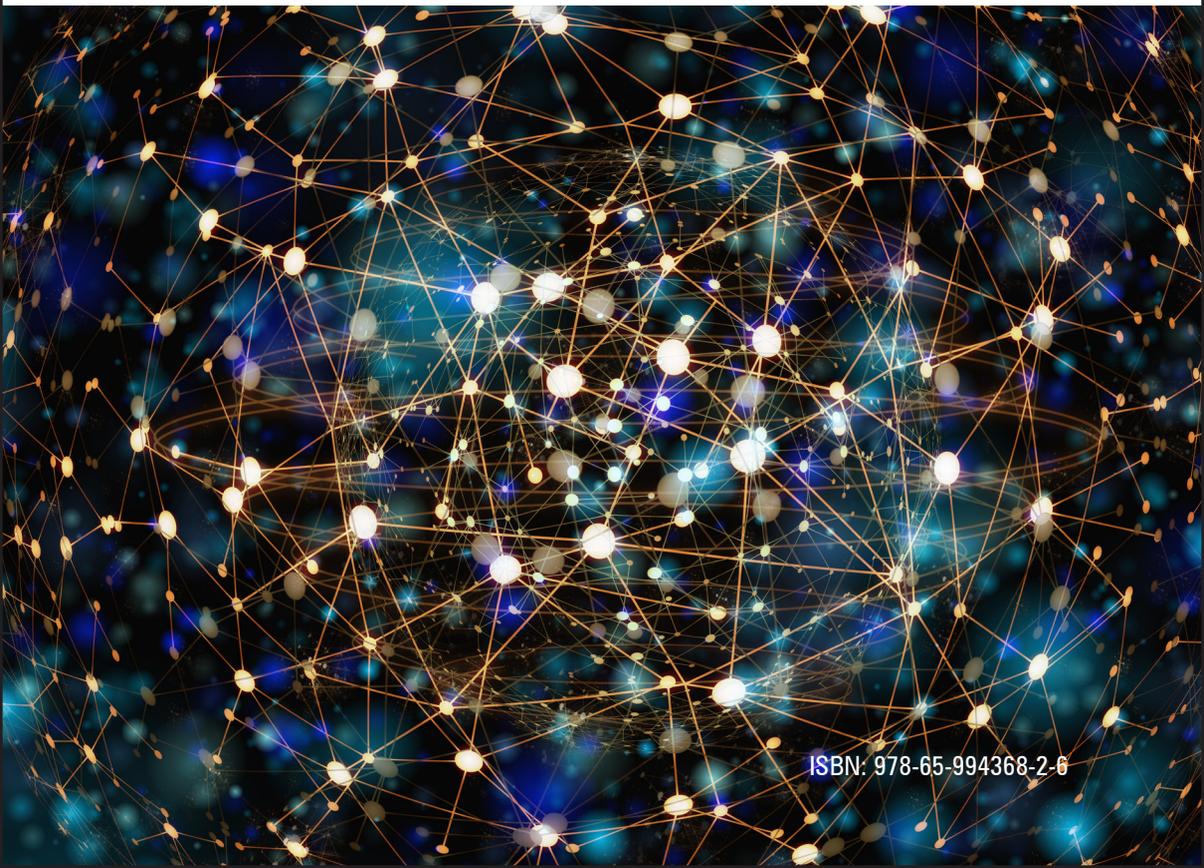


RESSURREIÇÃO DIGITAL

Aspectos Jurídicos e Repercussões

GUSTAVO FORTUNATO D'AMICO



ISBN: 978-65-994368-2-6

A missão do Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA é estimular estudos e reflexões acadêmicas sobre os Direitos Intelectuais na Sociedade Informacional, observando as oportunidades fornecidas pela tecnologia para maior inclusão social, tecnológica e cultural.

O IODA, por meio de pesquisa multidisciplinares e com parcerias institucionais, realiza estudos da Sociedade Informacional, analisando as dimensões legais, sociais, econômicas, tecnológicas e culturais da Revolução da Tecnologia da Informação e Comunicação.



IODA - INSTITUTO OBSERVATÓRIO DO DIREITO AUTORAL
R. XV de Novembro - n. 556 - cj 1308 - andar 13 - Cond. Lustoza
CEP: 80.020-310 - Curitiba - PR
Telefone: 55 (41) 99975-7250
E-mail: contato@ioda.org.br
<https://ioda.org.br/>
Prefixo Editorial: 994368

Conselho Editorial

Alexandre Libório Dias Pereira – Universidade Coimbra	Leticia Canut - Gedai/UFPR
Alexandre Ricardo Pessler – Gedai/UFPR	Liz Beatriz Sass – UFSC
Angela Kretschman – Gedai/UFPR	Luiz Gonzaga Silva Adolfo - ULBRA
Antonio Carlos Morato - USP	Manoel David Masseno – Ibeja/Portugal
Carlos A. P. de Souza – ITS/Rio	Marcelo Conrado – UFPR
Dario Moura Vicente – Univ. Lisboa/Portugal	Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor	Marcos Wachowicz – UFPR
Guilherme Coutinho Silva – Gedai/UFSC	Mariana Valente – InternetLab
Guilherme P. Moreno – Univ. Valência/Espanha	Pedro Marcos Nunes Barbosa – PUC/Rio
Heloisa Gomes Medeiros – UNDB	Rodrigo Moraes - UFBA
José Augusto Fontoura Costa – USP	Rodrigo Vieira - UFERSA
José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal	Sérgio Staut Júnior – UFPR
J. P. F. Remédio Marques – Univ. Coimbra/Port.	Valentina Delich – Flacso/Argentina
Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha	Victor Gameiro Drummond – EMERJ

Capa, projeto gráfico e diagramação: Sônia Maria Borba

Revisão: Luciana Reusing, Pedro de Perdígão Lana, Bibiana Biscaia Virtuoso,
Alice de Perdígão Lana, Heloisa G. Medeiros e Marcelle Cortiano

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

D'Amico, Gustavo Fortunato
D158r Ressurreição Digital: aspectos jurídicos e repercussões / Gustavo Fortunato D'Amico
– Curitiba: IODA, 2021.
173p.: 23cm

ISBN: 978-65-994368-2-6 [Recurso digital]
ISBN: 978-65-994368-4-0 [Recurso físico]

1. Direito de autor. 2. Propriedade intelectual. 3. Direito de imagem. I. Título.

CDD 342.0858 (22.ed)
CDU 342.721

Creative Commons 4.0
(CC BY 4.0)



GUSTAVO FORTUNATO D'AMICO

RESSURREIÇÃO DIGITAL

Aspectos Jurídicos e Repercussões

Curitiba

 **IODA** INSTITUTO OBSERVATÓRIO
DO DIREITO AUTOCAL

2021

PREFÁCIO

Recebi o convite para escrever o prefácio com muita satisfação, pois conheço a trajetória acadêmica de Gustavo Fortunato, acompanhei de perto suas pesquisas durante o seu mestrado e também como seu orientador quando da elaboração de sua dissertação aqui na Universidade Federal do Paraná.

Observei seu interesse com relação às novas tecnologias e o Direito, em especial as que estão sendo utilizadas para criação digital de obras audiovisuais, recriando interpretações digitais de artistas e interpretes.

Conheci o Gustavo Fortunato há vários anos, quando ainda, sempre com intensa atividade acadêmica e profissional, buscava temas novos e desafiadores em seus primeiros passos no mestrado.

A presente obra é fruto de intensas reflexões sobre as dimensões dos Direitos Intelectuais na criação de obras digitais, com uma metodologia inovadora na construção do pensamento jurídico sobre a tutela das obras advindas de projetos de ressurreição digital. Atualmente se verifica um aumento exponencial de recriação digital de artistas falecidos, sendo um novo nicho comercial da indústria de audiovisual o uso desta nova tecnologia. Para tanto, o autor apresenta questionamentos necessários para a compreensão da tutela jurídica dos projetos de ressurreição digital.

A contraposição dos modelos clássicos de produção cultural, nos quais os artistas em vida concordavam previamente com a realização da produção, do conteúdo estético e artístico da obra audiovisual, aprovando sua participação no projeto que seria desenvolvido pela indústria cinematográfica, agora com a produção de ressurreição digital o ator falecido, será totalmente recriado sem que haja anuência ou manifestação de vontade, deixando-se isto a cargo de terceiros.

O impacto das novas tecnologias na indústria do audiovisual sempre esteve e está muito presente, contudo, jamais tiveram alcances tão profundos, ensejando por isso questionamentos importantes sobre a forma de salvaguardar juridicamente os direitos dos interpretes sobre projetos de recriação digital, tal como o projeto de ressurreição digital e seus contratos celebrados entre herdeiros e empresas do setor.

O pensamento subjacente nesta obra se revela paulatinamente na fluência do texto, na homogeneidade da escrita, fazendo com que o leitor perceba que está diante de uma doutrina sólida e consistente.

O leitor encontrará aqui um estudo de direito comprado com o Direito Americano considerando os inúmeros projetos de ressurreição digital desenvolvidos pela indústria do entretenimento estadunidense, nas quais temos a utilização da imagem de celebridades *post-mortem*.

Por certo será um livro de referência aos estudiosos dos temas ligados aos direitos envoltos na criação de projetos de ressurreição digital, como também de consulta quanto a aplicação de projetos análogos, seja para artistas e intérpretes, como também pela própria indústria do audiovisual, pois afeta a todos, inclusive os herdeiros.

Os estudos por certo não esgotam o tema, mas antes abrem novos caminhos a percorrer nesta nova modalidade de criação de obras no entorno digital.

Com efeito, a presente obra é de leitura obrigatória aos estudiosos do direito, as críticas e conclusões que chegaram os autores propiciam um espectro amplo que é terreno fértil e excelente para novos estudos.

Este livro tornar-se-á, desta forma, obra de leitura obrigatória a todos os profissionais da área e para aqueles que pretendam compreender a dinâmica dos projetos de ressurreição digital e dos direitos envoltos nas empresas do setor do entretenimento.

Só nos cabe, sobre os temas abordados, ressaltar que estamos diante de estudos aprofundados e sérios, desejando uma leitura proveitosa a todos.

Marcos Wachowicz

Professor de Direito - UFPR

APRESENTAÇÃO

O mundo do entretenimento sempre foi algo extremamente fascinante, pois é capaz de mexer com a imaginação de todos, transportando às mais diferentes realidades e mexendo de forma considerável com as emoções.

A presente obra aborda uma das tecnologias que promete revolucionar e expandir ainda mais a força da indústria do entretenimento e sua importância para os demais setores que, de alguma forma, se relacionam com ela. Essa tecnologia é a recriação digital de artistas e interpretes, na grande mídia, esse processo recebe o nome de ressurreição digital.

Visando a manutenção da relevância de artistas após a morte, a ressurreição digital se apresenta como uma possível forma de contornar as limitações que haviam anteriormente para a exploração da imagem e fama desses artistas, os quais não poderiam mais estrelar em filmes, propagandas ou subir aos palcos.

A ressurreição digital mudou esse cenário. Não é raro encontrar os mais diversos anúncios de filmes e turnês com artistas que faleceram há décadas, colocando-os em evidencia novamente e fazendo girar todo o mercado associados a eles.

Contudo, esse estudo desenvolvido por Gustavo Fortunato D'Amico objetiva apresentar ao leitor uma análise de como a ressurreição digital de intérpretes impacta na propriedade intelectual, nos direitos de imagem e nos contratos do mercado audiovisual brasileiro.

A relevância do tema se faz por conta da ampla difusão de projetos de recriação digital de artistas falecidos no mercado internacional, fazen-

do com que a sua chegada no Brasil seja apenas uma questão de tempo. Dessa forma, não conhecer as implicações que o uso dessa tecnologia no país pode acarretar para esses empreendimentos, faz com que aqueles que optarem por se aventurar nesse nicho comercial possam estar sujeitos à diversas fragilidades legais capazes de inviabilizar tais projetos.

Para tanto, o autor apresenta questionamentos pertinentes para compreender como ficam a tutela dos projetos de ressurreição digital, uma vez que eles, em essência, procuram emular outros artistas que não tem condição de autorizar tais projetos.

Cria-se, assim, uma atmosfera jurídica para compreensão da legislação basilar para a tutela dos projetos de ressurreição digital, objetivando compreender o fenômeno com questionamentos que vão desde os aspectos mercadológicos dessa tecnologia, para entender qual é a sua importância e relevância para o mercado. Passando pelas implicações que tais usos podem trazer para os direitos autorais das novas obras protagonizadas por esses artistas recriados, ao passo em que se discute, na sequência, as particularidades e problemáticas desses projetos para os direitos da personalidade, em especial o direito de imagem. Buscando assim, como regularizar tais utilizações com base no direito nacional, ao passo em que é apresentado soluções de outro país para questões similares, na busca de encontrar um norte para eventual reforma legislativa.

Ao final, o autor espera que o leitor esteja munido de informações suficientes para que possa melhor compreender o fenômeno da ressurreição digital e conseguir lidar e solucionar os casos práticos que apareçam no mercado brasileiro.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	11
1 A INDÚSTRIA CULTURAL E A RESSURREIÇÃO DIGITAL	15
1.1 A RESSURREIÇÃO DIGITAL DENTRO DOS CONCEITOS DE INOVAÇÃO DO MANUAL DE OSLO	27
1.1.1 Inovação de produto	34
1.1.2 Inovação de processo	36
1.1.3 Inovação de marketing	37
1.1.4 Inovação organizacional	38
1.2 O PROCESSO DE RESSURREIÇÃO DIGITAL	39
1.2.1 A ressurreição de Peter Cushing	40
1.2.2 A ressurreição de Salvador Dalí	42
2 DIREITO DOS INTÉRPRETES NA RESSURREIÇÃO DIGITAL	47
2.1 DIREITOS AUTORAIS	48
2.2 OS INTÉRPRETES	57
2.3 OS DIREITOS DOS INTÉRPRETES	60
2.3.1 Os direitos patrimoniais	61
2.3.2 Os direitos morais	63
2.3.2.1 <i>Direito de paternidade</i>	64
2.3.2.2 <i>Direito de integridade</i>	69
3 O DIREITO DE IMAGEM DIANTE DA RESSURREIÇÃO DIGITAL	75
3.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	76
3.2 DIREITO DE IMAGEM	79
3.3 INTRANSMISSIBILIDADE	88
3.4 O DIREITO DE IMAGEM <i>POST MORTEM</i>	90

4 CONTRATOS DE RESSURREIÇÃO DIGITAL	101
4.1 NEGÓCIOS PROCESSUAIS	102
4.2 <i>PACTUM DE NON PETENDO</i>	110
5 A RESSURREIÇÃO DIGITAL NOS ESTADOS UNIDOS.....	127
5.1 O <i>COMMON LAW</i> AMERICANO	128
5.2 A CONSTRUÇÃO DO <i>RIGHT OF PUBLICITY</i>	131
5.3 O <i>RIGHT PUBLICITY POST MORTEM</i>	140
5.4 CRÍTICAS AO <i>RIGHT OF PUBLICITY</i>	147
5.5 <i>RIGHT OF PUBLICITY</i> NO BRASIL	151
CONCLUSÃO	157
REFERÊNCIAS.....	163

INTRODUÇÃO

A morte de artistas traz significativa repercussão na indústria cultural. Pois, além de representar a finitude da carreira do artista, do ponto de vista prático, ela pode resultar em sérios prejuízos aos estúdios, gravadoras e demais empresas do setor, provindos desde a necessidade de readequação de projetos até, e não raras vezes, sua inviabilização por completo dos trabalhos.

Em vista disso, as empresas começaram a utilizar métodos e subterfúgios tecnológicos para adaptar a imagem do falecido artista às obras em andamento, justamente para evitar prejuízos maiores. Todavia, até então, nunca conseguiram criar uma interpretação inteiramente nova.

As obras lançadas postumamente não são novidades no setor de entretenimento e o problema é mais antigo do que aparenta. Pois, ao longo dos anos, ao exemplo do audiovisual, diversas obras já precisaram ser concluídas após a morte de um intérprete, como ocorreu nos filmes: “Gladiador”, “Jogo da Morte” e “O Mundo Imaginário do Dr. Parnasuss”.

