitivo à indenização dos danos morais.

Humberto Theodoro Júnior, defende que "a responsabilidade civil não pode confundir-se com a responsabilidade penal, porque enquanto aquela é estritamente de ordem privada, esta é essencialmente de ordem pública"¹¹⁸.

Nessa mesma corrente Taisa Maria Macena de Lima entende que "na sistemática do CCB, a função da responsabilidade civil por dano moral é sempre compensatória e reparatória, não se lhe podendo atribuir uma função punitiva"¹¹⁹.

¹¹⁵ SILVA, 2002, p. 75.

¹¹⁶ CASILLO, 1994, p. 83.

¹¹⁷ SHARP JÚNIOR, 2001, p. 12.

¹¹⁸ THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 14.

Na jurisprudência, tal discussão também está presente, conforme se infere das decisões colacionadas abaixo:

DIREITO CIVIL E AMBIENTAL. CARÁTER DA RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE AMBIENTAL CAUSADO POR SUBSIDIÁRIA DA PETROBRAS. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008 DO STJ). Relativamente ao acidente ocorrido no dia 5 de outubro de 2008, quando a indústria Fertilizantes Nitrogenados de Sergipe (Fafen), subsidiária da Petrobras, deixou vaziar para as águas do rio Sergipe cerca de 43 mil litros de amônia, que resultou em dano ambiental provocando a morte de peixes, camarões, mariscos, crustáceos e moluscos e consequente quebra da cadeia alimentar do ecossistema fluvial local: é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo. O art. 225, § 3º, da CF estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". Nesse passo, no REsp 1.114.398/PR, (julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, DJe 16/2/2012) foi consignado ser patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, sendo devida compensação por dano moral, fixada, por equidade. A doutrina realça que, no caso da compensação de danos morais decorrentes de dano ambiental, a função preventiva essencial da responsabilidade civil é a eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis, visto que a função punitiva cabe ao direito penal e administrativo, propugnando que os principais critérios para arbitramento da compensação devem ser a intensidade do risco criado e a gravidade do dano, devendo o juiz considerar o tempo durante o qual a degradação persistirá, avaliando se o dano é ou não reversível, sendo relevante analisar o grau de proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado. Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro – que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (punitive damages) –, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o bis in idem (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal). Dessa forma, conforme consignado no REsp 214.053-SP, para "se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado" (Quarta Turma, DJ 19/3/2001). Com efeito, na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Assim, é preciso ponderar diversos fatores para se alcançar um valor adequado ao caso concreto, para que, de um lado, não haja nem enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro lado, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado. (STJ. REsp 1.354.536-SE, Rel.

¹¹⁹ LIMA, 2010, p. 365.

Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em 26/3/2014, Publicado em: 02/04/2014.)

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - CADASTRO DE INADIMPLENTES - INSCRIÇÃO INDEVIDA. ARTIGO 43, §§ 1º e 2º DO CDC. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO. 1- O recorrente comprovou a divergência interpretativa suscitada em conformidade com o art. 541, § único, do Código de Processo Civil e art. 255 e parágrafo, do Regimento Interno desta Corte. 2 - A comunicação ao consumidor sobre a inscrição de seu nome nos registros de proteção ao crédito constitui obrigação do órgão responsável pela manutenção do cadastro e não do credor, que apenas informa a existência da dívida. Aplicação do § 2º, art. 43, do CDC. Precedentes. 3 - Conforme entendimento firmado nesta Corte, cabe às entidades credoras providenciar o cancelamento da anotação negativa do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito, quando quitada a dívida. Precedentes. 4 - A indenização por dano moral deve se revestir de caráter indenizatório e sancionatório de modo a compensar o constrangimento suportado pelo consumidor, sem que caracterize enriquecimento ilícito e adstrito ao princípio da razoabilidade. 5 - A existência de outros apontamentos de débito não afasta o dever de indenizar, mas deve refletir sobre a fixação do valor da indenização. (Precedentes: REsp 437.234/PB, REsp 196.024/MG). 6 - Recurso conhecido em parte e provido. (STJ - REsp: 565924 RS 2003/0127389-0, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 21/10/2004, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17/12/2004 p. 561)

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. (...) O dano moral encontra matriz constitucional cujas regras expressam a tutela aos direitos da personalidade;.....- Para a quantificação do dano moral deve-se levar em conta a condição social das partes, a gravidade da lesão, o caráter punitivo para o agente e a natureza compensatória da condenação para a vítima, não podendo ser fonte de locupletamento (...) Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal a quo - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, (...) pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar ("punitive damages"), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.(...) "Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.....O problema de sua reparação

deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. (...). Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. (...) Essa orientação - também acompanhada pelo magistério doutrinário, que exige, no que se refere à função de desestímulo ou de sanção representada pela indenização civil por dano moral, que os magistrados e Tribunais observem, no arbitramento de seu valor, critérios de razoabilidade e de proporcionalidade (...) é igualmente perfilhada pelos Tribunais, especialmente pelo E. Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência, na matéria em questão, firmou essa mesma diretriz (REsp 295.175/RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - REsp 318.379/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI - REsp 355.392/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. CASTRO FILHO, v.g.):"I - A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza."(RSTJ 151/269-270, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO - grifei)"I - A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza. A fixação do seu valor envolve o exame da matéria fática, que não pode ser reapreciada por esta Corte (Súmula nº 7)(...)."(REsp 337.739/SP, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO - grifei) Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, eis que se revela inviável o recurso extraordinário a que ele se refere.Publicue-se.Brasília, 11 de outubro de 2004.Ministro CELSO DE MELLO Relator (STF - AI: 455846 RJ , Relator: Ministro Celso De Mello, Data de Julgamento: 11/10/2004, Data de Publicação: DJ 21/10/2004 PP-00018 RDDP n. 22, 2005, p. 160-163)

Portanto, diante dessa controvérsia, certo é que a indenização por danos morais deve, ao menos, possuir o caráter compensatório e pedagógico.

Por fim, o último elemento essencial à configuração da responsabilidade civil é o "nexo causal", que se refere à ligação existente entre todos os elementos supramencionados, ou seja, o nexo de causalidade entre o dano e o ato ilícito.

Sílvio de Salvo Venosa afirma que:

O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.¹²⁰

Dessa forma, é possível concluir que o nexo de causalidade é o elemento essencial para se atribuir a responsabilidade de determinado dano a alguém visto que sua conduta (ato ilícito) deve guardar relação com o prejuízo suportado pela vítima.

¹²⁰ VENOSA, 2003, p. 39.

A Responsabilidade Civil pode, ainda, ser dividida em diferentes espécies, como defendido por Sergio Cavalieri Filho:

a responsabilidade civil tem por elemento nuclear uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, torna-se, então, possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta.¹²¹

Assim, pode-se classificar a responsabilidade como:

- Contratual ou Extracontratual, tratando-se do fato gerador, em que se analisa a existência ou não de um negócio jurídico firmado entre as partes para a configuração do dever de indenizar;
- Direta ou Indireta, tratando-se do agente, perquirindo-se quem realizou a conduta geradora do dano e quem tem o dever de repará-lo;
- Subjetiva ou Objetiva, tratando-se do fundamento, em que há ou não a análise do elemento culpa para a configuração do dever de indenizar.¹²²

Posta essa análise sobre o instituto da Responsabilidade Civil e sua conceituação, deve-se analisar sua aplicação perante os jogos digitais, conforme será realizado no tópico seguinte.