Os estúdios, até então, recorriam a recursos escassos como imagens já gravadas, ou, até mesmo, contratavam novos atores para substituir o falecido. Seja qual fosse o modelo adotado, os estúdios se encontravam extremamente limitados em suas opções. Isto porque, a técnica até então utilizada para o desenvolvimento das obras póstumas, consistia no aproveitamento das interpretações já fixadas em gravações pré-existentes do ator, as quais eram cuidadosamente justapostas ao novo projeto, o que, por consequência, deixava a interpretação do ator restrita ao contido no material de origem, limitando o desenvolvimento das obras novas.

É dentro desse cenário, que a ressurreição digital¹ vem com o intuito de solucionar tal dificuldade, pois, por meio dela, é possível, tecnicamente, recriar digitalmente uma celebridade para inseri-la em uma nova obra audiovisual.

Na ressurreição digital a “participação” póstuma é muito divergente daquilo que era costumeiramente feito, pois, tal técnica, rompe a barreira da mera justaposição trazendo ao espectador a oportunidade de ver uma “interpretação” completamente nova do artista. Contudo, referido modelo é fonte de controvérsias entre as empresas do ramo, artistas, herdeiros e, também, na sociedade em geral, principalmente, na academia, tendo em vista que o método utilizado traz consigo alguns questionamentos quanto aos usos póstumos desses artistas.

Enquanto que nos modelos clássicos de produção cultural os artistas ainda em vida concordavam previamente com a realização das obras, demonstrando antecipadamente que aprovam o projeto a ser desenvolvido, no modelo da ressurreição digital, por sua vez, o ator inteiramente recriado já é falecido quando do momento da sua “contratação”, ficando a manifestação de vontade e anuência a cargo de terceiros.

Por consequência, essa tecnologia tem gerado certa insegurança para os intérpretes, os quais temem o uso indiscriminado de suas aparências após suas mortes. Mas, outros defendem a utilização da tecnologia como uma forma de segurança pecuniária para seus herdeiros.

Essa mudança de paradigma trouxe um impacto significativo para mundo do entretenimento, colocando o tema no centro das principais discussões ligadas ao mercado cultural. Com o nascimento de novo nicho de mercado novos problemas surgiram e com eles a necessidade de se tomar cuidados nas relações jurídicas entre os artistas da cadeia de produção, que tal tecnologia congloba, e empresários do setor de entreteni-

¹ A etimologia da palavra ressurreição vem do latim *resurrectio*. O seu significado pode ser descrito como sendo o ato ou efeito de ressurgir ou de ressuscitar, ou, ainda, o retorno da morte à vida (Michaelis, 2020). No presente trabalho, a expressão ressurreição digital será utilizada para se referir àqueles projetos em que artistas já falecidos são recriados, trazidos à vida, por meio de tecnologia computacional, a fim de proporcionar ao público a impressão (experiência) de que estão diante do próprio artista recriado e de obras novas.

mento. Nesse tipo de esquema, deve-se se atentar, com muito cuidado, à forma de contratação e disposição dos direitos, justamente para que aqueles artistas já falecidos sejam replicados pela nova tecnologia sem que haja violação de seus direitos.

O presente trabalho tem por objetivo analisar de que forma a ressurreição digital de artistas e intérpretes impacta na propriedade intelectual, nos direitos de imagem e nos contratos do mercado audiovisual brasileiro. Contudo, a presente pesquisa não objetiva a apreciação quanto aos aspectos ligados à moralidade ou eticidade da realização de tais projetos.

Ao observar tal cenário, surgem alguns questionamentos e apontamentos importantes que devem ser dirimidos: i) a necessidade de se verificar qual o real interesse da indústria cultural na utilização dessa tecnologia; ii) a forma de salvaguardar juridicamente dos direitos dos intérpretes sobre tais interpretações desenvolvidas; iii) a legitimidade dos herdeiros na atuação como protetores do legado do artista recriado digitalmente e iv) a influência jurídica disso nos contratos celebrados entre herdeiros e empresas do setor.

Ademais, o presente trabalho objetiva especificamente esclarecer o que é a ressurreição digital, qual a sua atratividade para o mercado e como ela se enquadra dentro dos conceitos de inovação; quais inseguranças jurídicas que traz para o direito dos intérpretes; de que forma as limitações existentes no direito de imagem podem afetar os projetos de ressurreição digital e quais os cuidados que deverão ser observados na hora de celebrar tais parcerias a fim de minimizar os riscos trazidos pelo projeto.

Para atingir os objetivos propostos, primeiramente, realizar-se-á um levantamento, a partir de notícias e artigos sobre o tema, para identificar qual é a importância que as celebridades possuem no mercado cultural, com a intenção de se dimensionar a magnitude da tecnologia da ressurreição digital e o porquê de ela ser tão atrativa ao setor de entretenimento. Em seguida, observar-se-á como essa tecnologia se enquadra nos tipos de inovação previstos no Manual de Oslo, a partir de casos práticos observados na indústria cultural. Ainda, analisar-se-á as principais

modalidades de realização de tais projetos, objetivando verificar quais são os prováveis desafios a serem enfrentados pelo direito quando for necessária a resolução de conflitos entre os envolvidos no projeto de ressurreição digital.

Analisar-se-á, em seguida, os direitos dos intérpretes à luz da Lei 9.610/98, da doutrina, legislação e de artigos científicos sobre o tema. Ainda, serão levantados quais os objetos de tutela dos direitos dos intérpretes, para que seja possível constatar se ao artista recriado caberá algum direito autoral sobre as novas obras ou se a autoria apenas pertence ao artista contratado para desenvolver a performance e dar vida ao modelo digital.

Estudar-se-á o direito de imagem conforme estabelecido no Código Civil e, também, tratado pela doutrina e jurisprudência. Para tanto, levantar-se-á as características principais do direito de imagem, bem como, sua forma de flexibilização para pessoas públicas e celebridades. Somando-se a isso, levantar-se-á discussões acerca do papel do herdeiro na gestão post mortem e suas limitações sobre os direitos personalíssimos do falecido ator.

Em seguida, observar-se-á, com base na doutrina, legislação e artigos científicos, como os negócios processuais, principalmente na figura dos acordos de *non petendo*, podem ser trabalhados para embasar os contratos celebrados que envolvem projetos de ressurreição digital, objetivando trazer mais segurança às empresas que desejam explorar essa tecnologia no país e aos artistas.

Por fim, estudar-se-á de que forma o direito americano, tendo em vista que a grande maioria dos projetos são desenvolvidos lá, lida com as questões atreladas à utilização da imagem de celebridades *post-mortem* e de que forma pode-se incorporar os institutos americanos ao direito brasileiro.

Com isso, espera-se que ao final do presente trabalho seja possível ter uma dimensão sobre os desdobramentos jurídicos que poderão surgir quando da aplicação da ressurreição digital de artistas e intérpretes pela indústria e de que forma isso afeta os artistas recriados, seus herdeiros e as empresas do setor de entretenimento.

A INDÚSTRIA CULTURAL E A RESSURREIÇÃO DIGITAL

A indústria cultural, ou indústria do entretenimento, é um mercado global que apresenta uma média de crescimento anual de 4,2% de receitas do setor e tem o potencial para movimentar em torno de US\$ 2,23 trilhões em 2021, conforme dados da PwC (2017).

O estudo avaliou 17 segmentos em 54 países, os quais representam cerca de 80% da população mundial e, só no Brasil, a estimativa do setor é de US\$ 43,7 bilhões em 2021. Além disso, o setor de entretenimento é responsável por aproximadamente 6% do mercado de trabalho brasileiro, o que representa 25 milhões de empregos diretos e indiretos no mercado nacional (CRUZ, 2020).

Essa indústria, como visto, é composta por diversas empresas que atuam em setores distintos do mercado, mas que possuem o objetivo comum de uma produção em larga escala de bens culturais para consumo de massa.

Sobre esse viés industrial da produção de ativos culturais, leciona Machado (2017, p.173):

A indústria cultural começou a ser entendida como o conjunto de organizações de produção, distribuição e disseminação de conteúdos e bens científicos e artísticos padronizados, objetivando principalmente o lucro e a formação da cultura de massa, em detrimento da demanda ou expressões autênticas da cultura popular.

É importante destacar a distinção que o doutrinador faz entre cultura pop (cultura de massa) e cultura popular, justamente para entender a movimentação do mercado cultural. Em essência, a cultura pop é o entretenimento de massa, que possui uma grande aceitação pelo público em geral e que, de alguma forma, se torna uma referência comum, ordinária, independentemente de significar algo positivo ou negativo. Por sua vez, a cultura popular se trata da emanção da sabedoria e tradições de um povo, ou seja, é aquela cultura que não parte da indústria, mas tão somente, da tradição dos povos (MACHADO, 2017).

Cumprido destacar que existem autores, como Horkheimer e Adorno (2020), que rejeitam a utilização da expressão “cultura de massa”, pois acreditam que o nome leva a crer que essa cultura emanaria do povo, das bases para cima. Quando, em verdade, o que existe é uma indústria cultural cujo objetivo é a criação da cultura de forma planejada e servindo como ferramenta de controle das classes mais baixas, dominadas. Essa Indústria, em seu *modus operandi*, teria como principal atributo a remoção do caráter artístico das obras, substituindo-o por uma visão muito mais de produto, com foco na distribuição desse conteúdo em larga escala como qualquer outro objeto de consumo (ADORNO, 2020).

Ao refletir sobre essa indústria e os produtos criados por ela, é comum apontar elementos como filmes, músicas, shows, programas de TV, *vídeo games* e etc., mas a intenção industrial não recai apenas nesses elementos. Isso porque, ao se analisar mais detidamente este setor, percebe-se claramente que as maiores *comodities* da indústria do entretenimento são, na verdade, as celebridades. Elas possuem um papel de suma importância no mercado, uma vez que a sua imagem, ou nome, quando associados a produtos, ou serviços, servem como uma poderosa ferramenta para validá-lo e para influenciar o comportamento dos consumidores. Como, por exemplo, o ocorrido no caso da indústria dos diamantes, a qual, entre os anos 1938 e 1945, obteve aumento significativo de 55% na comercialização dos produtos logo após a sua vinculação com a imagem das celebridades, associado, ainda, ao estilo de vida levado por elas, construindo um ideal de comportamento (BURROWES, 2008).

Sobre o poder comercial das celebridades, é fundamental compreender a explanação de Vaver (*apud* BARBOSA, 2015) sobre o referido tema. Para ele a descoberta da possibilidade de influenciar o comportamento de outras pessoas por meio da posição que as celebridades ocupam no imaginário coletivo, levou essas celebridades a descobrirem mais formas de rentabilizar sobre a própria fama, vendendo bens e serviços que vão além de filmes, *shows*, discos, podendo se estender até mesmo a bens que parecem completamente distantes do seu ramo de atividade, tudo por força da sua imagem. Surge, assim, a necessidade de os anunciantes, quando possível, associar a sua marca ao famoso, na expectativa de que isso traga novos consumidores.

A explanação de Vaver coaduna com o contido na obra de Guimarães (2007, p. 161), para quem as celebridades têm tamanha influência sobre os consumidores, ou a um grupo específico de consumidores, que a mera participação delas em anúncios, seja para aconselhar ou recomendar o uso de produtos ou serviços, ou simplesmente vincular sua imagem a eles, pode, por vezes, transmitir uma falsa sensação de segurança para os consumidores acerca da qualidade daquilo que está sendo comercializado.

Percebe-se que as celebridades têm o poder de moldar comportamentos e validar produtos expostos no mercado, pois, segundo Campos (*apud* GUIMARÃES, 2007), a presença delas é capaz de desencadear uma resposta imediata do consumidor, tanto de forma consciente quanto inconsciente, fazendo com que o público associe o produto ao conceito social preexistente trazido pela celebridade. Por essa razão, a figura da celebridade passa a ter um valor real de mercado, pois, como visto no caso dos diamantes, seu poder de influência vai além das fronteiras do mercado de entretenimento, servindo para impulsionar outros setores da economia.

Contudo, como aponta Machado (2017), a construção de uma celebridade é um processo complexo e que requer a aplicação de uma série de condições de forma coordenada. Sendo necessário, com ajuda da mídia, que haja a sujeição do público à exposição frequente da celebridade, até que ela seja amplamente reconhecida e adorada. Isso porque, tal ado-

ração é o elemento primordial para transformação da imagem da pessoa em algo comercialmente atrativo.

Nesse sentido, Morin compara o processo de criação de uma celebridade a um processo de divinização, o qual, se bem executado, torna a estrela em uma mercadoria (*apud* MACHADO, 2017, p. 179), pois, em tese, não haveria um aspecto sequer dessas celebridades que não poderia ser utilizado para vender alguma coisa para alguém. Afinal, as técnicas industriais de racionalização e uniformização empregadas por esse sistema conseguem transformar essas pessoas em produtos destinados ao consumo das massas. Nesse sentido, o autor afirma que a celebridade tem todas as virtudes de qualquer outro produto fabricado e comercializado, com uma distinção fundamental: essa estrela-mercadoria não se perde nem se reduz quando consumida.

Ainda, sobre a celebridade enquanto produto do mercado, é válido apontar o contido na obra de Matta (2012, p.89), o qual explica que dizer que a celebridade é tratada como marca pela indústria cultural consiste, na verdade, em reconhecer que existe um planejamento para a construção dessas pessoas e do significado que elas irão transmitir ao público. O que se pretende, ao final, é atender demandas comerciais, por meio da associação de artistas a atributos positivos, a fim de que o consumidor, ao adquirir e utilizar o produto vinculados ao artista, possa se sentir próximo a esses atributos. O nome do artista, portanto, vira um símbolo para servir como um reforço positivo na tomada de decisão pelo consumidor.

Andrade (2008), com base na obra de Hofstede, olha para a criação da celebridade e seu impacto social como parte de uma manifestação cultural. Pois, os valores culturais de uma sociedade são compostos por: a) símbolos - palavras, imagens, objetos etc., que expressam significado dentro do grupo social; b) heróis - aquelas pessoas cujo valor é reconhecido socialmente; e c) rituais - atividades coletivas essenciais daquela sociedade. Dessa forma, para o autor, a celebridade pode ser comparada à figura do herói, vez que é capaz de representar as qualidades valorizadas pela cultura na qual ela está inserida, e o culto a elas "serve como estrutura estruturante, na medida em que fornece consenso, ou homogeneida-

de de concepções e, conseqüentemente, de integração entre os elementos de dados grupos sociais.” (ANDRADE, 2008, p.23).

Entretanto, Machado (2017), apresenta um argumento que vai de encontro ao de Andrade. Para ele, a celebridade não pode ser equiparada ao herói, pois, ao passo que o culto à celebridade está intrinsecamente ligado a frequentes investidas da mídia para manter a imagem dela em evidência constante, ensejando, com isso, seu reconhecimento e relevância, o herói, é aquele que adquire a sua posição perante o grupo em razão, unicamente, de seus feitos e conquistas. Nesse sentido, Boorstin (apud MACHADO, 2017, p. 182) atesta que: “Enquanto o herói era um grande homem, a celebridade é um grande nome.”

Ao reconhecer a celebridade como um fenômeno temporário, Matta (2012, p.89) aponta que “atualmente, certas celebridades, tratadas como marcas, apresentam características típicas de produtos do contemporâneo como: efemeridade e perecibilidade, entre outras, talvez por padecerem de superexposição”.

Como observado acima, a superexposição de uma celebridade pode ser um fator prejudicial para a sua carreira, assim como a contaminação negativa de sua imagem em razão de atitudes da sua vida particular (ANDRADE, 2008). Entretanto, para a presente pesquisa, o foco será direcionado para uma das causas de perecibilidade do status de celebridade, a falta de exposição em razão do falecimento.

A criação e manutenção de uma celebridade está diretamente ligada ao trabalho constante e planejado de exposição midiática, para que ela mantenha sua relevância perante o público fazendo-o consumir os diferentes produtos que lhe são ofertados, indo desde os produtos da própria indústria cultural - como filmes, músicas, shows etc. - até os produtos de outros setores - como carros, roupas, perfumes etc.- o que, por sua vez, mantém seu valor de mercado e justifica sua manutenção na grande mídia. Nas palavras de Pena (2002, p.148), “A mídia produz celebridades para poder realimentar-se delas a cada instante em um movimento cíclico e ininterrupto.”

Diversos são os artifícios e estratégias que as celebridades utilizam para se manter em evidência (MATTÁ, 2012), ou até mesmo para

voltar aos holofotes em caso de uma perda de status. O fato é que, enquanto em vida, uma personalidade pública pode se empenhar de diversas formas para atingir e manter-se como estrela. Contudo, o mesmo não pode ser dito sobre aquelas que já morreram, pois a morte significa o fim da sua capacidade de produzir conteúdo, o que, conseqüentemente, a retira dos olhos do público, encerrando, assim, sua relevância mercadológica.

Apesar disso, existem exceções que conseguem se perpetuar no tempo mesmo após a morte e se estabelecem como ícones inesquecíveis, tais como Marilyn Monroe, Elvis Presley, James Dean, Audrey Hepburn, entre outros. Ou seja, são personalidades que, de alguma forma, conseguiram fixar sua imagem e nome no imaginário coletivo, gerando em torno de si um mercado autossuficiente, mesmo após a morte. Tal o é que, todos os anos a revista Forbes lança um ranking com as celebridades mortas que mais faturaram no ano²(BERG, 2020).

Esse faturamento após a morte, se dá por conta da possibilidade de a celebridade deixar aos seus herdeiros dois tipos de bens: os tangíveis e os intangíveis. Os bens tangíveis, são aqueles bens concretos e que podem ser tocados, como por exemplo: as casas, carros e dinheiro; já, os intangíveis são aqueles bens incorpóreos e que possuem valor de mercado, como marca e direitos autorais³. (HARTMAN, 2014).

Importante notar que a lista de acervos incorpóreos herdados de celebridades, em sua grande maioria, é composta por músicos e não atores, ou seja, pelo mercado musical, cujo licenciamento e venda de suas obras continuam gerando uma receita mais frequente (HARTMAN, 2014).

Já, ao olhar a lista com foco no mercado audiovisual, pode-se encontrar apenas uma atriz, a icônica Marilyn Monroe, a qual fatura anual-

² O ranking pode ser encontrado através do seguinte link: <<https://www.forbes.com/sites/zackomalleygreenburg/2019/10/30/the-top-earning-dead-celebrities-of--2019/#c6ee8784e5e8>>

³ A expressão "direitos autorais" será utilizada no sentido do sistema unitário, em que a expressão tem a finalidade de englobar tanto os direitos de autor – do artista criador da obra- quanto os direitos conexos, os quais englobam os direitos dos artistas intérpretes, e os direitos industriais dos produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão (SILVEIRA, 2014).

mente valores consideráveis por meio do licenciamento de sua imagem e nome (BERG, 2020).

Essa escassez de rentabilidade póstuma de celebridades do ramo audiovisual se dá pelo fato de que o ator, quando em vida precisa participar continuamente de obras novas para se manter relevante, pois o recebimento de valores residuais de performances antigas se encontra ligado apenas ao potencial de reprise das obras, ao contrário dos músicos (HARTMAN, 2014).

E por valores residuais, entende-se aqueles os quais os artistas recebem quando um filme ou programa de televisão, do qual fizeram parte, são reproduzidos na televisão, disponibilizados em serviços de streaming, exibidos novamente no cinema, ou, ainda, disponibilizados em viagens aéreas (BOONE, 2018).

Porém, vem ganhando força no mercado uma nova tecnologia que possui o potencial de mudar de forma significativa o modo como os artistas e seus familiares lidam com sua imagem e carreira, mesmo após a morte. Trata-se da ressurreição digital.

A ressurreição digital é um processo tecnológico que resultou em uma mudança na forma com que a indústria do entretenimento produz e comercializa suas obras. Se antes a exploração comercial de um artista ficava restrita àquilo que ele produziu em vida, a ressurreição digital afeta sobremaneira essa realidade, vez que permite a criação de obras completamente novas com artistas já falecidos.

A expressão: “ressurreição digital”, surge em um artigo do Professor Joseph J. Beard, publicado no *Jornal de Direito e Tecnologia da Universidade de Berkley*, em 1993. Nesse artigo, o autor examina a forma com que progresso tecnológico poderia possibilitar aos artistas já falecidos estrelarem obras completamente novas, com atuações e falas nunca ditas, mesmo anos após sua morte (BEARD, 1993).

Na prática, o processo de ressurreição digital consiste na “técnica pela qual, utilizando-se de computação gráfica, artistas conseguem recriar digitalmente a imagem de uma pessoa já falecida, para depois inseri-la em uma obra nova” (D’AMICO, 2018, p.117).

Importante destacar, que a alegação de uma nova forma de criar obras póstumas vem do fato de que elas, por si só, não são uma novidade dentro da indústria. Nesse sentido, é possível encontrar exemplos de obras que foram finalizadas e lançadas mesmo após a morte de um intérprete, como ocorreu nos filmes: “Gladiador”, “Jogo da Morte” e “O Mundo Imaginário do Dr. Parnasuss”, entre outros.

As soluções aplicadas para essas situações já foram das mais variadas possíveis, indo do tradicional ao mais tecnológico. Uma das soluções mais tradicionais e menos tecnológica, trata-se da substituição do intérprete falecido por outro artista, sendo considerada uma saída menos polêmica e mais criativa. Sobre esse modelo, comenta Ayuso (2014):

Há produtores que preferem não dissimular. Depois da morte de Richard Harris, que interpretou o professor Dumbledore nos dois primeiros episódios de Harry Potter, o papel passou às mãos de Michael Gambon, e ninguém levantou uma sobrancelha com a mudança. Mais peculiar foi a decisão de Terry Gilliam quando completou as sequências que a morte de Heath Ledger deixou inacabadas em O Mundo Imaginário do Doutor Parnassus, substituindo o australiano por intérpretes tão díspares como Johnny Depp, Jude Law e Colin Farrell, todos eles no mesmo papel. Ligeiros retoques no roteiro ajudaram a compreender essa mudança. Menos lógica foi a ressurreição de Bela Lugosi para Plano 9 do Espaço Sideral. Ed Wood decidiu completar o filme utilizando como ator suplente o massagista de Lugosi, sem se importar com o fato de que este fosse louro e alto – nada a ver com o aspecto físico do famoso Drácula.

Entretanto, existem aqueles que preferem resolver esse contratempo na sala de edição, ou até mesmo utilizando-se de truques de cena, como é possível observar no caso de Bruce Lee e, posteriormente, de seu filho Brandon Lee, conforme expõe Ayuso (2014):

A morte de Brandon Lee, durante a rodagem de O Corvo, em 1993, quando ele tinha 28 anos, propiciou a primeira ressurreição virtual, utilizando a tecnologia digital para inseri-lo em sequências nas

quais ainda não havia atuado. Se anos antes *Jogo da Morte* precisou ser concluído com uma foto recortada de Bruce Lee olhando um espelho, com o filho dele a solução foi tecnologicamente mais avançada: seu rosto foi recriado digitalmente e superposto ao corpo de dois dublês de ação que concluíram os planos. Uma técnica similar seria utilizada cinco anos mais tarde, quando Oliver Reed morreu de ataque cardíaco durante as filmagens de *Gladiador*. Sua participação foi reduzida no roteiro, e sua cabeça foi digitalmente superposta em planos gerais, para dissimular sua ausência.

Todos esses filmes possuem um elemento em comum: a anuência do ator para sua realização. Todos os exemplos mencionados trazem casos de artistas que morreram durante a produção do filme, ou seja, todos eles firmaram contratos com os estúdios para criar essas obras, autorizando a captação de suas performances, bem como a utilização de suas imagens (D'AMICO, 2017).

Mas se enganam os que acreditam que somente podem existir obras póstumas com esse elemento, ou seja, com a anuência em vida pelo artista. Nessa linha, Tapley e Debruge (2016) trazem o exemplo do caso do episódio da série da HBO “*Contos da Cripta*”, estrelado por Humphrey Bogart, trinta e oito anos após sua morte. Ocorre que, para esse tipo “participação” póstuma, utilizam-se as atuações em filmes anteriores, as quais eram cuidadosamente justapostas a um novo material. Entretanto, a performance do falecido ator no filme novo fica adstrita ao contido no material de origem (BEARD, 1993). Ainda, nesse modelo de utilização, é válido indicar o comercial da Coca-Cola *Light*⁴, lançado em 1991, estrelado por Elton John e mais o panteão de atores, atrizes e músicos das mais diversas épocas de Hollywood.

Essa limitação do uso, ao contido em performances prévias, acaba gerando obstáculos para os criadores das obras, pois eles ficam obrigados a desenvolver, no caso dos filmes, um roteiro em volta daquela atuação disponível, restringindo o seu desenvolvimento. Esse é o caso da

⁴ O comercial pode ser encontrado em: <https://www.youtube.com/watch?v=dOkzR-ZWMLKA>.

participação póstuma de Carrie Fischer no mais recente filme da franquia Star Wars, *A Ascensão Skywalker*, em que o diretor J.J. Abrams utilizou de imagens que haviam ficado de fora de outro filme da franquia, o *Despertar da Força*, e as inseriu no filme novo, trabalhando para encaixar no roteiro àquela atuação de Fischer e encerrar a história daquela princesa rebelde de uma galáxia muito distante (GILCHRIST, 2019).

Para contornar as limitações trazidas pela técnica de justaposição é que a ressurreição digital aparece como uma inovação no mercado do entretenimento, pois ela permite produzir uma obra nova com o artista, sem que seja preciso encaixar uma atuação prévia no contexto da obra nova.

Apesar de sua recente inserção no mercado, essa tecnologia já se encontra há anos no imaginário da indústria. Não é por menos que é possível identificar no curta "*Rendezvous In Montreal*"⁵, 1987, dirigido por Nadia Magnenat Thalmann e Daniel Thalmann, uma primeira tentativa de recriar celebridades já falecidas. O curta procura desenvolver recriações tridimensionais dos já falecidos atores Marilyn Monroe e Humphrey Bogart e conta com dubladores imitando suas vozes, buscando passar aos telespectadores a ideia de estarem diante de uma nova interpretação dos artistas (BEARD, 1993).

Entretanto, em razão da precariedade da computação gráfica da época, o curta não foi capaz de ludibriar o telespectador e fazer com que ele pensasse estar diante dos artistas falecidos, mas é inegável que ali se encontrava a semente dessa nova tecnologia.

Anos mais tarde, em 2012, o rapper Tupac sobe ao palco do Coachella por meio de holograma, mesmo tendo sido assassinado em 1997. É de se destacar, que a tecnologia da ressurreição digital possibilitou uma performance inédita do artista, o que jamais tinha acontecido antes na história do mercado audiovisual. Assim, logo no início da apresentação, a projeção grita ao público: *What the f*ck is up Coachella!* A frase se trata de algo que o próprio não poderia ter dito, vez que, como já mencionado, ele foi assassinado em 1997, ou seja, três anos antes de o festival vir a

⁵ O curta pode ser encontrado em: <https://www.youtube.com/watch?v=vuvvv7Bie4U>.

existir, tendo sido a sua voz replicada para este momento de forma quase perfeita (FONTEIN, 2017).

Em 2016, voltando para a franquia Star Wars, o público é pego de surpresa ao se deparar com Peter Cushing no filme *"Rogue One: a Star Wars Story"*. Almejando atender uma necessidade de roteiro e continuidade da franquia, o estúdio investiu numa recriação do artista (ITZKOFF, 2016), que resultou em uma "representação realista de um ator falecido há mais de vinte anos (1994), com a aparência que tinha há mais de quarenta anos (1977)." (D'AMICO, 2018, p.118).

O caso de Peter Cushing representou um marco no uso dessa tecnologia pela indústria. Como apontou Rocío Ayuso (2017), a participação do artista, morto há mais de 20 anos, nessa obra, trouxe consigo uma revolução na forma com que tanto as celebridades, quanto estúdios enxergam a tecnologia de ressurreição digital. Isso porque, enquanto estes poderiam se utilizar do recurso para incluir em suas obras atores já falecidos, aqueles poderiam encontrar novos meios de proteger ou perpetuar o uso e a evidência de sua imagem mesmo após a morte.

Após esse momento, a ressurreição digital virou algo frequente no setor e possibilitou uma proliferação de novos projetos, aumentando significativamente o anúncio de trabalhos nesse segmento. Novas turnês póstumas de artistas como Frank Zappa, Ronnie James Dio, Roy Orbison, Whitney Houston foram realizadas ou, pelo menos, foram anunciadas (RONDEAU, 2020).

Outro exemplo é a exposição da permanente *"Dalí Lives!"* no *Dalí Museum* em St. Petersburg, Flórida, no ano de 2019. Em que, por meio das tecnologias de inteligência artificial, foi recriado um modelo interativo do pintor Salvador Dalí para recepcionar e conversar com os visitantes do museu, possibilitando interações com o artista sobre histórias de sua vida, o clima, entre outras coisas (FOREMAN, 2019). Dessa forma, retirou-se do público o papel de mero expectador da obra e o colocou como parte da situação, de forma a auxiliar na sua imersão na obra de Dalí. (THE DALI MUSEUM, 2019).

No mesmo ano, a refilmagem da icônica série *"Além da Imaginação"* fez uso dessa tecnologia para recriar Rod Serling, o aclamado apresenta-

dor da série original, no último episódio da primeira temporada. Ainda, houve planos para recriar ícones históricos, como Nelson Mandela, para auxiliar na educação de futuras gerações (RITMAN, 2019). Já em 2020, é possível apontar o comercial produzido pela Fiat, que conta com o protagonismo de ninguém menos que Elvis Presley.

O fato é que, a cada dia, a ressurreição digital fica mais presente nas conversas da indústria do entretenimento, seja por artistas que estão preocupados com as implicações que essa tecnologia pode trazer – como é o caso do ator Donald Glover, que em entrevista ao *New Yorker* disse: “Estou escaneado dentro de *Star Wars* agora, meu rosto e corpo”. E continua: “Quem pode dizer que em algum momento eles não vão pegar esse *scan* e dizer ‘Vamos fazer outro filme com o Donald. Ele está morto faz quinze anos, mas podemos fazer o que quisermos com ele.’” (FRIEND, 2019) – seja pelas empresas do setor de entretenimento que enxergam nesse processo uma nova forma de desenvolver e comercializar seus produtos. (TAPLEY; DEBRUGE, 2016).

Assim, é notável que a tecnologia de ressurreição digital possui um impacto real e significativo na forma com que a indústria do entretenimento desenvolve seus produtos e se relaciona com suas celebridades, ao mesmo tempo em que oferece uma forma de manutenção da relevância daquele ícone da cultura pop mesmo após a sua morte.

Entretanto, pode essa tecnologia ser considerada uma inovação dentro desse mercado?

Para sanar essa questão, faz-se necessário compreender em que consiste uma inovação, de que forma a tecnologia de ressurreição digital se enquadra dentro de seus conceitos e se seria possível encaixá-la dentro dos modelos de inovação apresentados no Manual de Oslo, desenvolvido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), adotado pelo Brasil e que tem por objetivo apresentar as diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação.

1.1 A RESSURREIÇÃO DIGITAL DENTRO DOS CONCEITOS DE INOVAÇÃO DO MANUAL DE OSLO

Como visto acima, a ressurreição digital apresenta um novo paradigma na forma com que a indústria do entretenimento pode lidar com a morte de suas celebridades e com a geração de conteúdo póstumo. Assim, objetivando entender melhor os efeitos da entrada dessa nova tecnologia no mercado, faz-se necessário analisar a ressurreição digital sob a perspectiva da inovação, para identificar se ela pode ser enquadrada como tal.

Primeiramente, deve-se conceituar e compreender em que consiste uma inovação, para, então, analisar a tecnologia em si e, por último, verificar de que forma ela se encaixa nos tipos de inovação trazidos pelo Manual de Oslo.