4.3.2 A Eficácia da Reparação nos Jogos Digitais

No Brasil, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) é o responsável pelo registro de marcas, desenhos industriais, programas de computador e patentes (de invenção ou modelo de utilidade) e, conseqüentemente, o órgão que confere a proteção jurídica e autorização de exploração da maioria desses elementos distintivos e inovadores. Para a proteção internacional das patentes, é preciso que seu titular deposite um pedido equivalente no país ou região onde se deseja obter a patente, devendo o mesmo ser traduzido para o idioma do país/região respectivo, nomeando um procurador para representar a empresa naquele país.

O INPI poderá atuar como escritório receptor, em virtude do Tratado de Cooperação de Patentes PCT, o que simplifica esse processo.¹²³

¹²¹ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13.

¹²² GANDINI; SALOMÃO, 2003, p. 105.

Com relação aos demais bens autorais, ou seja, obras intelectuais (art. 7º, Lei 9.610/99¹²⁴) como textos, desenhos de personagens, etc. o registro será realizado em órgão próprio, conforme previsto no art. 17 da Lei nº 5.988/73 que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 17. Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

§ 1º Se a obra for de natureza que comporte registro em mais de um desses órgãos, deverá ser registrada naquele com que tiver maior afinidade.

§ 2º O Poder Executivo, mediante Decreto, poderá, a qualquer tempo, reorganizar os serviços de registro, conferindo a outros Órgãos as atribuições a que se refere este artigo.

A Propriedade Intelectual, conforme defendido, abrange diversos ramos do Direito, incluídos o Direito da Propriedade Industrial e o Direito Autoral.

Primeiramente será analisado o Direito da Propriedade Industrial e as consequências de sua violação.

Para o registro de marcas, alguns requisitos devem ser observados, tais como a registrabilidade da marca (Artigos 122 a 124, Lei nº 9.279/96) e a legitimidade para requerer o registro (Artigo 128, Lei nº 9.279/96), conforme salientado. Cabe ressaltar que a utilização de marcas semelhantes não ocasiona, necessariamente, a restrição prevista no artigo 124, XIX, Lei nº 9.279/96.

Nesse sentido:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COLIDÊNCIA ANTE A UTILIZAÇÃO SIMULTÂNEA DAS MARCAS HERMES E HERMÊS. SUMULA 7/STJ.71. Prevê o art. 535 do CPC a possibilidade de manejo dos embargos de declaração para apontar omissão, contradição ou obscuridade na sentença ou acórdão, não se prestando este recurso, portanto, para rediscutir a matéria apreciada.535CPC2. A Corte a quo analisou o conjunto fático-probatório dos autos para concluir sobre a ausência de colidência ante a utilização concomitante das marcas HERMES e HERMÊS em produtos da mesma classe, pois as mercadorias se destinam a público diverso e deve ser reconhecida a notoriedade da marca HERMÊS, porque as empresas agravadas são mundialmente conhecidas, de modo que o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame dos fatos e provas, o que atrai a incidência da Súmula 7 deste Superior, como óbice ao conhecimento do recurso especial.3. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo

¹²³ CGCOM, 2013, p.01.

¹²⁴ Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

regimental.4. Agravo regimental desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 850487 Rio de Janeiro 2006/0247420-6. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP). Data de Julgamento: 05/11/2009. T4 - QUARTA TURMA. Data de Publicação: DJe 08/02/2010)

Carlos Alberto Bittar defende que, para a configuração do dever de indenizar, em se tratando de concorrência desleal, é desnecessária a demonstração do dolo, bastando a culpa, bem como da verificação do dano em concreto, sendo imprescindível a existência de colisão, de clientes e do ato suscetível de repreensão.¹²⁵

A ausência de dolo justifica-se pelo resultado decorrente da concorrência desleal, pois seria possível que o agente pretenda realizar determinada ação sem a finalidade de certo resultado prejudicial a seu concorrente, no entanto, por negligência, o mesmo ocorre.

A ausência de dano em concreto (que deve ser vista como uma exceção à regra) se dá em virtude da potencialidade do ato do concorrente, ou seja, é evidente que a ação praticada poderá gerar danos ao agente econômico, ainda que, temporariamente, não o tenham ocorrido.

Nesse sentido:

Direito comercial e processual civil. Recurso especial. Concorrência desleal e desvio de clientela. Embargos declaratórios. Omissão. Ausência. Reexame de provas. Inadmissibilidade. Inépcia da inicial. Inocorrência. Danos materiais. Comprovação. Presunção - Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.535CPC- É inadmissível o reexame de fatos e provas em recurso especial.- Verificada a existência de causa de pedir, não há reconhecer-se a inépcia da inicial na presente hipótese.- O art. 209 da Lei 9.279/96 autoriza a reparação por danos materiais advindos de atos de concorrência desleal que importem desvio de clientela pela confusão causada aos consumidores.2099.279- A reparação não está condicionada à prova efetiva do dano, pois os atos de concorrência desleal e o conseqüente desvio de clientela provocam, por si sós, perda patrimonial à vítima. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1192208 MG 2010/0079120-5. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 12/06/2012. T3 – Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 02/08/2012)

A existência de clientes em potencial em comum é fator indispensável para a responsabilização do agente econômico, visto que os concorrentes devem estar disputando o mesmo mercado de consumo, ou seja, atuarem em ramos idênticos e

¹²⁵ BITTAR, 2005, p. 112.

visando os mesmos clientes, pois, caso assim não o seja, inexistirá a própria concorrência, conforme conceito apresentado.

O ato de concorrência desleal, conforme sustentado, pode não estar previsto na legislação própria, em face do rol exemplificativo apresentado, sendo assim, para a “concretização da concorrência desleal, o ato ou procedimento de concorrência deve destacar-se das práticas normais dos negócios. “Há de ser qualificado por ausência ou por desrespeito a preceitos de direito ou de moral” (BITTAR, 2005, p. 49). Portanto, para a responsabilização do agente econômico, deve estar presente algum ato que ocasione afronta à concorrência leal.

A violação da marca é, indiscutivelmente, ato atentatório à concorrência leal e, assim, passível de responsabilização do agente econômico. Quanto à violação da marca no âmbito dos jogos digitais, são aplicáveis as mesmas disposições relacionadas à responsabilização nos outros ramos do mercado, podendo haver indenização nas esferas moral e material.

A Súmula nº 227 do Superior Tribunal¹²⁶ de Justiça preconizou que as pessoas jurídicas também podem sofrer danos morais e, portanto, fazerem jus ao recebimento de indenização a esse título.

Com a violação da marca, pode ser imputado ao ofensor determinadas obrigações tais como obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, aplicando-se as disposições dos artigos 461 e 461-A, CPC¹²⁷, em que o juiz poderá

¹²⁶ Súmula: 227- A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

¹²⁷ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1o A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2o A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3o Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4o O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6o O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

determinar, a seu critério, a obrigação que entenda satisfatória para o caso em concreto.