A Lei nº 10.973/04, que trata dos incentivos à inovação, em seu artigo 2º, inciso IV, a conceitua da seguinte forma:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

IV - inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho;

Entretanto, a inovação é um tema extremamente amplo, sendo que a sua conceituação fica condicionada ao enfoque sob o qual ela será analisada. Nesse sentido, ao tratar da multidisciplinariedade do tema, Alejandro Arrabal (2017) escreve que a inovação pode ser compreendida como um fenômeno de mudança que influencia diversas áreas de diferentes formas, por exemplo a economia, para a qual é interessante observar o poder que a inovação exerce na produção, circulação e consumo de bens, assim como os efeitos micro e macroeconômicos que ela pode gerar. Por

outro lado, o autor aponta que, sob a perspectiva da administração, do marketing ou da publicidade, a inovação assume um papel de fator de diferenciação e competitividade, valorizando-se a criação de novos processos organizacionais, de gestão e até mesmo de produção e oferta de bens. Já ao olhar sob a perspectiva do direito, a inovação foca, principalmente, no aspecto regulatório das condutas humanas e das pretensões patrimoniais ou não-patrimoniais que podem decorrer dela.

Sobre a importância da inovação para o direito, principalmente no que tange à propriedade intelectual, é válido apontar a relação estabelecida por Paulo Brancher (2010, p. 19): “[o] reflexo da inovação tecnológica sobre o mundo jurídico é tão relevante, que o Estado passa a regular o resultado da inovação como um bem a ser tutelado e protegido, surgindo assim a figura da propriedade intelectual”. Entretanto, apesar da correlação apresentada por Brancher, vale a pena citar que, embora a invenção, um dos objetos de tutela da propriedade intelectual, seja algo importante para a inovação, elas não são sinônimas. Pois, esta é um processo muito maior do que aquela, a qual se trata, sem dúvida, de apenas uma das etapas do processo inovativo.

Alertam Tidd e Bessant (2015), sobre o equívoco que comumente é feito ao confundir ambos os institutos. Segundo os autores, a invenção seria apenas o primeiro passo de um processo longo que engloba a difusão e aceitação dessa invenção pelo mercado. Não basta a invenção, por melhor que ela seja, para que se obtenha o sucesso e o surgimento de uma demanda de consumo por ela, é preciso que haja, também, uma atenção especial para a gestão do projeto em si, sua gestão financeira, o comportamento organizacional, entre outros fatores.

A correlação entre a inovação e a propriedade intelectual não está atrelada apenas à proteção das invenções, mas sim a toda a cadeia produtiva ligada ao processo de inovação, a qual pode ser a mais variada possível, fazendo com que seja necessário olhar para aspectos como: a proteção de segredos industriais, o combate à concorrência desleal, registro de marca, proteção dos direitos autorais, etc.

Esclarecido isso, passa-se a tratar do que seria a inovação propriamente dita. Assim, como a inovação atinge diversas áreas, seu conceito

também não é fixo, variando conforme os objetivos que serão analisados. Desse modo, para começar a tratar do assunto, é importante compreender a construção do conceito de inovação de Joseph Schumpeter, economista austríaco e referência basilar sobre tema na área da economia.

O autor começa sua análise com a constatação de que a concorrência no capitalismo não se trata da simples competição de preços entre as empresas limitadas por modelos industriais e rígidos. Muito pelo contrário, a verdadeira concorrência é aquela que traz novos produtos, novas fontes de oferta ou de organização. Essa agilidade é que cria a verdadeira vantagem comercial.

Sobre a necessidade de se criar soluções como um diferencial competitivo, Schumpeter (1984) escreve, que a concorrência que realmente conta para o mercado e seu desenvolvimento não se dá no simples embate de preços, mas sim na oferta de novas mercadorias, novas tecnologias, novas fontes de oferta. Dessa forma, a concorrência precisa trazer uma vantagem que aprimore o seu custo ou sua qualidade, fazendo com que a mudança vá além dos lucros e das produções das empresas, mas que atinja a própria cultura empresarial.

Ainda sobre o funcionamento do Capitalismo e a sua necessidade de renovação constante, o autor continua afirmando de que o surgimento de novos mercados causam uma revolução a partir de dentro da estrutura econômica, fazendo com que as estruturas velhas, já estabelecidas, sejam quebradas e que em seu lugar surge uma nova, até que essa nova venha ser substituída pela próxima e assim por diante. A esse processo o autor dá o nome de 'Destruição Criativa', sendo este processo, em realidade, a verdadeira essência do capitalismo, devendo todas as empresas que querem atuar no mercado fazerem parte desse ciclo (SCHUMPETER, 1984).

Sobre esses ciclos permanentes de destruição e criação, é válido trazer, ainda, o contido na obra de Paulo Brancher (2010), para quem as tecnologias de fato destroem ao mesmo tempo em que criam. Isso acontece, porque cada nova tecnologia tem o poder de eliminar ou, pelo menos reduzir, o valor das tecnologias antigas. Assim, os novos produtos ocupam o lugar dos antigos do mesmo modo que as novas estruturas de

produção ocupam o lugar das que vieram antes delas. O progresso, portanto, é consequência desse processo criativo e destruidor.

Posição, corroborada por Arrabal (2017. p. 219-220):

Considera-se que a sustentabilidade (sobrevivência) das organizações está diretamente relacionada à sua capacidade de transformação, operada por meio de uma metodológica de criação e inovação. Diz-se metodológica porque são constantemente demandadas ações criativas (elas mesmas) para produzir resultados criativos; formulam-se processos e métodos inovadores (eles mesmos) para a obtenção de inovações incrementais ou disruptivas. Durante muito tempo na história, a sobrevivência de instituições foi reconhecida como possível através de mecanismos de estabilização, mormente para o controle dos meios de reprodução. Contrário sensu, na atualidade considera-se que a sobrevivência institucional é determinada por agudas transformações.

A partir dessa necessidade constante de mudança e evolução da indústria, a qual Schumpeter chama de Destruição Criativa, é que surge a demanda por inovação, sendo considerada algo que vai muito além do tamanho do patrimônio da empresa, estando diretamente relacionada à capacidade empresarial de mobilizar o conhecimento tecnológico, de gerar novidades ofertadas para o mercado e, também, na forma com que ela comunica essas novidades ao público (TIDD, BESSANT, 2015).

A obrigação de encontrar novas formas de ofertar seus produtos ao público consumidor, corresponde ao papel da indústria em criar as demandas de consumo, gerando novas necessidades ao público.

Sobre esse papel ativo da indústria na criação de hábitos de consumo, ensina Schumpeter (1988,) que, em regra, quem dá início ao processo de mudança econômica é o produtor. Por sua vez, os consumidores, caso seja necessário, serão educados por ele a desejarem e consumirem os produtos novos ou apenas melhorados em relação àqueles que já consumiam. Dessa forma, apesar de terem seu valor dentro da lógica do mercado e do fluxo circular, as necessidades dos consumidores devem ser observadas como um fator auxiliar na hora da criação de novas mer-

cadorias juntamente a outros fatores relacionados às mudanças que a tecnologia poderá trazer.

Vê-se, que é possível identificar um primeiro sinal da relação entre a Ressurreição Digital e a inovação, porquanto, diversos outros métodos já eram empregados para desenvolver as obras póstumas e inseri-la no mercado. Entretanto, com a nova tecnologia, inseriu-se novo conceito de obra póstuma, de forma que a indústria superou, em muito, as limitações desses modelos, passando por significativa mudança, aproximando-se de uma inovação.

Isso demonstra que inovar é, também, uma habilidade de estabelecer relações, identificar oportunidades e aproveitá-las a serviço de um mercado já existente e, portanto, sem a necessidade de sempre demandar a criação de um novo mercado (TIDD, BESSANT, 2015). Assim, resta ao público apenas o papel de espectador, enquanto a nova tecnologia ganha espaço no mercado existente, moldando as expectativas de seus consumidores.

Dessa forma, a inovação está diretamente relacionada ao conceito de novidade, porquanto, para que a empresa realize a manutenção de sua competitividade, ela necessita encontrar frequentemente novas formas de manter o engajamento do seu público.

Sobre essa natureza temporal da inovação, escreve Arrabal (2017, p. 202):

A inovação revela um caráter plurívoco, embora esteja irremediavelmente radicada a noção de novidade. Inovar implica em produzir objetos e práticas novas e, neste sentido, produzir valor diferencial. A inovação como valor diferencial é, assim como todo o valor, um conceito relativo no espaço e tempo. Quando uma situação sucede e modifica outra diz que representa uma novidade. Considera-se novo, o atual em relação ao antecedente, o futuro em relação ao presente e este em relação ao passado. O novo é transitório já que toda novidade é sempre sobrepujada por outra. Tudo que é novo está condenado ao ocupar uma condição provisória.

Entretanto, essa correlação entre novidade e inovação não pode ser entendida de forma restrita, pois inovar vai muito além de ter boas ideias, é preciso que elas tenham uso prático e que sejam incorporadas pelo mercado (TIDD, BESSANT, 2015). Ou seja, um produto novo, mas que não seja aceito pelo mercado, será considerado, tão somente, uma novidade, não podendo ser entendido como uma inovação, porquanto não incorporado pelo mercado, não possuindo condições de modificar o *status quo* (SCHUMPETER, 1984).

De forma exemplificativa, a invenção do smartphone pela *Apple*, se tratou de uma inovação, vez que unificou em um único produto a funcionalidade de outros equipamentos e, como consequência, modificou sobremaneira o mercado e a vida das pessoas, as quais passaram a desejar adquirir equipamentos como esse, levando o modelo de celular até então vigente à extinção. Por outro lado, as televisões 3D que tinham por objetivo proporcionar uma nova forma de consumir entretenimento não tiveram aceitação pelo mercado, não passando de meras invenções, tanto que os modelos com essa tecnologia foram descontinuados e os televisores que são lançados não trazem mais esse recurso.

É essa característica mutável da inovação que se apresenta como obstáculo na hora de quantificá-la e mensurá-la. Por essa razão, é que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) passa a desenvolver indicadores de inovação, dentre os quais é possível destacar o Manual de Oslo, que servirá como base para a presente análise da Ressurreição Digital como uma tecnologia inovadora.

Sobre a importância dos indicadores, Maria Camargo Scarpelli e Sérgio Kannebley Junior (2013) afirmam que esses manuais procuram suprir lacunas e padronizar a forma com que se analisam as inovações resultantes das “pesquisas de inovação”, as quais são vistas como mais coerentes com o entendimento de que a inovação tecnológica é um processo amplo e complexo, que vão muito além dos dados iniciais resultantes da pesquisa e desenvolvimento realizada pelas empresas e das patentes que podem ser obtidas dessas tecnologias. Portanto, os custos das atividades inovativas que são auferidos por essas pesquisas representam, em verdade, um indicador do esforço inovativo que é realizado pela empresa.

Pois bem. O Manual de Oslo, faz parte daquilo que é chamado de “família dos manuais Frascati”, composta por um conjunto de manuais que procuram padronizar os métodos de coleta e análise dos principais indicadores de inovação⁶. Ela recebe esse nome, porque, em 1963 especialistas da OCDE se encontraram na cidade de Frascati, na Itália, e que resultou na criação da primeira edição do *Standard Practice for Surveys of Research and Experimental Development*, o qual é popularmente conhecido como Manual de Frascati (SCARPELLI, JUNIOR, 2013).

Sobre os manuais de Frascati e Oslo, Arrabal (2017,) aduz que eles contêm, em sua estrutura, a matriz econômica schumpeteriana, vez que entendem que a inovação compreende a criação de produtos e processos novos, ou que contenham melhoria significativa, capazes de serem aceitos pelo mercado. Do mesmo modo, o autor afirma que, tanto o Manual de Oslo como a legislação brasileira, dão especial ênfase ao aspecto econômico da inovação, pois a consideram um reflexo da economia mundial que induz o desenvolvimento. Outros aspectos da inovação, como os sociais e os ambientais, são relegados a segundo plano, ou simplesmente ofuscados.

Em razão da não observação dos aspectos sociais e ambientais que, segundo Scarpelli e Junior (2013), surge a proposta do Manual de Bogotá, que segue o rigor conceitual e técnico do Manual de Oslo, mas, ao mesmo tempo, considera as especificidades que os sistemas de inovação e as empresas inovadoras da América Latina e do Caribe necessitam. Entretanto, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), órgão responsável por fazer esse levantamento no país, defende que, apesar dessas limitações, é possível captar as peculiaridades necessárias utilizando apenas a metodologia do Manual de Oslo, garantido, assim, resultados satisfatórios (SCARPELLI; JUNIOR. 2013). É essa escolha do IBGE que leva à aplicação dos conceitos de Oslo no presente estudo.

Em que pese toda a discussão doutrinária sobre o conceito de inovação, para o Manual de Oslo, a inovação pode ser definida como: “a imple-

⁶ A família é composta por 5 manuais, são eles: i) Pesquisa e Desenvolvimento (Manual de Frascati); ii) Balanço de Pagamento Tecnológicos (Manual BPT); iii) Inovação (Manual de Oslo); iv) Patentes (Manual de Patentes); e v) Recursos Humanos (Manual de Canberra). (OCDE, 2013).

mentação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas.” (OCDE, 1997, p.55).

Existem 4 tipos de inovação⁷: produto, processo, marketing e organizacional. Importante apontar, ainda, que uma mesma inovação pode estar presente em mais de uma categoria ao mesmo tempo, sendo, inclusive, o objetivo do presente trabalho demonstrar justamente como a tecnologia de ressurreição digital pode ser enquadrada em mais de um modelo ao mesmo tempo, não havendo, portanto, a necessidade de limitá-la a apenas um tipo.

Passa-se, então, a breve análise dos tipos de inovação aliados aos casos práticos de ressurreição digital.

1.1.1 Inovação de produto

Sobre a inovação de produto, o Manual de Oslo (OCDE, 1997, p.57) a qualifica como “a introdução de um bem ou serviço novo ou significativamente melhorado no que concerne a suas características ou usos previstos”, incluindo-se os significativos melhoramentos em “especificações técnicas, componentes e materiais, softwares incorporados, facilidade de uso ou outras características funcionais”.

⁷ Para Schumpeter, são 5 os tipos de inovação: Esse conceito engloba os cinco casos seguintes: 1) Introdução de um novo bem - ou seja, um bem com que os consumidores ainda não estiverem familiarizados - ou de uma nova qualidade de um bem. 2) Introdução de um novo método de produção, ou seja, um método que ainda não tenha sido testado pela experiência no ramo próprio da indústria de transformação, que de modo algum precisa ser baseada numa descoberta científica nova, e pode consistir também em nova maneira de manejar comercialmente mercadoria. 3) Abertura de um novo mercado, ou seja, de um mercado em que o ramo particular da indústria de transformação do país em questão não tem ainda entrado, quer esse mercado tenha existido antes ou não. 4) Conquista de uma nova fonte de oferta de matérias-primas ou de bens semimanufaturados, mais uma vez independente do fato de que essa fonte já existia ou teve de ser criada. 5) Estabelecimento de uma nova organização de qualquer indústria, como a criação de uma posição de monopólio (por exemplo pela trustificação) ou a fragmentação de uma posição de monopólio. (SCHUMPETER, 1988, p. 48/49)

Dentro da indústria cultural é possível indicar como inovação de produto o surgimento do mercado de shows holográficos. Porquanto, de acordo com Manual de Oslo, para se caracterizar nessa categoria não é necessário que a inovação seja um objeto, sendo possível que esse novo produto inovador seja um serviço, pois é necessário, apenas, que ele traga melhoramentos significativos na forma com que esse serviço é oferecido ao público (OCDE, 1997).

Dessa forma, o show holográfico surge como uma alternativa inovadora ao modelo até então utilizado para as apresentações póstumas. Vê-se a diferença, nos exemplos da turnê de Elvis, modelo antigo, e na apresentação já mencionada de Tupac no *Coachella*:

O Elvis Presley in Concert é basicamente uma coleção dos melhores concertos do cantor que foram gravados em filmes e vídeos. As apresentações utilizadas no show são extraídas principalmente do material de Elvis, *That's the Way It Is* (de 1970), *Elvis on Tour* (de 1972) e do especial de televisão *Elvis: Aloha from Havaí, via satellite* (de 1973).

Tirando a voz de Elvis, todo o resto foi remasterizado. As imagens são projetadas em um telão gigante de LED, enquanto uma orquestra de 16 músicos (sendo vários deles membros da formação original da banda do cantor) acompanha o áudio tocando ao vivo no palco. Tudo, em termos de encenação, cenografia, iluminação, som e produção geral foi feito como se Elvis estivesse vivo e de volta à estrada. Elvis não morreu – não de todo, pelo menos. (VINHAS, 2012).

Como se constata da descrição, o show consistia em uma compilação de vídeos remasterizados do artista sendo projetados em telão, ficando, portanto, extremamente vinculado a materiais preexistentes, o que deixava o espetáculo extremamente limitado ao mesmo tempo que desconectado de seu público.

O show holográfico por sua vez, faz uso da tecnologia de ressurreição digital para recriar o finado artista. Assim, se antes o artista estava vinculado apenas às imagens de acervo sendo reexibidas, com essa tec-

nologia é possível reproduzir, em tese, a experiência de um concerto ao vivo. Para isso, utiliza-se de projetores potentes, sendo possível projetar a imagem no palco junto dos demais músicos que acompanham o projeto. Ademais, a holografia possibilita que o artista falecido interaja com a banda e/ou com o público, cometa um erro, ou faça qualquer outra coisa que poderia acontecer numa apresentação ao vivo de um artista em atividade, proporcionando uma sensação de realidade ao público (IFEANYI, 2019).

É válido apresentar como produtos decorrentes da nova tecnologia, outros serviços que passam a ser oferecidos dentro da indústria. Como é possível extrair da fala de Richard Taylor, membro do sindicato dos diretores, em entrevista a *Variety*, onde ele afirma que existe um fenômeno entre os artistas para serem escaneados como forma de garantir aos seus familiares, em caso de sua morte, uma nova forma de rentabilizar com a sua imagem em perpetuidade, sendo possível a sua recriação em diversas obras ao longo dos anos. Ou ainda, como uma forma de seguro contra acidentes, caso venham a adoecer ou se machucar, de forma temporária ou permanente, garantindo que as produções as quais estão atrelados não parem suas atividades (TAPLEY; DEBRUGE, 2016).

Pode-se constatar que a ressurreição digital tem desenvolvido novas atividades e, até mesmo, promovido melhorias naquelas atividades pré-existentes, resultando na criação de novos mercados e no atendimento de novas demandas, sendo, assim, válida a sua caracterização enquanto inovação de produto.

1.1.2 Inovação de processo

Sobre inovação de processo, o Manual de Oslo a define como sendo “a implementação do método de produção ou distribuição novo ou significativamente melhorado. Incluem-se mudanças significativas em técnicas equipamentos e/ou softwares” (OCDE, 1997, p. 58).

Essa é a modalidade principal para a ressurreição digital, uma vez que o seu grande potencial não vem da criação de produtos novos, mas sim da apresentação de uma nova forma de criação de obras póstumas.

Nessa linha, é importante destacar que a inovação de processo é “a criação ou aperfeiçoamento de processos que, por sua vez, são empregados para atender necessidades ou solver problemas da indústria ou do mercado.” (ARRABAL, 2017, p. 223).

Como visto anteriormente, a indústria já possuía métodos para lidar com a morte de atores e concluir suas obras, haja vista, a possibilidade de escalar outros atores, modificar o roteiro para reduzir a participação e, até mesmo, a justaposição de outros trabalhos do artista na obra nova, sendo, este último modelo, o que mais se aproxima do objetivado pela ressurreição digital (AYUSO, 2017; BEARD, 1993).

Por sua vez, a tecnologia abarcada na ressurreição digital é justamente uma nova tecnologia para responder aos velhos problemas encontrados pela indústria do entretenimento no decorrer da evolução tecnológica. Contudo, o procedimento para realização desse processo não será abordado nesse momento, mas sim no item 1.2, quando serão apresentadas, detalhadamente, as duas formas mais comuns para a realização de um processo de ressurreição digital.

Portanto, é possível caracterizar a ressurreição digital enquanto inovação de processo, uma vez que a tecnologia surge como uma ferramenta para aprimorar um processo que já era feito, no caso da realização de obras póstumas, servindo, apenas, como alternativa às soluções antigas.

1.1.3 Inovação de marketing

Considera-se uma inovação de marketing como sendo “a implementação de um novo método de marketing com mudanças significativas na concepção do produto ou em sua embalagem, no posicionamento do produto, em sua promoção ou na fixação de preços” (OCDE, 1997, p. 59).

É possível considerar a ressurreição digital como uma nova forma de promoção de produtos, uma vez que ela pode ser na utilizada como um novo conceito para auxiliar na divulgação para o público de bens produzidos pela indústria do entretenimento.

Corroborando esse posicionamento, é possível citar um painel realizado em 2017 no Estados Unidos, em que empresários do setor musical

debateram sobre os benefícios comerciais que essa tecnologia traz para o setor. Entre esses benefícios, foi possível identificar a possibilidade de atrair público para as casas de shows em dias que não são considerados habituais, trazendo uma receita mais recorrente para esses estabelecimentos. Mas, principalmente, uma vantagem significativa é a possibilidade que esses shows trazem de aumentar a venda dos catálogos dos artistas já falecidos, podendo ser uma importante ferramenta de promoção (D'AMICO, 2019):

Outro exemplo de uso da ressurreição digital, pode ser observado no anúncio feito em novembro de 2019, em que James Dean teria sido escalado para ser ator coadjuvante na obra *Finding Jack*, mesmo estando morto há mais de 60 anos. Isso, como aponta Brigit Katz (2019), fez com diversas celebridades e jornais se manifestassem sobre o filme, a grande maioria criticando a realização do projeto, mas ainda assim comentando o caso. A divulgação fez com que um filme, que poderia ser apenas mais um na lista de filmes em fase de pré-produção em Hollywood, se tornasse o principal assunto do setor naquele momento. E não é errado supor que, quando do seu lançamento, a divulgação da participação de Dean certamente servirá para levar o público ao cinema, sejam aqueles que querem ver o ator, sejam os curiosos.

Por fornecer um novo paradigma para atrair a atenção e o desejo de consumo do público, pode-se considerar a ressurreição digital como uma inovação de marketing.

1.1.4 Inovação organizacional

Por fim, o último dos tipos de inovação previstos no Manual de Oslo, é a inovação organizacional. Esse modelo de inovação consiste na “implementação de um novo método organizacional nas práticas de negócios da empresa, na organização do seu local de trabalho ou em suas relações externas.” (OCDE, 1997, p. 61).

Para que uma inovação possa ser inserida nessa categoria é preciso que ela, de alguma forma, tenha melhorado o desempenho da empresa, por meio de redução de custos, ou a implementação de um novo méto-

do organizacional, de rotina, de procedimentos para a condução do trabalho, ou até mesmo na forma com que elas se comunicam com outras empresas ou com o setor público (OCDE, 1997).

Todavia, a presente pesquisa não conseguiu apurar nenhum caso prático ou estudo que pudesse indicar a utilização da ressurreição digital como uma inovação organizacional.

Assim, é possível constatar, a partir dos conceitos dos tipos de inovação trazidos pelo Manual de Oslo, que a ressurreição digital pode ser considerada como uma inovação. E, como tal, possui condições de afetar de forma significativa a indústria do entretenimento, justificando a necessidade de aprofundamento no estudo.

Apesar de ser possível enquadrá-la em 3 dos 4 tipos previstos no Manual de Oslo – produto, processo e marketing –, o presente trabalho focar-se-á na tecnologia enquanto inovação de processo, porquanto se trata de sua natureza principal, ou seja, o fato de a ressurreição digital trazer uma nova forma melhorada de realizar algo que já era feito, enquanto os outros dois tipos são mera consequência do primeiro.

1.2 O PROCESSO DE RESSURREIÇÃO DIGITAL

Como visto anteriormente, a ressurreição digital é, primordialmente, uma inovação de processo. Assim, para que seja possível analisar os desafios jurídicos trazidos por conta da sua utilização, faz-se necessário compreender de que forma ela é realizada, haja vista que ela não se trata de um processo simples e delimitado, mas sim, de um conjunto de etapas que culminam na recriação do artista e no desenvolvimento de uma nova performance, como será visto a seguir.

Primeiramente, é importante destacar que, apesar dos seus inúmeros usos em diversos tipos de segmentos da indústria cultural, o processo de ressurreição digital contém a mesma essência, ou seja, a criação de uma obra audiovisual, a qual é aplicada para qualquer ramo do entretenimento, sendo alterada apenas a forma final de exposição do projeto ao público.

Por exemplo, no cinema somente se inclui o artista recriado no filme tal qual é feito com qualquer efeito especial. Por sua vez, quando se

fala da ressurreição no meio musical, principalmente no que tange aos shows, tem-se que, além do processo de recriação, é necessário, também, a utilização de uma outra tecnologia para projeção dessas imagens, bem como a utilização de outras técnicas de ótica para dar ao público a sensação de estar diante de um artista tridimensional (IFEANYI, 2019).

O foco do presente trabalho será apenas na fase inicial da ressurreição digital, pois, a fase seguinte da ressurreição se trata, apenas, da mera exibição pública do resultado do projeto, a qual pode ser feita das mais diversas formas.

Dentro do projeto de desenvolvimento da ressurreição digital é possível apresentar duas formas na condução dele. A primeira, quando o projeto é desenvolvido praticamente de forma artesanal e a segunda, em que o processo é desenvolvido com a aplicação de inteligência artificial, mais precisamente com o uso da tecnologia conhecida como *deepfake*⁸.

Para melhor compreensão dos dois modelos, serão observados dois casos práticos. O primeiro envolvendo a ressurreição digital de Peter Cushing para o filme *Rogue One: a Star Wars Story* de 2016 e, o segundo, a ressurreição de Salvador Dalí feita pelo Museu Dali, nos Estados Unidos.

1.2.1 A ressurreição de Peter Cushing

O projeto de ressuscitar Cushing (*Rogue One: a Star Wars Story*), como alega John Knoll, surgiu da busca por atender a uma necessidade de roteiro (ITZKOFF,2016). Isso porque, no período em que a história se passava dentro de universo cinematográfico em questão, o personagem de Cushing ainda era vivo e possuía certa importância na história. Contudo, seu ator já havia falecido.

Nesse caso, o processo de ressurreição consistiu, primeiramente, na realização de um estudo minucioso de imagens de arquivo do ator em sua aparição no primeiro filme Star Wars de 1977. Isso foi feito para que os artistas gráficos conseguissem recriar suas medidas, bem como perceber aqueles pequenos detalhes de sua aparência e de seus trejeitos

⁸ Ponto a ser tratado no tópico 2.2.2.

(movimentos corporais voluntários e involuntários) que caracterizavam a sua performance (ITZKOFF, 2016).

Algo que se mostrou de grande ajuda na hora de recriar o ator, foi o fato de que a Lucasfilm, produtora dos filmes da franquia Star Wars, conseguiu adquirir com a Paramount, outro estúdio de cinema, um molde do rosto de Peter Cushing, o qual havia sido confeccionado para servir como base para a confecção de adereços protéticos que foram utilizados na gravação do filme “*Top Secret!*”, de 1984. Isso permitiu que a Industrial Light and Magic (ILM), empresa responsável pela criação dos efeitos especiais do filme, digitalizasse uma cópia perfeita do rosto do ator, o que deixou o modelo computadorizado o mais semelhante possível ao real (ANDERTON, 2017).

A etapa seguinte, foi a contratação do ator britânico Guy Henry, pois uma vez que o modelo digital não tem a capacidade de atuar, era necessário que fosse contratado um ator para realizar a interpretação para o filme.

Para que fosse possível somar a atuação de Henry com o modelo de Cushing, foi necessário que o ator vivo utilizasse equipamentos de captura de movimentos que, posteriormente, seriam inseridos em um modelo tridimensional do Henry, para então serem transferidos para o modelo de Cushing (SAKAR, 2016).

Acontece, porém, que ocasionalmente havia pequenas diferenças entre os dois modelos, algo perfeitamente aceitável, haja vista que se tratam de indivíduos diferentes, com atuações diferentes, por mais que Henry estivesse tentando emular Cushing. Nesse caso, restou necessário que os artistas gráficos arrumassem os menores detalhes para a conclusão do projeto (SARKAR, 2016). O resultado de todo esse trabalho, foi uma representação realista de um ator falecido há mais de vinte anos (1994), com a aparência que tinha há mais de quarenta anos (1977).

Entretanto, apesar de a ressurreição digital de Cushing representar um grande avanço na criação de um rosto digital convincente, este objetivo, ainda não foi alcançado. Isso porque, recriar um rosto humano capaz de enganar o cérebro é algo extremamente difícil, o que resulta numa sensação de estranheza. Esse obstáculo é conhecido como *uncanny valley*, ou vale da estranheza, numa tradução livre.

O vale da estranheza, é uma teoria publicada em 1970 pelo robotista Masahiro Mori. Nela, é explorado o conceito de que se robôs fossem feitos com aparência muito próxima à humana, eles poderiam gerar uma sensação desagradável nas pessoas (FLACH *et all*, 2012). Isso se dá porque os seres humanos tem a capacidade de identificar as diferenças nos movimentos realizados pelo objeto antropomórfico em comparação com os movimentos de uma pessoa (AZEVEDO, ZORTÉA, 2017), principalmente no que se refere a velocidade e aceleração desses movimentos (FLACH *et all*, 2012).

Essa repulsa gerada pelo vale da estranheza é ainda um grande obstáculo na ressurreição digital criada nesse primeiro modelo, razão pela qual o segundo modelo de ressurreição digital tem chamado mais atenção.

1.2.2 A ressurreição de Salvador Dalí

O segundo modelo de ressurreição digital, o qual tem por base a utilização da inteligência artificial, pode ser mais bem compreendido com base no caso de Salvador Dalí. A ideia desse projeto, diferentemente de Cushing, não foi uma necessidade de roteiro de alguma obra, mas sim a vontade do museu em celebrar os 115 anos do nascimento do artista.

O projeto conhecido como *Dalí Lives*, foi desenvolvido em parceria entre o museu The Dalí e a agência de publicidade Goodby, Silverstein & Partners (LEE, 2019) e contou, ainda, com o apoio e aprovação da Fundação Gala-Salvador Dali, responsável pela gestão e proteção da imagem e obras do artista (HARIDY, 2019).

O processo de ressurreição, inicialmente muito similar ao outro modelo, consistiu numa imensa análise das entrevistas e imagens do artista, sendo selecionados imagens e *frames* em que Dalí estava na posição correta para o projeto desenvolvido, consistindo algo em torno de 6.000 *frames* e, por fim, tais imagens foram inseridas na inteligência artificial para análise, resultando em mais de 1.000 horas de *machine learning* para se chegar ao resultado almejado (THE DALI MUSEUM, 2019).

Machine learning, ou aprendizado de máquina, pode ser definido, de forma simplificada, como o processo pelo qual se ensina o computador a realizar atividades simples, com base em experiência. Ou seja, a partir de um conjunto de informações base, a máquina analisa estatisticamente as informações para prever cenários possíveis (WACHOWICZ; GONÇALVES, 2019).

Em paralelo, além das entrevistas e imagens de arquivo, foram analisados cartas, citações, gravações, textos, anotações e afins do artista, para estabelecer as linhas de diálogo que seriam utilizadas para que o ressuscitado pudesse conversar com os visitantes.

Em seguida, foi contratado um ator com um biotipo muito similar ao de Dalí para ser o corpo do artista, e, também, um dublador para imitar a sua voz e seu sotaque peculiar (uma mistura de francês, espanhol e inglês) (HARIDY, 2019).

Por fim, o ator que faz o corpo é gravado interpretando Dalí, para depois ser inserido o rosto criado pela inteligência artificial na interpretação realizada, e, conjuntamente a isso, é feita a sincronização com a dublagem do responsável pela criação da voz.

O resultado são 125 vídeos interativos que perfazem um total de 45 minutos de imagens “novas” de Salvador Dalí, e que permitem 190.512 combinações possíveis de conversas interativas entre os visitantes e o artista, fazendo com que cada interação seja única (THE DALI MUSEUM, 2019).

Os visitantes do museu podem conversar com o artista sobre histórias de sua vida, conversas sobre o tempo, entre outras coisas (FOREMAN, 2019), retirando, com isso, o público do papel de mero expectador e o colocando como parte da situação, auxiliando na imersão dele na obra do pintor.