Assim, poderá, por exemplo, ser imposta a obrigação de recolhimento de todos os produtos com a marca adulterada, sob pena astreintes (multa diária) no caso de descumprimento da determinação judicial. Esta medida pode ser cumulada com as perdas e danos.

Há ainda, em determinados casos, a possibilidade da anulação de atos administrativos como, por exemplo, no caso em que o INPI garante à determinado agente econômico o uso exclusivo de uma marca e, posteriormente, concede à outro agente a permissão do uso da mesma expressão.

Nesse sentido:

COMERCIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO. DISPUTA PELO USO DA MARCA "SANTO AMARO". VIOLAÇÃO AO ARTIGO 124, V E XIX DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PRECEDÊNCIA DO REGISTRO QUE GARANTE A PROPRIEDADE E USO EXCLUSIVO DA MARCA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.1. A precedência do registro do nome e da marca no INPI garantem a proprietária o seu uso exclusivo e impede o seu emprego por qualquer outra empresa do mesmo ramo de atividade, por acarretar prejuízo à sua legítima detentora, como também aos consumidores que ficam sujeitos à confusão em face da identidade de marcas.2. A concessão à recorrente de registro no INPI, para uso exclusivo das expressões "Csa." e "Santo Amaro", impede a concessão posterior de uso da mesma expressão a pessoa jurídica diversa, para a mesma classe de atividade.3. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 887686 RJ 2006/0204942-5. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 23/11/2010. T4 - Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 26/11/2010)

Haverá também a possibilidade de indenização por danos materiais e pelos lucros cessantes, calculados na forma dos artigos 208 a 210 da Lei de Propriedade Industrial.

Com relação às marcas, desenhos industriais e patentes, no que tange aos jogos digitais, aparentemente a legislação pátria fornece todos os meios necessários para a defesa dos interesses das empresas desenvolvedoras, da mesma forma que ofereceria para qualquer outro agente econômico atuante no mercado.

§ 1o Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2o Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3o Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1o a 6o do art. 461.

Portanto, não se verifica, num primeiro momento, a necessidade de um cuidado maior para com os jogos digitais nesse aspecto, visto que a legislação brasileira aparenta-se satisfatória.

No entanto, quanto aos direitos autorais nos jogos digitais, a reparação dos danos segundo as normas vigentes na atualidade não se mostra satisfatória para cumprir com seu objetivo, conforme será analisado.

Como salientado, além da Lei nº 9.610/98, a Lei nº 9.609/98 que trata da propriedade intelectual de programa de computador pode ser aplicada no âmbito dos jogos digitais, tendo em vista a ausência de norma específica e a proteção conferida por essa norma.

O registro dos programas de computadores também deverá ser realizado junto ao INPI, tendo em vista a disposição do artigo 3º, Lei nº 9.609/98 e artigo 1º do Decreto nº 2.556 de 1998, ficando assegurada a tutela dos direitos inerentes a esse registro pelo prazo de 50 (cinquenta) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou criação (artigo 2º, §2º, Lei nº 9.609/98).

É importante salientar que a natureza jurídica deste registro é meramente declaratória e não constitutiva de direitos, conforme expressa previsão legal no artigo 2º, §3º, Lei nº 9.609/98 e artigo 18 da Lei nº 9.610/98 que se aplica subsidiariamente com as ressalvas expressamente previstas.

Dessa forma, o criador do programa de computador possui seus direitos resguardados ainda que não realize o registro de sua obra no INPI, órgão responsável pelo registro de *softwares*, diante da ausência de formalidades que condicionem a existência desses direitos. No entanto, o registro é uma forma de se ter uma maior segurança para comprovar a titularidade da criação, sendo ferramenta importante em casos de disputas judiciais.

Ademais, conforme asseverado pelo próprio INPI, " (...) o registro de *software* (...) se tornou um requisito para participar de licitações governamentais. Este serviço se refere ao Direito de Autor e, portanto, seu prazo é diferente: a validade do direito é de 50 anos (...) "¹²⁸. Nos últimos anos, o registro de programa de computador está ficando mais simples e o código-fonte pode ser enviado em formato PDF.

Independentemente das sanções no âmbito penal, a violação de direito autoral também gera consequências na esfera cível, de forma semelhante à violação

¹²⁸ CGCOM, 2012, p.01.

do direito de marcas, sendo possível o recebimento de indenização pelas perdas e danos suportadas.

É justamente a ausência de normatização específica a fonte da grande maioria das dúvidas e problemas envolvendo os jogos digitais. Pelo fato de ser um produto imaterial e que envolve diversos componentes distintos, resumidamente o código (linguagem virtual em que ele é escrito), artes (design), músicas e sons, é que são geradas dúvidas sobre o que é registrável ou não, bem como se em caso de violação, os instrumentos disponibilizados à população trarão os resultados esperados.

Conforme defendido durante este trabalho, cabe ao Direito se antecipar aos conflitos que, infelizmente, já ocorrem no cenário internacional, bem como seja alterada a mentalidade acerca deste mercado. Não há mais como ignorar um mercado gigantesco como o dos jogos digitais, em que em apenas um campeonato de alguns dias conseguiu gerar um lucro de mais de US\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de dólares) para a empresa desenvolvedora apenas com os "ingressos".

Apesar de ainda não haver nenhuma companhia nacional de grande influência nesse mercado, as empresas brasileiras estão iniciando suas atividades de forma ganhar relevante reconhecimento no mercado nacional e, certamente, em breve estarão também entre as maiores do mundo, tendo em vista o enorme crescimento contínuo deste mercado.

Tomemos como exemplo a violação de uma composição musical, reproduzida sem a autorização de seu criador, para compreender o modo pelo qual a violação de direitos autorais tem sido interpretada pelos tribunais pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR VIOLAÇÃO A DIREITOS AUTORAIS. OBRA MUSICAL. EXECUÇÃO PÚBLICA EM CARRO DE SOM. CAMPANHA ELEITORAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA E EXPRESSA DO AUTOR E CESSÃO DE DIREITOS POR ESCRITO. VIOLAÇÃO AO DIREITO DO AUTOR. MULTA DO ARTIGO 109 DA LEI N. 9.610/98. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. FIXAÇÃO EM MONTANTE ADEQUADO. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO. 1.A TUTELA DO DIREITO AUTORAL ESTÁ CONSAGRADA NO ART. 5º, INCISOS XXVII E XXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA LEI Nº 9.610/98, ESTANDO SOB SUA PROTEÇÃO, DENTRE OUTRAS PRODUÇÕES ARTÍSTICAS, LITERÁRIAS E CIENTÍFICAS, AS COMPOSIÇÕES MUSICAIS. 2.PERTENCEM AO CRIADOR DA OBRA LITERÁRIA, ARTÍSTICA OU CIENTÍFICA OS DIREITOS MORAIS E PATRIMONIAIS SOBRE A OBRA QUE CRIOU (ARTIGO 22 DA LEI Nº 9.610/98). 3.OS DIREITOS DO AUTOR PODEM SER TRANSFERIDOS A TERCEIROS, MAS A CESSÃO TOTAL OU