Esse processo é conhecido como *deepfake*, o qual, origina-se da junção das expressões *deep learning* e *fake*, sendo que esta significa falso, enquanto que aquela se trata de uma versão mais complexa do *machine learning*.

O *deep learning*, ou aprendizado profundo, se baseia na utilização de redes neurais para encontrar padrões em meio aos dados inseridos para análise.

Tal como se observa da explanação de Wachowicz e Gonçalves (2019, p. 55):

A tecnologia consiste em uma série de unidades (assimilando-se aos neurônios). Cada uma dessas unidades combina uma série de valores de entrada (inputs) para produzir um valor de saída (output), que por sua vez também é passado para outros neurônios seguindo uma corrente (OSTP, 2016, p. 09). Desse modo, uma aplicação que utilize Deep Learning vai, em uma primeira etapa, analisar uma sequência de dados para chegar em determinado padrão; em seguida vai passar esse padrão por uma segunda camada de análise para chegar em um padrão mais refinado e daí em diante.

Assim, é possível que a rede aprenda uma série de estruturas mais complexas, sem que haja a necessidade de alimentar o sistema com uma quantidade excessiva de dados.

Por sua vez, os *deepfakes*, podem ser conceituados como vídeos digitalmente manipulados por uma inteligência artificial, que, após aprender as características de um rosto, consegue inseri-lo em outro material (ÖHMAN, 2019). Assim, essas obras podem representar indivíduos dizendo, ou até mesmo fazendo, algo que nunca disseram ou fizeram, tudo por meio da troca de rostos.

Do ponto de vista tecnológico, o processo pode ser explanado da seguinte forma (WESTERLUND, 2019, p. 40-41):

(...) *deepfakes* são o produto das redes contraditórias generativas (RCGs), nomeadamente duas redes neurais artificiais trabalhando junto para criar uma mídia realista (CNN03). Essas duas redes chamadas 'o gerador' e 'o discriminador' são treinadas com o mesmo banco de imagens, vídeos ou sons (GRD03). A primeira então tenta criar novas amostras que sejam boas o suficiente para enganar a segunda rede, que trabalha para determinar se a nova mídia pa-

rece real (FBR07). Assim, elas forçam o aperfeiçoamento uma da outra (PCM05).⁹

No caso do Dalí, as *deepfakes* contam com uma rede neural que consegue, com base em análise de dados (imagens e vídeos), reproduzir, de forma quase perfeita, o comportamento, fala ou aparência de Dalí, para, em seguida, ser cruzado com o outro material produzido, ou seja, com a gravação realizada pelo ator físico, para, só então e com base nas informações coletadas, trabalhar na substituição do rosto do ator vivo pelo do pintor falecido.

Outro ponto a se considerar nesse modelo é que, enquanto nos casos mais tradicionais de ressurreição digital – como no caso de Peter Cushing – em que o processo é visto como um esforço colaborativo entre o artista que realiza a performance e a equipe de efeitos visuais. Esta geralmente é composta por diversos artistas que se utilizam dos softwares mais avançados de digitalização, animação e de renderização, mas que levam semanas de trabalho para produzir segundos de uma animação (LI, 2019). Por outro lado, a *deepfake* deixa o trabalho de animação para apenas um sistema de inteligência artificial, o qual aprende a replicar e combinar o rosto do artista que se pretende recriar com a performance gravada pelo ator vivo, garantindo um resultado em que é quase imperceptível identificar a simulação.

Observa-se que, independentemente do método utilizado, é inquestionável o fato de que ambos entregam projetos em que um artista já falecido aparece como se vivo ainda estivesse. Ademais, ambos os modelos possuem em sua essência a atividade de sobrepor o rosto de um determinado artista sobre o do outro.

⁹ Do original em inglês: ...*deepfakes are the product of Generative Adversarial Networks (GANs), namely two artificial neural networks working together to create real-looking media (CNN03). These two networks called 'the generator' and 'the discriminator' are trained on the same dataset of images, videos, or sounds (GRD03). The first then tries to create new samples that are good enough to trick the second network, which works to determine whether the new media it sees is real (FBR 07). That way, they drive each other to improve (PCM05).*

Contudo, o presente trabalho não objetiva discutir questões ligadas ao direito autoral sobre o modelo digital criado, mas, tão somente, tem o escopo de estudar os efeitos desse processo nos direitos de intérprete de ambos os artistas envolvidos no projeto, bem como os eventuais desdobramentos gerados pelo uso da tecnologia de ressurreição digital.

Por essa razão, passa-se a analisar como ficam os direitos de intérprete sobre essas obras e a possibilidade, ou não, do artista recriado em ter algum direito sobre o material desenvolvido após a sua morte.

DIREITO DOS INTÉRPRETES NA RESSURREIÇÃO DIGITAL

Como visto no capítulo anterior, a ressurreição digital - enquanto os modelos digitais não forem capazes de atuar ou desenvolver algo que se assemelhe à interpretação – consiste na técnica de mesclar a atuação de uma pessoa com o rosto de outra.

Essa prática é que torna fundamental o aprofundamento no tema dos direitos autorais, com foco direcionado para os direitos dos artistas intérpretes. Pois, é essa categoria que cuida dos direitos desses atores os quais são peças centrais no processo de ressurreição digital. Dessa forma, ao se analisar a ressurreição digital sob a perspectiva dos direitos autorais, surge alguns questionamentos importantes que serão discutidos no presente capítulo, tais como:

O autor falecido tem algum direito sobre essa nova atuação? De que forma são tratados os direitos do intérprete que dá vida ao modelo digital? Como se trata de obras póstumas, qual é o papel dos herdeiros na gestão dos direitos autorais dos artistas falecidos?

Todavia, para que seja possível analisar essas questões, é necessário, primeiramente, compreender a figura dos direitos autorais; em que consiste o referido instituto e, ainda, qual a sua natureza jurídica, para, só então, discutir a figura do direito de intérprete, suas limitações e as implicações dela na tecnologia, mais especificamente quanto à ressurreição digital.

2.1 DIREITOS AUTORAIS

Os direitos autorais fazem parte daquilo que é chamado de propriedade intelectual. Esta, por sua vez, se refere à proteção e ao direito de exclusividade fornecido pelo Estado às obras que derivam da criatividade humana.

A Convenção da OMPI define como *Propriedade Intelectual*, a soma dos 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 atividade 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 proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico. (BARBOSA, 2017, p.07)

Como visto do conceito acima, a propriedade intelectual cobre uma gama de criações. Por essa razão, o ramo da Propriedade Intelectual é um gênero que se divide em três espécies: i) os direitos autorais, que cuidam das criações artísticas, científicas, literárias, *softwares* e as atividades conexas a elas; ii) a propriedade industrial, que regula as criações utilitaristas com um viés no mercado e na produção de bens, tais como marcas, patentes e desenhos industriais; e iii) os *sui generis*, ramo que engloba aquelas criações que não conseguem ser enquadradas nos dois sistemas anteriores, como as topografias de circuito integrado, conhecimentos tradicionais e os cultivares (SILVEIRA, 2014).

Como esgotar a temática seria uma tarefa hercúlea, a presente pesquisa, terá o escopo de analisar apenas o instituto dos direitos autorais, vez que esse, em princípio, é o que mais se relaciona com a temática do presente trabalho.

Entretanto, para que seja possível entender o funcionamento do direito autoral, faz-se necessário, primeiramente, entender a sua natureza jurídica.

É preciso compreender que, ao longo do tempo, houve diversas discussões e debates sobre qual seria o objeto de proteção autoral. As primeiras teorias, conhecidas como as teorias monistas, procuravam colocar o direito autoral como um direito unicamente de personalidade ou patrimonial. Entretanto, nenhuma delas conseguia, de forma eficiente, englobar as particularidades contidas nos direitos autorais (FIGUEIREDO, 2016).

Uma das teorias monistas trata a respeito da possibilidade de utilização exclusiva do direito de personalidade. Ela tem por base o inegável vínculo que existe entre o artista e sua obra, sendo esta reconhecida como uma manifestação de sua capacidade criativa e que, portanto, tem um vínculo permanente com seu criador. Entretanto, é preciso perceber que a tutela do direito autoral busca garantir ao titular da obra uma posição diferenciada com relação a ela frente aos demais, por meio da atribuição da autoria de uma obra a uma determinada pessoa, o que, por sua vez, garante ao autor, em razão do processo criativo, uma série de direitos exclusivos sobre sua obra, os quais atribuem à relação um caráter pessoal, mas não de personalidade (ASCENÇÃO, 1998).

O direito autoral decorre da criação de uma obra, cujo processo é completamente facultativo e não decorrente de um evento natural, como ocorre com os direitos de personalidade, que são atribuídos quando do nascimento. Assim, a partir do momento em que uma obra é criada, ela deixa de ser um bem unicamente interno de seu criador. Ela é separada do espírito e do corpo deste e ganha vida própria, fazendo com que o seu criador adquira, sobre ela, um direito (CIFUENTES apud ZANINI, 2015).

De outro lado, há uma segunda teoria monista, a qual trata o direito autoral como um direito puramente patrimonial. Essa teoria, diferentemente da anterior, observa a obra apenas sob seu aspecto mercadológico, ou seja, a sua exploração enquanto um bem de consumo. Essa teoria é falha, pois o direito patrimonial encontra-se fortemente pautado em bens corpóreos, ou seja, bens físicos que podem ser controlados por seu titular e, o direito autoral, por sua vez, recai sobre bens incorpóreos.

Dentre os possíveis obstáculos para inserir o direito autoral como apenas um direito patrimonial, pode-se indicar uma série de fatores liga-

dos aos direitos de propriedade, tais com o caráter temporário do direito patrimonial nos direitos autorais, o modo de aquisição e a impossibilidade de perda do direito. Entretanto, merece um principal destaque o fato de que a obra não se encontra limitada à sua manifestação física, ou seja, uma vez que ela é exposta, todos aqueles que tiverem conhecimento dela poderão dela usufruir, não sendo possível retirar esse conhecimento, ou experiência, das pessoas ou da coletividade. Pode-se tentar controlar a sua manifestação física, seu suporte, mas não seu caráter artístico. (ASCENÇÃO, 1998; COSTA NETTO, 2019; ZANINI, 2015).

Nesse sentido, insta destacar o contido na obra de Ascensão (2007) para quem a ubiquidade que as obras possuem é principal característica que as diferencia de qualquer outro bem corpóreo. Isso significa que ela não pode ser restringida a determinado território, podendo atingir os mais diversos lugares ao mesmo tempo, uma vez que ela não se desgasta, independentemente de quanto se usa. E por isso ela é tão diferente da propriedade comum, pois o autor pode usar sempre que quiser a sua obra, sem qualquer diminuição pelo fato de terceiros também estarem se utilizando dela, mesmo que esse uso não seja autorizado. Diferentemente dos bens corpóreos em que o titular perde a possibilidade de usar caso um terceiro se apodere dela.

Ambas as teorias falharam em tutelar os direitos autorais. Isso porque, o direito autoral possui elementos que estão diretamente ligados a ambas as correntes, sendo que a opção por apenas uma delas resultaria, invariavelmente, numa omissão quanto às características essenciais do bem autoral, o qual não pode ficar de fora da tutela jurídica. É nesse cenário que a teoria dualista, de Desbois, ganha espaço e se estabelece como sendo a principal corrente, o que, por sua vez, é adotada pelo Brasil. (COSTA NETTO, 2019).

Sobre a impossibilidade de adoção das teorias monistas e, conseqüente, adoção teoria dualista, Bittar (2008), ensina que os direitos autorais não pertencem nem aos direitos reais - direitos patrimoniais - e nem aos direitos pessoais, ligados aos direitos morais, justamente porque os direitos autorais possuem ligação direta com ambas as categorias. Dessa forma, é necessário o reconhecimento de que eles constituem, em verdade, uma

nova modalidade de direitos privados ou *sui generis*. São, portanto, direitos de cunho intelectual que resguardam tanto a exploração dos direitos patrimoniais, quanto os vínculos que existem entre o autor e sua obra.

No mesmo sentido, sobre a classificação do direito autoral enquanto um direito *sui generis*, aponta Zanini (2015) que essa teoria intermediária levou em consideração que os direitos autorais, por visarem a proteção de ambos os aspectos patrimoniais e pessoais da obra, não poderiam ser enquadrados em qualquer categoria tradicional, sendo necessário o reconhecimento da sua especificidade. Assim, o direito autoral pode ser visto como um direito híbrido, tutelando igualmente o elemento imaterial e pessoal, vinculado à personalidade do autor, e o elemento patrimonial, direito que pode ser cedido ou licenciado para terceiros.

Assim, considerando a adoção da teoria dualista, é possível conceituar o direito autoral como sendo “o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências.” (BITTAR, 2008, p.08).

No mesmo sentido, Andrade (2005) define os direitos autorais como uma espécie dentro do gênero propriedade intelectual, que tem por objetivo conferir aos autores das obras um privilégio temporário de uso e gozo, vez que estes contribuíram, de alguma forma, para o desenvolvimento das artes e do progresso científico.

Ainda, é de grande importância trazer o conceito formulado por Clóvis Beviláqua (apud COSTA NETTO, 2019), segundo o qual os direitos autorais são aqueles de natureza real concedidos ao autor de uma obra artística, para reproduzi-las e transmiti-las e, ao mesmo tempo, são os direitos que se manifestam da personalidade do autor da obra, conferindo-lhe a possibilidade de associar o seu nome à sua criação.

Como mencionado, esses conceitos demonstram a adoção pelo Brasil da teoria dualista quanto à natureza jurídica do direito autoral. O que, por sua vez, foi internalizada na legislação brasileira, haja vista que a Lei de direitos autorais (9.610/98) reconhece aos autores os dois tipos de direitos: morais e patrimoniais, os quais poderão ser exercidos sobre as obras.

Os Direitos morais, previstos no art. 24, da Lei 9.610/98¹⁰, estão ligados diretamente à personalidade do autor, permitindo a ele a preservação e tutela de sua obra. Dentre eles estão: o direito de reivindicar a autoria; ter seu nome vinculado na utilização da obra; conservar a obra inédita; assegurar a sua integridade; modificar, retirar de circulação e, por fim, de ter acesso à exemplar raro. São direitos, portanto, que buscam assegurar ao autor o controle sobre a sua obra por entender que esta é, em essência, uma manifestação direta da sua personalidade.

Sobre o direito moral, Alessandra Helena Neves (2011) aponta que ele é o vínculo perene de união do autor à sua obra. Vínculo esse que, pela lei, é considerado como um direito personalíssimo e, portanto, intransmissível, perpétuo, imprescritível, inalienável e irrenunciável.

Observa-se que o direito moral vai além daqueles atributos estipulados nos incisos do referido artigo 24 da lei. Ele traz consigo alguns princípios inerentes ao direito autoral, tais como: a perpetuidade, ou seja, ele sobrevive ao próprio autor; a inalienabilidade, não pode ser cedido a terceiros; irrenunciabilidade, não cabe ao autor renunciar a sua obra enquanto essa é extensão de sua própria personalidade; imprescritibilidade, não importa quanto tempo se passe o autor sempre poderá agir para reclamar o respeito aos seus direitos; impenhorabilidade, possui relação direta com a inalienabilidade, uma vez que, da mesma forma com

¹⁰ Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

que não podem ser cedidos a terceiros, não podem, os direitos morais do autor, serem objeto de penhora (FRAGOSO, 2009).

O direito moral do autor, é, em essência, a ligação dele com sua obra. Sendo, portanto, o reconhecimento de que ela é uma forma de extensão da personalidade do artista, e, por isso, cabe apenas a ele o direito de ser reconhecido enquanto autor, bem como o poder de garantir a integralidade de sua obra e a possibilidade de realizar ou autorizar sua modificação.

É por essa razão que, conforme leciona José Carlos Costa Netto (2019), os direitos morais do autor se sobressaem aos direitos patrimoniais. Isso fica evidente quando a lei permite ao autor retirar de circulação uma obra, mesmo que esse uso tenha sido previamente autorizado.

Os direitos patrimoniais, por sua vez, contidos no artigo 28 da mesma lei, garantem ao autor os direitos de usar, fruir e dispor da obra. Esse direito tem sua origem atrelada ao direito de exclusivo que a própria Lei de Direitos Autorais confere aos autores, cujo escopo é a compensação e o incentivo ao artista por seu exercício criativo. Disso, portanto, decorre o direito do autor de explorar economicamente a obra, e, também, legítimar ou se opor quanto ao seu uso por terceiros. (BITTAR, 2008).

A Lei de Direitos Autorais, no seu artigo 29, estabelece que para a utilização da obra, seja por meio de reprodução, edição, adaptação, tradução, distribuição, ou qualquer outra modalidade que venha ser inventada, é indispensável a autorização prévia e expressa do autor¹¹.

¹¹ Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

Esse direito patrimonial pode, diferentemente dos morais, ser objeto de cessão e/ou licenciamento, ou seja, ele pode ser transferido total ou parcialmente para um terceiro, o qual poderá exercer todos aqueles direitos previstos no artigo 29, como se autor fosse (BITTAR, 2008). Contudo, é importante a ressalva de que os direitos morais de autor, como visto anteriormente, permanecem com o autor originário da obra:

Mesmo no regular exercício de direitos patrimoniais, o cessionário de direitos autorais não tem a autonomia de “proprietário” do bem adquirido em decorrência da impossibilidade de rompimento da ligação existente entre a obra e o seu autor, em todos os momentos - e *diferentes formas* - de utilização daquela. (COSTA NETTO, 2019, p. 240)

Outra diferença significativa entre o direito patrimonial e o direito moral do autor, está no fato de que, enquanto este permanece para todo o sempre, aquele não é perpétuo, pois ele cessa 70 anos após a morte do autor, momento em que a obra passa a fazer parte do Domínio Público. Isso significa que qualquer pessoa poderá utilizar a obra, mesmo que comercialmente, sem a necessidade de autorização ou pagamentos, sendo obrigatório, apenas, que se respeitem os direitos morais de integridade e autoria da obra.

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

- a) representação, recitação ou declamação;
- b) execução musical;
- c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;
- d) radiodifusão sonora ou televisiva;
- e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
- f) sonorização ambiental;
- g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
- h) emprego de satélites artificiais;
- i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
- j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Como se observa, essas são as linhas gerais que envolvem os direitos autorais. Entretanto, para se discutir o direito autoral dos intérpretes, principalmente com relação aos desdobramentos trazidos pela tecnologia da ressurreição digital, é preciso fazer uma última distinção nos direitos autorais. Isso porque, em verdade, ele mesmo se subdivide em duas categorias: os direitos de autor e os direitos conexos.

O direito de autor compreende todos os direitos até então expostos. Como leciona Bittar (2008, p. 03): “(...) reservou se ao Direito de Autor a regência das relações jurídicas decorrentes da criação e da utilização de obras intelectuais estéticas, integrantes da literatura, das artes e das ciências”.

Com o passar do tempo, principalmente em razão de avanços tecnológicos que impactaram sobremaneira a forma com que a arte seria difundida, bem como em reconhecimento a aqueles que, por meio de sua própria atividade criativa, dão vida à obra de outros autores, é que surge a figura dos direitos conexos.

Sobre a necessidade de criação desse direito, Bittar (2008) explica que o progresso das comunicações e a evolução do pensamento científico, levaram a percepção de que novos direitos intelectuais são necessários para resguardar aqueles que, de alguma forma, contribuem, tanto para a vivificação de criações ou sua realização concreta, quanto para aqueles que auxiliam na sua fixação e difusão. Esses novos direitos são denominados de conexos aos de autor, e podem ser titularizados por artistas, intérpretes, executantes e produtores de fonogramas e de filmes.

Os direitos conexos surgem muito posteriormente ao direito de autor, enquanto este tem como ponto de uniformização e ampla adesão à Convenção de Berna de 1886, aquele, é objeto de Convenção Internacional apenas em 1961, na Convenção de Roma.

A Convenção Internacional Sobre a Proteção de Artistas, Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, conhecida como a Convenção de Roma foi firmada na cidade de Roma em 26 de outubro de 1961.

A Convenção nasceu, a princípio, em decorrência da crescente importância que já vinha sendo dada aos intérpretes ou executantes em legislações nacionais anteriores, (FRAGOSO, 2009, p. 99)

Ainda, sobre o reconhecimento dos direitos conexos, importante é a lição trazida por Bittar (2008). Para o autor, é possível constatar que a previsão legal desses direitos apenas aconteceu muito posteriormente a proteção do autor, quando houve uma conscientização por parte dos países ali reunidos da necessidade de proteger, também, o direito sobre aquelas obras que tem por principal objetivo a vivificação das obras intelectuais já materializadas. Por isso, protege-se o produtor fonográfico, as empresas de radiodifusão, de um lado, e do outro as interpretações artísticas e as execuções.

Assim, surge o reconhecimento da figura dos direitos conexos ao de autor. Ciente dessa importância, é que o Brasil ratifica a Convenção em 1965, por meio do Decreto nº 57.125 (VALENTE, 2019). Dessa forma, esses direitos já estão resguardados na antiga lei de direitos autorais de 1973, sendo reconhecidas as figuras dos artistas intérpretes e executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão, como titulares de um direito que possui sua natureza próxima a do direito de autor, sem que com este se confunda (FRAGOSO, 2009).

Na mesma linha, Bittar (2008) define os direitos conexos como aqueles reconhecidos no plano dos direitos de autor para aquelas categorias que, de alguma forma, auxiliam na criação, produção ou difusão das obras intelectuais. Sendo, portanto, direitos análogos ao de autor, e tais como estes, são reconhecidos universalmente.

Quando se discute o processo de ressurreição digital, enquanto tecnologia que permite inserir digitalmente uma celebridade já falecida sobre o rosto de outro artista, dando ao público a sensação de estar diante de uma nova obra do falecido artista, faz-se necessário apenas analisar a figura do artista intérprete, uma vez que outros agentes, como os produtores e as empresas, estão muito mais relacionados ao aspecto econômico dos direitos conexos e não de expressão artística, como é o caso dos intérpretes e executantes.

Como afirma Bittar (2008), os direitos conexos amparam as criações intelectuais de artistas, que colocam em suas interpretações características pessoais próprias, ao mesmo tempo em que ajudam a divulgar a obra interpretada por meio de reproduções ou utilizações não autorizadas. Por outro lado, os direitos conexos asseguram os interesses econômicos dos agentes que, por meio de investimento financeiro, são responsáveis por fixar a obra e disponibilizá-la ao público.

Passa-se, portanto, à análise da figura dos intérpretes, uma vez que é seu trabalho que dará vida ao processo de ressurreição digital, bem como é sobre os intérpretes já falecidos que os trabalhos nessa área têm sido desenvolvidos.

2.2 OS INTÉRPRETES

Como visto, o direito dos intérpretes é algo relativamente novo, porquanto passou a ser efetivamente reconhecido após a Convenção de Roma. Sobre isso, é interessante apontar que a movimentação que culminou na elaboração do referido documento possui uma ligação direta com a figura dos artistas intérpretes, principalmente os atores, uma vez que, como leciona Ascensão (1997, p.463), “Os atores terão sido os primeiros prejudicados com esta situação. Privilégios que anteriormente lhes terão cabido, como o direito ao papel, no desempenho de certa obra dramática, foram esmagados pela consagração da proteção exclusiva do autor.”.

A situação dos intérpretes apenas passa a dar sinais de mudança quando os avanços tecnológicos possibilitam a fixação e difusão das interpretações em uma escala muito maior do que existia até então. Para Costa Netto (2019), essa evolução foi algo natural dentro da doutrina, em especial da alemã, quando se percebeu o potencial do mercado que emergia dessas novas possibilidades tecnológicas.

Constatação endossada por Ascensão (1997) para quem, quando se tornou possível que a interpretação fosse exibida em um ambiente diferente, ou até mesmo que ela fosse fixada e exibida em ambientes diferentes, constatou-se uma mudança no problema. Dessa forma, não

existe apenas a obra literária ou artística para ser protegida. É preciso resguardar, também, os intérpretes, que, por muitas vezes, podem ter sua performance repetida ao longo dos anos. O jurista, ainda, aproveita para apresentar a gravidade dessa situação, vez que o intérprete pode ter recebido valores referentes a uma única performance, o que por sua vez, tornaria injusto ele não ter acesso a mais nenhuma forma de remuneração pelos usos futuros daquela interpretação que foi fixada.

A importância dos intérpretes para a criação da Convenção de Roma também é reconhecida por Fragoso (2009), o qual destaca que essa Convenção foi o resultado de uma longa disputa, a qual visava, inicialmente, proteger basicamente os atores de teatro e cinema. Pois, ainda que não sejam os criadores da obra a qual interpretam, inquestionavelmente colocam em suas interpretações elementos de suas próprias personalidades e capacidades criativas, dotando a obra de uma identidade própria, caracterizada por uma interpretação, única e individual.

Feitas as considerações sobre o papel fundamental dos artistas intérpretes e executantes para o desenvolvimento dos direitos conexos, passa-se agora à compreensão sobre essas figuras dos titulares dos direitos autorais.

Primeiramente, faz-se necessário compreender se existe alguma diferença entre essas duas categorias de artistas. O texto legal, no artigo 5º, inciso XIII, apresenta os intérpretes e executantes como sendo parte de uma mesma coisa (BRASIL, 1998):

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

XIII - artistas intérpretes ou executantes - todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore.

Entretanto, existem doutrinadores, dentre os quais é possível destacar Fragoso (2009), que entendem a existência de distinção clara entre esses dois tipos de artistas. Esse entendimento do jurista se baseia na

interpretação musical, tendo em vista a grande variedade de estruturas possíveis de conjuntos a orquestras. Nesse segmento, o que diferencia o intérprete do executante é que, para o primeiro, a música permite que ele tenha certa liberdade, enquanto para o segundo essa liberdade não existe, ficando sua criatividade restrita e obrigando-o a cumprir movimentos pré-determinados. Portanto, haveria que se observar um fator de liberdade, pois para o intérprete é possível se expressar por meio da música, mas o mesmo não pode ser dito para o executante. Essa falta de liberdade pode decorrer de diversos fatores como a falta do talento necessário e uma disciplina rigorosa para as execuções das obras, a qual pode ser decorrente da posição que o executante ocupa no conjunto.

Contudo, em contraponto ao esposado, juristas como Ascensão (1997), acreditam que tentar distinguir os dois, atribuindo ao executante um rótulo de mera reprodução de uma obra, é algo extremamente prejudicial e que, por sua vez, estaria reduzindo-o de artista para mero técnico. Por essa razão, o professor defende que não existe uma distinção de fato entre eles. Todos os artistas são intérpretes, uma vez que, o intérprete seria “todo aquele que dá vida a uma obra. Partindo da figuração normal, da existência de uma obra preexistente, o intérprete realiza aquele complemento da obra que permite a sua atualização em forma visual ou auditiva” (ASCENSÃO, 1997, p.473). Sendo a única diferença entre eles, o fato de que os executantes seriam aqueles intérpretes que atuam por meio de um instrumento.

Nesse sentido, conclui o professor: “Teríamos então fundamentalmente que distinguir, de um lado, os executantes, que seriam os músicos, do outro, os intérpretes em sentido restrito, que seriam todos os restantes artistas.” (ASCENSÃO, 1997, p.473).

Independentemente da corrente sobre a existência ou não de distinção entre as duas categorias, a presente pesquisa é pautada na figura do intérprete. Eis que, para a criação das obras de ressurreição digital, via de regra, não serão utilizados instrumentos musicais e, também, não podem os artistas que fazem a realização da captura de movimento e aqueles recriados digitalmente serem considerados como mero executantes das obras audiovisuais em que aparecem.

Para Fragoso (2009), não existe, no audiovisual, a possibilidade de diferenciar artistas intérpretes de executantes. Uma vez que, independentemente de serem os atores principais ou elenco de apoio, toda interpretação está sujeita ao trabalho criativo dos atores. Sobre isso escreve: “Os intérpretes são e sempre serão aqueles que se distinguem pela personalidade de suas interpretações, pelo modo como expressam a obra interpretada, conferindo-lhe uma especificidade inconfundível, como típica atividade criadora.” (FRAGOSO, 2009, p. 252).

Superado esse ponto, é preciso compreender a tutela conferida a esses intérpretes pela legislação. A Lei 9.610/98, em seus artigos 90 e 92, atribui aos intérpretes, respectivamente, direitos patrimoniais e morais sobre as suas performances.

2.3 OS DIREITOS DOS INTÉRPRETES

Como explicitado acima, aos intérpretes, assim como aos autores, são conferidos tanto os direitos patrimoniais quanto morais sobre suas performances. E, por ser uma atividade criativa, a lei autoral, no artigo 89¹², garante a eles a aplicação, quando possível, das mesmas normas relativas ao direito de autor. Entretanto, essa aplicação não é idêntica, haja vista que a lei autoral apresenta alguns elementos que deverão ser considerados na discussão quanto aos direitos dos artistas intérpretes.

A seguir, serão analisados os direitos patrimoniais e morais dos intérpretes, levando em consideração as particularidades inerentes à atividade. Ao mesmo tempo, tais direitos serão analisados sob a ótica da ressurreição digital, para melhor compreensão de como eles podem, ou não, ser afetados por essa tecnologia e a forma de proteção conferida às partes.

¹² Art. 89. As normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.

2.3.1 Os direitos patrimoniais

Cabe ao artista intérprete autorizar ou proibir a fixação, reprodução, execução pública, colocação à disposição do público ou qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações.

Nesse sentido, a interpretação é reconhecida como um bem intelectual de propriedade do intérprete ou executante, sendo prerrogativa dele a exploração econômica daquela performance. Dessa forma, não é permitido que qualquer pessoa, sem a obtenção da devida autorização, prévia e expressa, possa gravar, reproduzir, transmitir, seja por radiodifusão, televisão satélite ou qualquer outra modalidade a interpretação feita pelo artista (COELHO, 2010).

Na mesma linha, escreve Martha Sá:

Os artistas são titulares de direitos conexos aos de autor, com o que, nos termos do art. 90 da lei autoral, pertence-lhes o direito de exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir a fixação, reprodução, execução pública, locação, radiodifusão, enfim, a utilização, de qualquer forma, de suas interpretações ou execuções. (SÁ, 2006, p. 203)

Como ocorre com os titulares dos direitos de autor, aos artistas intérpretes também é permitida a alienação de seus direitos patrimoniais. Contudo, a Lei n. 9.610/98, em seu artigo 90, §1^o¹³, apresenta uma ressalva muito característica da categoria, pois, caso a obra possua vários artistas intérpretes ou executantes envolvidos, esses direitos não serão mais exercidos pelo artista, mas sim pelo diretor desse conjunto de artistas. Os exemplos mais comuns são os diretores de cinema e os maestros.

Importante destacar que a cessão dos direitos patrimoniais dos artistas passa, ainda, por um debate doutrinário. Isso porque, a Lei de Direi-

¹³ Art. 90. Tem o artista intérprete ou executante o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir:

(...)

§ 1º Quando na interpretação ou na execução participarem vários artistas, seus direitos serão exercidos pelo diretor do conjunto.

tos Autorais (9.610/98), não revogou a Lei 6.533/78, a qual regulamenta as profissões de artistas e de técnicos em espetáculos de diversões.

A divergência tem origem no contido no artigo 13¹⁴, da lei 6.533/1978, o qual estabelece que não é possível a cessão ou promessa de cessão dos direitos autorais que decorram de uma prestação de serviço profissional. Nesse caso, o intérprete não poderia ceder os direitos de sua performance, algo que, inclusive, contradiz a própria Lei 9.610/98, que prevê, em caso como dos filmes, que os direitos sobre as performances serão exercidos pelo diretor.

Sobre essa limitação, é possível identificar doutrinadores que entendem que a cessão feita pelos artistas, quando decorrente da relação de trabalho, é sempre de forma temporária e limitada.

Nesse sentido destaca-se a posição de Coelho (2010), o qual entende que os usos imediatos visados quando da celebração do contrato pelas partes sempre terá um caráter provisório, tendo, portanto, a natureza de um licenciamento ou concessão, mas nunca de cessão. Uma vez que a interpretação ou execução é utilizada, ela retornaria para o artista o qual passa a exercer a titularidade integral sobre a sua criação artística.