PARCIAL DESSES DIREITOS SERÁ SEMPRE POR ESCRITO, PRESUMINDO-SE ONEROSA (ARTIGOS 49 E 50 DA LEI Nº 9.610/98). 4.A EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRA MUSICAL DEPENDE DE PRÉVIA E EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DO AUTOR, CABENDO A IMPOSIÇÃO DE MULTA E INDENIZAÇÃO EM CASO DE VIOLAÇÃO (ARTIGOS 68, 102 E 109 DA LEI Nº 9.610/98). 5.PARA A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 109 DA LEI Nº 9.610/98 EXIGE-SE A COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ DO INFRATOR OU QUE A UTILIZAÇÃO INDEVIDA SE DÉ DE FORMA DELIBERADA A INFRINGIR O DIREITO AUTORAL. PRECEDENTES. 6.A MULTA PREVISTA NO ART. 109 DA LEI Nº 9.610/98 DEVE SER FIXADA EM PATAMAR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL AO CASO CONCRETO, EVITANDO-SE O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PRECEDENTES. 7.EM CASO DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DO AUTOR, MEDIANTE A EXECUÇÃO PÚBLICA INDEVIDA DE OBRA MUSICAL DE SUA AUTORIA, É CABÍVEL A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. 8.O VALOR FIXADO A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, EM QUE PESE A FALTA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS, DEVE SER PAUTADO PELA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, ALÉM DE SERVIR COMO FORMA DE COMPENSAÇÃO AO DANO SOFRIDO E DE POSSUIR CARÁTER SANCIONATÓRIO E INIBIDOR DA CONDUTA PRATICADA. 9.APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDAS E IMPROVIDAS. (TJ-DF - APC: 20070111407972 DF 0053565-60.2007.8.07.0001, Relator: SIMONE LUCINDO, Data de Julgamento: 02/04/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 11/04/2014 . Pág.: 126)

Vislumbra-se nesse caso que a penalidade pela violação do direito autoral, em aspectos de dano material, resume-se à multa prevista no artigo 109 da Lei nº 9.610/98 que assim determina:

Art. 109. A execução pública feita em desacordo com os arts. 68, 97, 98 e 99 desta Lei sujeitará os responsáveis a multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago.

Aplicando-se essa penalidade aos programas de computador, de forma analógica tendo em vista a ausência de previsão legal específica para tanto, infere-se que, em teoria, poderia ser satisfatória tal punição, ao se considerar determinados *softwares* (programas de computador) que possuam alto valor de custo para aquisição.

No entanto, além desse detalhe (considerar *softwares* de custo elevado) outro requisito tornaria ainda mais inviável a aplicação dessa multa: a execução pública. Ora, *softwares* são criados, conforme explicitado em tópico próprio, para serem interpretados por máquinas a fim de atingir objetivos específicos.

Assim, utiliza-se os programas de computador em virtude das facilidades que o mesmo proporciona ao usuário, com o intuito de satisfazer as necessidades do

mesmo. Dessa forma, a utilização dos programas de computador, em grande maioria, ocorre em locais privados, dentro das residências, sedes das empresas, etc.

Outras hipóteses de punição legalmente prevista, na atualidade, e que teoricamente teriam um efeito mais satisfatório ao se analisar a violação de direito autoral nos jogos digitais, são as previstas nos artigos 102, 103, 105 e 106 da Lei nº 9.610/98 que assim determinam:

Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagará o preço dos que tiver vendido.

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.

Art. 106. A sentença condenatória poderá determinar a destruição de todos os exemplares ilícitos, bem como as matrizes, moldes, negativos e demais elementos utilizados para praticar o ilícito civil, assim como a perda de máquinas, equipamentos e insumos destinados a tal fim ou, servindo eles unicamente para o fim ilícito, sua destruição.

Infere-se que as penalidades previstas nos artigos 102, 105 e 106 da Lei nº 9.610/98 possuem um caráter meramente obrigacional o que, apesar de ser evidentemente essencial à cessação da violação dos direitos autorais, não possuem o condão de efetivamente reparar o dano.

Apenas a penalidade prevista no artigo 103 da Lei nº 9.610/98 possui correlação com aspectos efetivamente materiais merecendo, assim, uma análise mais específica para averiguar se cumpre o objetivo da reparação civil, devidamente explanado em tópico próprio.

Como informado, a Convenção de Berna de 1971 equiparou os programas de computador (*softwares*) às obras literárias, possibilitando seu enquadramento na primeira hipótese do artigo 103 da Lei nº 9.610/98.

Conforme depreende-se do artigo supracitado, é necessário o preenchimento de um requisito específico para sua aplicação, qual seja, "editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular". É certo que as normas que visam punir não podem ser interpretadas de maneira extensiva, retirando fundamentos que não estejam expressamente previstos.

Assim, para a aplicação dessa penalidade, será necessário que o violador do direito tenha "editado" o bem autoral analisado. Dessa forma, não seria cabível a aplicação dessa sanção específica nos casos de mera aquisição de produto pirateados ou mesmo a reprodução não autorizada dos mesmos.

Pelo caráter técnico e útil dos programas de computador, não é conveniente para o contrafator autoral alterar ou editar o conteúdo dos mesmos, tendo em vista que o público que pretende atingir busca, de uma forma mais barata e fácil, adquirir aquele determinado produto.

Nem mesmo ao se utilizar o artigo 104 da Lei nº 9.610/98 poderia ser aplicada a penalidade do artigo precedente, visto que da mesma forma depende de uma alteração na obra autoral originária.

Art. 104. Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.

Assim tem entendido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Superior Tribunal de Justiça em casos envolvendo a violação do direito autoral nos *softwares*:

APELAÇÃO CÍVEL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO. - Nos casos de proteção ao direito autoral, a fixação adequada não pode se restringir à perda patrimonial experimentada pela apelante, já que o pagamento tão-somente do valor dos programas contrafaceados não indeniza, de forma justa, todos os prejuízos sofridos. - Nessa linha de entendimento e em face da interpretação sistemática que deve ser feita das normas insertas no ordenamento jurídico, aquele que se utiliza de software sem licença deve ser obrigado ao ressarcimento dos prejuízos econômicos bem como indenizar o titular do direito de propriedade intelectual por ofensa ao seu direito autoral. Para a fixação do quantum deve-se levar em conta o proveito econômico obtido pela apelada que, in casu, é notório, diante da otimização no desempenho de suas atividades com a utilização dos programas de titularidade da apelante. (...) Certo, ainda, que ao valor deve ser dado o caráter preventivo, de modo a coibir novas ocorrências, mas sem ofender ao princípio do não enriquecimento sem causa. Desse modo, a indenização deve ser majorada para 5 (cinco) vezes o valor atual de mercado dos softwares, a ser apurado em liquidação de sentença. Com tais

razões de decidir, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para reformar a sentença e majorar o valor da indenização para 5 (cinco) vezes o valor atual de mercado dos softwares irregularmente utilizados, a ser apurado em liquidação de sentença. (TJ-MG 100790626399050011 MG 1.0079.06.263990-5/001(1), Relator: ALBERTO HENRIQUE, Data de Julgamento: 02/10/2008, Data de Publicação: 17/11/2008)

"PROCESSUAL CIVIL. INTEMPESTIVIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. SOFTWARE. LEI 9.610/98. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ART. 102. VALOR. PRUDENTE CRITÉRIO DO MAGISTRADO. (...) Não tipificada a conduta da ré nos artigos 103 e 104, da Lei nº. 9.610/98, será aplicável ao caso em tela o artigo 102 do mesmo diploma legal, uma vez que abarca qualquer forma de utilização indevida da obra. A indenização por violação de direitos autorais deverá ser não só compensatória, relativa ao que os titulares deixaram de lucrar com a venda dos programas""pirateados"", mas também punitiva, sob pena de consagração de práticas lesivas e estímulo à utilização irregular de obras". (TJMG, AC n. 1.0145.04.154413-4/001, rel. Des. Irmair Ferreira Campos, Décima Sétima Câmara Cível, julgado em 01.6.2006).

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROPRIEDADE INTELECTUAL. CONTRAFAÇÃO. PROGRAMAS DE COMPUTADOR (SOFTWARE). CARÁTER PUNITIVO E PEDAGÓGICO. ARTIGOS ANALISADOS: ART. 102 DA LEI 9.610/98. 1. Ação de indenização ajuizada em 14.03.2003. Recurso especial concluso ao Gabinete em 20.08.2013. 2. Discussão relativa à adequação dos critérios utilizados para fixar a indenização devida, em razão da utilização ilegítima de softwares desenvolvidos pela recorrente. 3. A exegese do art. 102 da Lei de Direitos Autorais evidencia o caráter punitivo da indenização, ou seja, a intenção do legislador de que seja primordialmente aplicado com o escopo de inibir novas práticas semelhantes. 4. A mera compensação financeira mostra-se não apenas conivente com a conduta ilícita, mas estimula sua prática, tornando preferível assumir o risco de utilizar ilegalmente os programas, pois, se flagrado e processado, o infrator se verá obrigado, quanto muito, a pagar ao titular valor correspondente às licenças respectivas. 5. A quantificação da sanção a ser fixada para as hipóteses de uso indevido (ausente a comercialização) de obra protegida por direitos autorais não se encontra disciplinada pela Lei 9.610/98, de modo que deve o julgador, diante do caso concreto, utilizar os critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça, igualmente considerando a potencialidade da ofensa e seus reflexos. 6. É razoável a majoração da indenização ao equivalente a 10 vezes o valor dos programas apreendidos, considerando para tanto os próprios acórdãos paradigmáticos colacionados pela recorrente, como os precedentes deste Tribunal em casos semelhantes. 7. Recurso especial provido. (REsp 1403865/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 18/11/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO AUTORAL. PROGRAMA DE COMPUTADOR (SOFTWARE). POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO NUMÉRICA DA CONTRAFAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 103, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 9610/98. INDENIZAÇÃO DEVIDA NOS TERMOS DO ARTIGO 102 DA LEI Nº 9.610/98. CONTRAFAÇÃO PRATICADA SEM O INTUITO DE CONCORRER OU COMPROMETER A INDÚSTRIA LEGALIZADA. PENA ARBITRADA NO EQUIVALENTE A DEZ VEZES O PREÇO DE MERCADO DO PRODUTO VIOLADO NA DATA DO ILÍCITO PRATICADO. 1. "A pena pecuniária imposta ao infrator não se encontra restrita ao valor de mercado dos programas apreendidos. Inteligência do art. 102 da Lei 9.610/98 - 'sem

prejuízo da indenização cabível.' - na fixação do valor da indenização pela prática da contrafação" (REsp 1.136.676 - RS, Rel. Min. Nancy Andrighi) 2. O parágrafo único do art. 103 da Lei nº 9.610/98 tem sua aplicação condicionada à impossibilidade de quantificação dos programas de computador utilizados sem a devida licença, o que não é o caso dos autos. 3. O simples pagamento, pelo contrafator, do valor de mercado por cada exemplar apreendido, não corresponde à indenização pelo dano causado decorrente do uso indevido, tampouco inibe a sua prática. 4. Por não se tratar a praticante da contrafação de empresa de grande porte, supõe-se não ter havido intenção de realizar qualquer espécie de concorrência desleal nem de comprometer a indústria legalizada, mostrando-se razoável, conforme os precedentes desta Corte, a condenação ao pagamento do equivalente a dez vezes o preço de mercado do produto violado na data do ilícito praticado. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no REsp 1158622/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 22/03/2012)

Assim, pela análise dos julgados colacionados, verifica-se que atualmente o entendimento é de se aplicar a pena, no máximo, de 10 (dez) vezes o valor de mercado dos *softwares* o que, aparentemente, possui o condão de reparar o dano suportado.

No entanto, ao se analisar os jogos digitais, a situação não é tão simples quanto nos *softwares* analisados pela jurisprudência. Diversos jogos são disponibilizados ao público de forma gratuita, sendo que o retorno financeiro ocorre por compras realizadas dentro do próprio *software*, como é o caso dos jogos citados nesse trabalho, quais sejam, "MegaCity" e "CityVille".

Ambos são jogos disponibilizados gratuitamente na página de aplicativos do "Facebook"¹²⁹ sendo que, enquanto o usuário está utilizando os mecanismos do jogo, são oferecidos vários facilitadores, a custo de dinheiro real, para otimizar a experiência com o jogo.

Nesse caso, por ser um *software* sem preço fixo de mercado, tornaria totalmente inviável a aplicação do entendimento esposado pela jurisprudência pátria, visto que não existiria parâmetros a serem aplicados.

Ademais, a violação do direito autoral nesses casos atinge um número indeterminado de pessoas, visto que disponibilizado na rede mundial de computadores (world wide web - www), ou seja, o público atingido será toda a comunidade que utiliza e procura esses serviços e produtos.

Dessa forma, seria eficaz a aplicação das normas disponibilizadas atualmente para reparar os danos suportados pelo titular dos direitos autorais?

¹²⁹ https://apps.facebook.com/cityville/?fb_source=search&ref=ts&fref=ts
https://apps.facebook.com/vmegacity/?fb_source=search&ref=ts&fref=ts

Tal questionamento deve ser analisado de forma mais atenta, analisando o ordenamento jurídico como um todo e os direitos e bens que estão sendo atingidos com a violação.

Para cessar a violação, indubitavelmente que o ordenamento jurídico disponibiliza diversos mecanismos para tanto. A própria Lei nº 9.610/98 fornece meios para o magistrado proporcionar tais medidas. Ademais o previsto nos artigos 461 e 461-A, CPC também fornecem ferramentas ao juiz de impor as medidas necessárias para impedir a continuidade da violação.

Entretanto, quanto aos danos materiais, especialmente os danos indiretos, permanece uma evidente insegurança.

Os danos materiais a que um desenvolvedor de jogos está sujeito são principalmente de ordem indireta, ou seja, valores que deixou de auferir diante da postura ilícita de seu concorrente.

Assim, subsume-se do ordenamento jurídico que, mesmo sendo assegurado o direito a reparação dos lucros cessantes, perda de uma chance, etc. para o mercado de jogos digitais, aparentemente, as normas não amparam de forma suficiente a vítima de violação.

Como informado, os casos mais marcantes na atualidade, além de não terem sido praticados no Brasil, não tiveram uma análise específica do Poder Judiciário, pois as empresas desenvolvedoras entabularam acordos.

Difícilmente uma empresa desenvolvedora de jogos conseguirá comprovar todo o dano material suportado, tanto por ser um mercado que está disponível por meio da internet, ou seja, em regra, a todas as pessoas que possuem acesso a essa via de comunicação, quanto por uma ausência de previsões legais específicas.

Tome-se como exemplo o caso envolvendo as empresas Zynga e Vostu noticiado acima. Ambas as empresas disponibilizam seus produtos por meio da rede social "Facebook", onde existem bilhões de usuários. Ao se verificar os aplicativos, constata-se que em todos os produtos disponibilizados, foram realizados milhões de downloads e acessos (conforme informação do próprio "Facebook").

Todos os jogos são gratuitos, ou seja, não é necessário o pagamento de uma verba inicial para ter acesso aos mesmos. Assim, nem todos os usuários despendem alguma quantia durante o tempo que estão utilizando o jogo.

Como seria possível arbitrar os lucros cessantes, segundo o ordenamento jurídico atual, se:

- Por serem produtos de acesso gratuito, com vendas exclusivamente dentro dos jogos, não se sabe o faturamento médio de cada aplicativo;

- Diante da amplitude do acesso ao produto, não se tem ideia de quantos consumidores foram expostos ao mesmo, nem quantos o utilizaram e nem quantos despenderam alguma quantia em valor real dentro do jogo.

Outro caso são os jogos digitais que dependem de pagamentos mensais para sua utilização.

Na hipótese de uma desenvolvedora, que despendeu cerca de US\$ 100 milhões para a elaboração de um jogo (o que atualmente não é raro), disponibilize seu produto a todo o mercado virtual (todos com acesso a internet) e faça a cobrança de determinado valor, a título de mensalidade/anuidade (como o game World of Warcraft¹³⁰), ao chegar no mercado, outra empresa faça a cópia de todo o banco de dados (códigos, imagens, trilha sonora, etc) e disponibilize o mesmo produto, a um custo inicial, único e fixo, haverá uma tremenda migração dos consumidores à segunda empresa que, além de não ter despendido valores para criação dos jogos, irá faturar às custas da primeira empresa.

Nesse caso é indubitável que a primeira empresa desenvolvedora tem total possibilidade de registrar vários dos elementos essenciais de seu produto, auferindo a proteção legal específica. Porém, o dano material suportado jamais seria realmente aferido e, ausente previsão legal específica, poderia fazer ensejar uma indenização que nem sequer fosse próxima ao que realmente seria devido, o que certamente se tornaria um estímulo às empresas contrafadoras.

A título de exemplo pode-se citar o entendimento esposado pelos tribunais pátrios sobre a violação de direito autoral a outros programas de computador: pagamento de 5 a 10 vezes o valor de mercado do produto.

Nesse cenário de ausência de uma tutela legal específica e eficaz sobre os jogos digitais o papel desempenhado pelo intérprete e aplicador do Direito adquire especial importância. Afinal, compete-lhes enquadrar esta espécie de bens, de natureza e utilização *sui generis*, nas categorias jurídicas postas pelo ordenamento, de modo a preservar os interesses e direitos dos desenvolvedores dessas “criações”.

¹³⁰ <http://us.battle.net/wow/pt/>

5 CONCLUSÃO

Inquestionável o fato de que o mercado dos jogos digitais no Brasil está em fase de ascensão e, com isso, envolvendo cada vez mais pessoas e valores econômicos, merecendo a atenção das autoridades públicas pois, conforme analisado, inexistente normatização específica tratando desse assunto, apesar da aplicação das normas supracitadas.

Os jogos digitais são historicamente recentes e já possuem grande influência internacional, o que demonstra a sua importância no cenário econômico nacional e mundial.

Conforme defendido, boa parte da tutela referente aos jogos digitais advém do Direito Autoral e o Direito da Propriedade Industrial, diante da inserção dos jogos digitais como verdadeiros bens imateriais fruto da inventividade humana.

Entende-se que a legislação brasileira e internacional, apesar de já possuírem normas que tratam de assuntos correlatos ou de forma genérica, deve normatizar a exploração do comércio de jogos digitais de forma específica, com o intuito de evitar eventuais lacunas legais que já estão reconhecidamente presentes, conforme explicitado no caso envolvendo "DOTA", "League of Legends" e "Heroes of Newerth", bem como das empresas Vostu e Zynga.

O instituto da responsabilidade civil, em conjugação à Propriedade Intelectual, integram o regime jurídico aplicável a eventuais conflitos envolvendo os jogos digitais.

E na aplicação da responsabilidade civil, deve-se levar em conta as particularidades do mercado em que estão inseridos os jogos digitais, sob pena de a sanção civil aplicável à espécie afigurar-se verdadeiramente ineficaz.

Com efeito, não se pode mais ignorar o mercado em que estão inseridos os jogos digitais, que a cada dia adquire maior relevância e complexidade, exigindo-se uma atenção especial do legislador e dos aplicadores do Direito.

REFERÊNCIAS

ABRAGAMES, Disponível em: <http://www.abragames.org/objetivos_e_acoes/>. Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Marcos Elidius Michelli de. **Abuso de Direito e Concorrência Desleal**. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BABILÔNIA. **Código de Hamurabi**. 1500 a.C. Disponível em: <<http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/codigo-de-hamurabi/codigo-de-hamurabi.php>> Acesso em: 1 de agosto de 2013.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BARRAL, Welber, **O Brasil e o protecionismo**. São Paulo, Editora Aduaneiras, 2002.

BERNA. **Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas**, de 9 de setembro de 1886. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/decreto-75699.pdf>> Acesso em: 11 de julho de 2013.

BERNARDES, Ricardo Dorta. **Entrevista I. [jun. 2013]**. Entrevistador: Daniel Augusto Gontijo Bueno. Sorocaba, São Paulo. A entrevista encontra-se transcrita na íntegra no Apêndice I.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos morais**. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. 1v. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 5 de agosto de 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 5 de agosto de 2013.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 5 de agosto de 2013.

BRASIL. Foro de Barueri, 3ª Vara Cível. Ação de Indenização por Dano Material. Processo nº 0013665-30.2010.8.26.0068. São Paulo. Juíza Leonete Maria da Silva. Data de Julgamento: 27/09/2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?localPesquisa.cdLocal=68&processo.codigo=1WZ1NM9XQ0000&processo.foro=68>> Acesso em: 28 de outubro de 2014.

BRASIL. Lei n. 5.988 de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm> Acesso em: 5 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei n. 9.279 de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm> Acesso em: 5 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei n. 9.609 de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9609.htm> Acesso em: 5 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei n. 9.610 de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm> Acesso em: 5 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei n. 12.529 de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 5 de agosto de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1158622/RS, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma.). Data de Julgamento:15/03/2012. Data de Publicação: DJe 22/03/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901879080&dt_publicacao=22/03/2012> Acesso em: 10 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 850487 Rio de Janeiro 2006/0247420-6. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP). Data de Julgamento: 05/11/2009. T4 - QUARTA TURMA. Data de Publicação: DJe 08/02/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8600829/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-850487-rj-2006-0247420-6-stj>> Acesso em: 10 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº: 565924 RS 2003/0127389-0, Relator: Ministro Jorge Scartezini. Data de Julgamento: 21/10/2004, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJ 17/12/2004 p. 561. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7236597/recurso-especial-resp-565924-rs-2003-0127389-0?ref=topic_feed> Acesso em: 1 de agosto de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788459 BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJ 13/03/2006 p. 334. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006> Acesso em: 1 de agosto de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 887686 RJ 2006/0204942-5. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 23/11/2010. T4 - Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 26/11/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17668101/recurso-especial-resp-887686-rj-2006-0204942-5-stj>> Acesso em: 10 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1188105/RJ 2010/0057020-0. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 05/03/2013. T4 – Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 12/04/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000570200&dt_publicacao=12/04/2013> Acesso em: 1 de agosto de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1192208 MG 2010/0079120-5. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 12/06/2012. T3 – Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 02/08/2012. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106232&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=resp%201192208> Acesso em: 1 de agosto de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.354.536-SE, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 26/3/2014 T4 – Quarta Turma. Data de Publicação: 04/02/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/65661231/stj-04-02-2014-pg-6390>> Acesso em: 1 de agosto de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1403865/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Data de Julgamento: 07/11/2013, Data de Publicação: DJe 18/11/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302073900&dt_publicacao=18/11/2013>. Acesso em: 1 de agosto de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 455846 RJ, Relator: Ministro Celso De Mello, Data de Julgamento: 11/10/2004, Data de Publicação: DJ 21/10/2004 PP-00018 RDDP n. 22, 2005, p. 160-163. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14795332/agravo-de-instrumento-ai-455846-rj-stf>> Acesso em: 1 de agosto de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 100790626399050011 MG 1.0079.06.263990-5/001(1), Relator: Des. Alberto Henrique, Data de Julgamento: 02/10/2008, 13ª Câmara Cível, Data de Publicação: 17/11/2008 Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=284EC4AD7D26FEAF28659B294EE9AF55.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.06.263990-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0145.04.154413-4/001, Relator: Des. Irmair Ferreira Campos, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Julgamento: 01.6.2006 Data de Publicação: 22/06/2006. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=284EC4AD7D26FEAF28659B294EE9AF55.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1544134-18.2004.8.13.0145&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20070111407972 DF 0053565-60.2007.8.07.0001, Relator: Simone Lucindo, Data de Julgamento: 02/04/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 11/04/2014 . Pág.: 126 Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&CHAVE=0053565-60.2007.8.07.0001&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 11 de agosto de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Apelação Cível nº 200002010180298/RJ, 2000.02.01.018029-8, Relator: Desembargador Federal Reis Friede, Data de Julgamento: 20/03/2002, Segunda Turma. Publicação: DJU 28/08/2002 Página: 236 Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0CC8QFjAE&url=http%3A%2F%2Fjurisprudencia.trf2.jus.br%2Fv1%2Ffsm%2Ftrf2nas.trf.net%2FGSA%2Finfojur%2Finformativo_016.pdf&ei=0vvsVJC0K-IsQTr7YKYBQ&usg=AFQjCNGNFfpStIA8z6ZwBCuQicVNjvHPA&sig2=oPN2C9ewm7cVC4llQ5Y_pA&bvm=bv.86475890,d.cWc> Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARPAL, Filipe Fonteles. **Diluição de Marca**: Uma teoria defensiva ou ofensiva?. Revista da ABPI n. 58, 01/05/2002. Disponível em: <http://ld2.ldsoft.com.br/portal_webseek/detalhe_assuntos.asp?gint_assunto=10&gint_materia=667&gint_pagina=13&gint_pagina_pesquisa=28> Acesso em: 10 de julho de 2013.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CGCOM. **Patente**. Atualizado em: 5 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/patente_1351691647905#14> Acesso em: 28 de outubro de 2014.

CGCOM. **Programa de Computador**. Publicado em: 31 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/programa_de_computador_1351692237105#1> Acesso em: 28 de outubro de 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.1. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Dahyana Siman Carvalho da. **Concorrência Desleal**. s/d. Disponível em : <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9121&revista_caderno=8> Acesso em: 10 de julho de 2013.

CRIADA a Activision Blizzard, maior empresa de videogames do mundo. **Terra Games**. 10/07/2008. Disponível em: <<http://games.terra.com.br/noticias/0,,OI3001281-EI1702,00-Criada+a+Activision+Blizzard+maior+empresa+de+videogames+do+mundo.htmlM>> Acesso em: 13 de julho de 2013.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. **Direito de Defesa da Concorrência: MERCOSUL e União Européia**. ed. São Paulo: Manoele, 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DISCOVERY CHANNEL BRASIL. **Game Culture: A Era do Videogame**, 2007. Disponível em: <<http://www.discoverybrasil.com>> Acesso em: 13 de julho de 2013.

ESTOCOLMO. **Convenção para o Estabelecimento da Organização Mundial da Propriedade Intelectual**. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OM-PI/Org_mundial_propriedada_intelectual.htm> Acesso em: 5 de agosto de 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 12ª edição, 2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Lei de Proteção da concorrência, comentários à legislação antitruste**: Rio de Janeiro, Editora Forense, 3ª edição, 2007.

FRIZZO, Juliana Piccinin. **Responsabilidade civil das sociedades pelos danos ambientais.** 04/2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4129/responsabilidade-civil-das-sociedades-pelos-danos-ambientais>> Acesso em: 1 de agosto de 2013.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva.** *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 4, nº 16, p. 101-127, julho-agosto/2003. Disponível em: <<http://www.epm.sp.gov.br/Publicacoes/CadernosJuridicosView.aspx?ID=3190>> Acesso em: 20 de julho de 2013.

GAZEL, Ronaldo. **Gamificação: conceitos e aplicações – Parte 1.** Disponível em: <<http://www.publiminas.com.br/2014/09/gamificacao-conceitos-e-aplicacoes-parte-1/>> Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

INDIA. **Código de Manu.** 200 a.C. Disponível em: <<http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>> Acesso em: 20 de julho de 2013.

JOGOS, Blizzard Entertainment. Disponível em: <<http://us.blizzard.com/pt-br/games/>> Acesso em: 1 de agosto de 2013.

JUSTIÇA mantém proibição de game de ação por uso indevido de funk brasileiro. **R7 Notícias. Tecnologia e Ciência.** 18/11/2010. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/noticias/justica-mantem-proibicao-de-game-de-acao-por-uso-indevido-de-funk-brasileiro-20101118.html>>. Acesso em: 1 de agosto de 2013.

LIMA, Taisa Maria Macena de. **Direito à reparação civil do nascituro por morte do genitor em acidente de trabalho - dano moral e personalidade do nascituro.** In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades IV: teoria e prática no direito privado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MEDINA, Bruno. **O jogo como arte e a lei de Direitos Autorais no Brasil.** Publicado em: 23/07/2010. Disponível em: <<http://confrariahitech.blogspot.com.br/2010/06/o-jogo-como-arte-e-lei-de-direitos.html>> Acesso em: 14 de setembro de 2014.

MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral.** ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MCCURLEY, Mathew. **The Lawbringer: Blizzard and Valve settle on DOTA.** Publicado em 18/05/2012. Disponível em: <<http://wow.joystiq.com/2012/05/18/the-lawbringer-blizzard-and-valve-settle-on-dota/>>. Acesso em 12 de setembro de 2014.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa.** ed. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações**. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Gabriel. **Valve arrecada US\$ 30 milhões com Compedium**. Publicado em 02/06/2014. Disponível em: <<http://www.mycnb.com.br/noticias/1649-valve-arrecada-us-30-milhoes-com-compedium>>. Acesso em: 12 de setembro de 2014.

ORRICO, Alexandre. Mercado brasileiro de games já é o quarto maior do mundo e deve continuar a crescer. **Folha de São Paulo**. 8/10/2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/1165034-mercado-brasileiro-de-games-ja-e-o-quarto-maior-do-mundo-e-deve-continuar-a-crescer.shtml>> Acesso em: 13 de julho de 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. ed. Rio de Janeiro: Forense, 9ª ed., 2001, p. 8.

PETRÓ, Gustavo. Cerca de 30% dos brasileiros têm videogame, diz pesquisa do Ibope. **G1. Tecnologia e Games**. 30/03/2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/03/cerca-de-30-dos-brasileiros-tem-videogame-diz-pesquisa-do-ibope.html>> Acesso em: 13 de julho de 2013.

PINTO, Gabriela Muniz. **Direitos Autorais**. Sem Local. Publicado em 02/07/2012. Disponível em: <<http://www.swisscam.com.br/manager/4.5-direitos-autorais.html>> Acesso em: 10 de setembro de 2014.

RAO, Leena. **After Zynga Settlement, Layoffs Hit Brazilian Social Gaming Company Vostu**. Publicado em: 13 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://techcrunch.com/2012/02/13/after-zynga-settlement-layoffs-hit-brazilian-social-gaming-company-vostu/>> Acesso em: 3 de julho de 2014.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v.1. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. **História do Direito**. ed. São Paulo: Montecristo. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, Volume IV**, ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual**. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

ROSENVALD, Nelson, Cristiano Chaves de Farias e Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil - v.3 - Responsabilidade Civil**. ed. Belo Horizonte: JusPodivm. 2014.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Elisabete Teixeira Vido dos. **Direito Comercial**. 8ª. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2009. pág. 36.

SALOMAO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as condutas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SALOMAO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SHARP JÚNIOR, Ronald Amaral. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.

SILVA, Alberto Luís Camelier da. **Aspectos cíveis da concorrência desleal no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

SILVA, Roberto de Abreu e. **A falta contra a legalidade constitucional**. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

SOARES. José Carlos Tinoco. **Marca vs. nome comercial: conflitos**. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUCCESSO de Wii e PlayStation 3 cria onda de videogames falsificados. **G1. Tecnologia e Games**. 06/04/08. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL388734-6174,00-SUCCESSO+DE+WII+E+PLAYSTATION+CRIA+ONDA+DE+VIDEOGAMES+FALSIFICADOS.html>> Acesso em : 11 de julho de 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. v. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. v. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Vídeo feito pela Zynga contra a Vostu, Publicado em 24/06/2011. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=DwqUGHFGa7Y>> Acesso em: 14 de agosto de 2014.

ULHÔA, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1 v.

Apêndice I

Entrevista realizada nos dias 26.07.2013 e 01.08.2013

Entrevistador: Daniel Augusto Gontijo Bueno (D.)

Entrevistado: Ricardo Dorta Bernardes (R.)

Sorocaba, São Paulo.

D.: - Bom dia Ricardo, tudo bem?

R.: - Tudo bem Daniel e com você?

D.: - Tudo ótimo. Conforme comentei, meu tema da dissertação de mestrado trata justamente de uma das áreas de atuação da sua empresa: jogos digitais. Assim, gostaria que você respondesse algumas perguntas.

R.: - Claro, estamos à disposição. Quais são suas dúvidas?

D.: - Seguinte, como não sou muito familiarizado com os conceitos básicos de computação, gostaria de começar por aí: O que é software, hardware e base de dados?

R.: - Software é o que você usa virtualmente, Hardware é o que você usa fisicamente. Software é todo programa de computador que você utiliza (Windows, Office etc). Hardware são as partes físicas (Placa de vídeo, monitor etc..). Banco de dados é um software de armazenamento de dados.

D.: - Do que um Jogo Digital é feito?

R.: - Um jogo digital é composto de código (linguagem em que ele é escrito), artes (design) e músicas e sons.

D.: - Tratando-se de Jogos Digitais, o que seria essencial e de interesse das empresas e engenheiros da computação de possuir proteção de direitos autorais e/ou patentes?

R.: - Normalmente preocupa-se com as imagens, sons e textos de um jogo nesta questão de direitos autorais. Mas a questão de patentes para consoles e novas tecnologias é bastante interessante e importante, como por exemplo a tecnologia do Xbox Kinect que detecta o movimento do corpo humano, totalmente inovadora e deve ter uma proteção adequada.

D.: - Você tem conhecimento de algum problema/caso envolvendo direito autoral ou concorrential nos Jogos Digitais? e nos Softwares?

R.: - Normalmente esse tipo de problema ocorre apenas com grandes sucessos. Um exemplo foi o que ocorreu com DOTA entre a Valve e a Blizzard, outro exemplo são os jogos disponibilizados através do "Facebook": "CityVille" e "MegaCity"

D.: - Seria interessante para o mercado de Jogos e para os desenvolvedores ter um suporte jurídico específico, ou as questões envolvendo esse tipo de produto/serviço não tem problemas sérios a ponto de precisarem de advogados?

R.: - Acho que seria bem interessante a criação de uma legislação específica para os jogos, principalmente em jogos com um grande potencial, visto que assim que eles despontam, diversas cópias ou jogos parecidos começam a aparecer. Empresas costumam plagiar a ideia do jogo e alterar apenas o "design" do mesmo, porém mantendo os mesmos princípios de jogabilidade. Não é justo um desenvolvedor gastar meses ou até anos de sua vida para colocar em prática uma ideia que teve sobre um novo jogo e, dias depois, uma outra empresa lançar um jogo praticamente idêntico, com relação aos detalhes que inovaram naquele jogo, como aconteceu com o "CityVille" e "MegaCity".

D.: - Entendi. Na Smyowl, por exemplo, vocês já registraram algum jogo ou outro produto produzido? O que você quis dizer com "texto" do jogo?

R.: - Na Smyowl o que nós sempre registramos são as imagens utilizadas, textos produzidos e nomes. Os textos que são utilizados no jogo. Por exemplo, temos um livro infantil cuja redação toda é registrada.

D.: - Muito obrigado pela ajuda Ricardo, se precisar de novas informações entro novamente em contato.

R.: - Disponha Daniel, estamos às ordens.