Outros autores defendem que a cessão dos direitos dos intérpretes é plenamente possível. Dentre os doutrinadores é possível citar Martha Sá (2006), para quem, com base no art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁵, apesar de a Lei 9.610/98 (LDA) não ter revogado a Lei nº 6.533 de 1978, a LDA revogou desta última todos os dispositivos em contrário a ela, pois a lei posterior revoga a anterior. Dessa forma, tal entendimento serve como sustentação para a prevalência da LDA, ficando, portanto, os direitos patrimoniais dos intérpretes passíveis de cessão.

¹⁴ Art . 13 - Não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais.

¹⁵ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Ao olhar para a ressurreição digital, observa-se que, quando ela for utilizada, por exemplo, em um filme, o intérprete não poderá exercer o controle sobre as utilizações de suas performances, vez que esse direito será exercido pela figura do diretor da obra. Por outro lado, nos casos como o de Dalí, ou de músicos como Tupac, seria possível que o intérprete exercesse os seus direitos, visto que se trata de uma performance individual. Contudo, é difícil crer que quando da realização de projetos dessa natureza, as empresas, fazendo-se valer da previsão legal, não estipulem em seus contratos a cessão desses direitos patrimoniais. O que, por sua vez, deixaria ao intérprete apenas os seus direitos morais.

2.3.2 Os direitos morais

Os direitos morais são assegurados aos intérpretes conforme disposto na lei autoral, artigo 92¹⁶. Entretanto, ela confere apenas dois direitos morais a serem exercidos por eles: os direitos de paternidade e integridade. Vê-se que essa concessão é menor do que aquela deferida aos autores das obras, mas, ao mesmo tempo, é maior do que aos direitos dos outros titulares de direitos conexos, aos quais são conferidos apenas direitos patrimoniais e não morais (BRASIL, 1998).

Esse reconhecimento decorre da natureza da atividade do intérprete, que, em cada trabalho, insere um pouco de si e das suas experiências naquela leitura da obra original.

Sobre essa atividade criadora do intérprete, Fábio Ulhoa Coelho (2010), defende que é clara a criação de uma obra intelectual quando da interpretação de determinada obra, pois, ao desenvolver tal atividade, o artista intérprete agrega elementos de sua personalidade e suas experiências àquele exercício criativo, o que, não raras vezes, pode dar origem a nuances que sejam próprias dos artistas e que, de alguma forma, enriquecem aquela obra a qual está dando vida.

¹⁶ Art. 92. Aos intérpretes cabem os direitos morais de integridade e paternidade de suas interpretações, inclusive depois da cessão dos direitos patrimoniais, sem prejuízo da redução, compactação, edição ou dublagem da obra de que tenham participado, sob a responsabilidade do produtor, que não poderá desfigurar a interpretação do artista.

Nesse mesmo raciocínio é válido apresentar a visão de Victor Drummond (2020, p.17), para quem a interpretação é a “união entre as palavras, o sentimento e a verdade do intérprete e do espectador.” O doutrinador continua afirmando que a arte do intérprete é instantânea e que, salvo se ocorrer sua fixação, deixa de existir logo na sequência. Dessa forma, o exercício da interpretação é algo único nas artes, vez que depende da presença de um terceiro para sua realização (DRUMMOND, 2020).

Por essa razão, é que a lei expressamente confere aos intérpretes os direitos morais sobre suas criações. Mas, como mencionado anteriormente, ela confere apenas dois direitos morais. Esses, por sua vez, tal como acontece com os titulares de direito de autor, também são inalienáveis e irrenunciáveis, ainda que a legislação autoral, ao tratar do tema, não tenha especificado tal condição.

Nessa linha escreve Martha Sá (2006, p. 204):

Quando o legislador diz que aos intérpretes cabem os direitos morais, “inclusive depois da cessão dos direitos patrimoniais”, está prescrevendo que os direitos morais de integridade e paternidade sempre se conservam no patrimônio de seu titular, ou seja, tornam-se inalienáveis e irrenunciáveis, mesmo que o artista intérprete ou executante tenha cedido seus direitos patrimoniais.

Assim, é de grande importância analisar ambos os institutos para que seja possível compreender de que forma tais direitos podem ser afetados pelos processos de ressurreição digital.

2.3.2.1 Direito de paternidade

O primeiro dos direitos morais de autor a ser analisado será o direito de paternidade, o qual pode ser conceituado com o direito que o autor da obra tem de reivindicar o reconhecimento como autor da obra, seja associando seu nome, pseudônimo ou qualquer outra forma de identificação que faça vinculação da sua pessoa a ela. A não observância desse direito por terceiros, ou seja, a atribuição falsa da autoria, legitima o autor

da obra a demandar em juízo para que cesse a violação, bem como possibilita indenização por perdas e danos.

Sobre esse direito, escreve Zanini (2015), que no Brasil o entendimento prevalente sobre o direito de paternidade é composto por dois aspectos: um positivo e o outro negativo. O positivo é o direito que o autor tem de exigir que a obra seja divulgada com a menção da designação determinada por ele, não podendo essa indicação ser excluída, substituída, ou modificada pela de outra pessoa. Quanto ao aspecto negativo, ele é exercido quando alguém atribui, falsamente, a autoria para si ou outro, em prejuízo do criador original da obra, sendo plenamente possível ao autor reagir contra a violação cometida, podendo exigir o a atribuição de seu nome como autor daquela obra.

Ao olhar sob a perspectiva da ressurreição digital, esse direito de paternidade suscita algumas questões que merecem ser analisadas. Contudo, para tanto, é preciso entender uma particularidade da atividade dos artistas intérpretes. Para isso, é interessante voltar ao caso de Peter Cushing.

Observa-se que o ator deu vida ao personagem de Grand Moff Tarkin no filme clássico da saga Star Wars no ano de 1977. E, em 2016, foi a vez de Guy Henry dar vida ao mesmo personagem. Contudo, para atingir esse objetivo, o intérprete estudou a fundo a atuação de Cushing no filme original de 1977, com o objetivo de replicá-la. Seria, portanto, Cushing, o titular da performance de 2016, uma vez que se trata de uma replicação da sua performance de 1977?

A resposta é não. Isso porque, a legislação, em que pese objective garantir ao intérprete um direito sobre a utilização de suas interpretações, não faz com que ele passe a ser o dono do personagem, pois este pertence ao titular dos direitos autorais da obra preexistente na qual o ator se baseou (ASCENSÃO, 1997). Dessa forma, ao ator cabe apenas a possibilidade de combater os usos não autorizados de sua performance, com base no contido no artigo 90¹⁷ da lei autoral.

¹⁷ Art. 90. Tem o artista intérprete ou executante o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir:

I - a fixação de suas interpretações ou execuções;

Diferentemente do direito autoral que garante ao seu titular a possibilidade de se proteger contra cópias feitas por terceiros, esta proteção não se estende aos intérpretes, vez que apenas as obras podem ser plagiadas e não as interpretações.

Nesse sentido, cumpre trazer, novamente, os ensinamentos do professor Ascensão (1997, 479):

Mas é impossível falar em plágio de uma interpretação/execução.

Centenas de artistas tentaram tocar violino como Oistrakh, cantar como Elvis Presley, dançar como Margot Fonteyn. Podem ir desde a cópia servil à inspiração – tomar jeito de... Também no Brasil são inúmeros os Paulo Gracindo ou as Gal Costa. Podemos gostar ou não.

O que não podemos dizer é que o “plágio”, ou até a cópia servil de uma interpretação/execução, representam um ilícito – e até um crime, na conceituação da lei brasileira. Copiam-se obras, não interpretações.

Justamente porque a interpretação não se objetiva nem se separa do artista, não há em relação a ela a possibilidade de apropriação que existe em relação à obra literária ou artística.

A contratação do ator Guy Henry para ser o novo artista intérprete, afasta o direito de Cushing, pois este não possui qualquer direito sobre a obra nova. Afinal, em momento algum do filme de 2016 utilizou-se da atuação feita por Cushing no filme de 1977. Restando apenas o trabalho

II - a reprodução, a execução pública e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas;

III - a radiodifusão das suas interpretações ou execuções, fixadas ou não;

IV - a colocação à disposição do público de suas interpretações ou execuções, de maneira que qualquer pessoa a elas possa ter acesso, no tempo e no lugar que individualmente escolherem;

V - qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções.

§ 1º Quando na interpretação ou na execução participarem vários artistas, seus direitos serão exercidos pelo diretor do conjunto.

§ 2º A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações.

criativo e de estudo de Henry, o qual, por mais que possa ser definido como uma simulação da atuação de Cushing, consiste em algo completamente novo, vez que a imitação não é proibida e sequer tem o poder de ferir o direito do outro intérprete (BEARD, 1993).

No exemplo acima, o direito de paternidade caberá ao Guy Henry haja vista a performance pertence a ele, devendo o filme trazer a indicação de seu nome, pseudônimo ou qualquer forma de identificação que desejar. Contudo, seria possível que Henry não exercesse o seu direito de paternidade?

A hipótese de o autor não querer ter seu nome indicado é prevista na lei autoral, pois é possível a obra ser anônima. Esse anonimato, como aponta Figueiredo (2016), pode ser facilmente exemplificado no caso do artista que, por meio de um contrato, desiste de ter seu nome associado a sua obra para que outro figure como tal, o que é comumente conhecido no mundo literário como *ghost-writing*.

A possibilidade de fazer isso, advém do fato de o autor da obra usar da sua autonomia privada para celebrar tais contratos. Nesse sentido, Figueiredo (2016) deixa claro que isso não se trata de uma renúncia de um direito pelo autor. Em verdade, o que acontece é a incidência da autonomia privada quando o autor, por determinado período ou para determinada obra, autoriza que seja indicado um terceiro como sendo o autor desta.

A opção do intérprete em não vincular seu nome à obra não traria nenhum prejuízo a este, vez que ele estaria exercendo uma faculdade que lhe é permitida, ao mesmo tempo que o direito de paternidade não sai da sua esfera de direitos, podendo o intérprete, a qualquer momento, fazer ser reconhecida sua autoria. Entretanto, deverá estar ciente de que isso poderá trazer penalidades contratuais.

No mesmo sentido, conclui Zanini (2015), que quando o autor se obriga a não reivindicar a autoria de determinada obra, permitindo, assim, sua publicação de forma anônima ou em nome de uma outra pessoa, não é possível falar em renúncia do direito. A pactuação é perfeitamente válida, contudo, o não exercício do direito de paternidade ficará vinculado a um prazo que esteja expressamente previsto no contrato, prazo este

que não pode ser superior a cinco anos. Após esse prazo, será permitido que o autor faça uso de seu direito de paternidade e reivindique a autoria para si, sem que seja possível ao terceiro, que havia originalmente sido indicado como autor da obra, requerer indenização por perdas e danos.

Por outro lado, caso o autor não respeite o prazo previsto contratualmente e reivindique a autoria da obra para si, este deverá ser reconhecido prontamente, uma vez que se trata de um direito de personalidade e, portanto, irrenunciável, contudo, nesse caso, em razão da quebra contratual, poderá o autor ser obrigado a pagar eventuais perdas e danos sofridos pela outra parte (ZANINI, 2015).

Diante do exposto, não seria impossível, quando de um processo de ressurreição digital, que o ator possa celebrar um contrato em que abra mão de seu direito de paternidade para que figure na obra, como intérprete, o artista que está sendo recriado digitalmente.

Contudo, é necessário apontar que a correta identificação do intérprete vai além do seu direito de ter seu nome associado a suas performances. Guilherme Carboni, em sua obra *Função Social do Direito do Autor*, chama a atenção para o interesse da coletividade em ver a correta indicação do autor de determinada obra:

No entanto, há um evidente interesse da coletividade na identificação do autor de uma determinada obra ou informação, pois isso não apenas traz uma segurança social quanto à sua procedência, mas, principalmente, contribui para a formação de um espaço público democrático, salvo se o autor optou por manter-se no anonimato o que lhe é permitido pelo art. 5º, inc. VIII, letra "b", da Lei 9.610/98. (CARBONI, 2008, p.71)

Esse caráter social é que faz com que, conforme Figueiredo (2009), não seja possível defender o discurso de que a indicação autoral não verdadeira possa ser aceita, pois ela excederia a esfera da autonomia privada das partes, vez que consiste em "pontual agressão à função social extrínseca do contrato havido entre as partes." (p. 113).

Nesse sentido, Ascensão (1997), escreve que todos os direitos pessoais podem ser convencionalmente limitados, sendo válido ao autor assumir o compromisso de não exercer o seu direito em determinada situação. Não é possível, entretanto, a renúncia do direito em si, e nem a concordância com a indicação de outro como sendo o autor de sua obra, pois isso seria uma flagrante violação da fé pública. E, ainda, que venha a celebrar tal acordo, este possui mera eficácia obrigacional e não pode atingir a sua posição de autor, o que lhe permite reivindicar para si a autoria da obra, desde que ciente da possibilidade de indenizar por perdas e danos aqueles com quem havia celebrado o contrato.

Não há o que se falar em creditar o artista falecido como sendo o autor da interpretação nova, vez que isso excede a liberdade de contratar das partes. A elas será permitido apenas a divulgação da obra com a omissão do nome do autor, sendo, portanto, uma obra de autoria desconhecida. Situação, essa, que poderá mudar a qualquer momento, caso o intérprete atual mude de ideia.

Assim, por mais que não seja possível ao espólio do artista recriado reivindicar qualquer direito sobre a atuação do artista intérprete, que dará vida ao projeto, cabe a ele, ainda, o direito de agir nos casos em que houver uma falsa indicação de autoria, vez que esta conduta, como visto, não é admitida.

2.3.2.2 Direito de integridade

Por sua vez, o direito de integridade, consiste na prerrogativa que o autor da obra possui de rechaçar modificações de suas obras ou de se opor àquelas modificações que possam, de alguma forma, feri-lo em sua honra ou reputação.

Sobre a importância do direito de integridade para os artistas, escreve Coelho (2010), que ninguém pode, sem o consentimento do autor, realizar qualquer modificação, por menor que seja, à obra. O autor é o único que detém algum direito sobre as emoções, ideias e valores comunicados pela obra. Ninguém mais, nem mesmo o titular dos direi-

tos patrimoniais da obra ou do suporte, possui legitimidade para alterar, acrescentar ou subtrair qualquer expressividade dela.

Corroborando, Zanini (2015) atesta que é evidente que o autor não possui apenas o direito à existência da sua obra, a ele é garantido, também, o direito a garantir que a sua integralidade seja mantida. Sendo assim, a obra deverá ser apresentada ao público da forma exata com que foi concebida, sem qualquer modificação, com base na observância desse direito de personalidade que o autor exerce sobre suas criações.

É possível perceber que o direito de integridade, surge como uma complementação ao direito de modificação, artigo 24, V, da Lei autoral¹⁸, pois, enquanto este procura assegurar ao autor o direito de transformar a obra para melhor adequá-la à sua visão artística, aquele tem por objetivo evitar que terceiros possam adulterar suas criações.

Por essa razão, é possível identificar no direito de integridade da obra, além dos direitos morais, a existência de direitos patrimoniais, sendo que os primeiros são facilmente vislumbrados na possibilidade de o autor em assegurar a sua visão artística e os segundos, por sua vez, consistem na possibilidade conferida ao autor de explorar economicamente essas modificações, como por exemplo autorizando a adaptação da obra.

Sobre essa natureza dupla do direito de integridade, é valiosa a lição do professor Ascenção (1997, p. 189):

Mas isto também nos força, por outro lado, a distinguir o âmbito dos direitos pessoal e patrimonial de modificação.

O direito pessoal de modificação tem muito maior intensidade. Já vimos que nem o herdeiro pode por exemplo autorizar que um quadro seja modificado. A forma que o autor deu torna-se definitiva após a morte.

São, porém, de outro significado as modificações como conteúdo do direito patrimonial. Assim, o transmissário do direito patrimonial pode autorizar a reedição de um livro científico, revisto e

¹⁸ Art. 24. São direitos morais do autor:
(...)

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

atualizado por outra pessoa. Não se trata de uma transformação – a obra é a mesma. Há sim modificações da obra preexistente. Estas modificações são, sem dúvida, autorizadas. Seria até bom que se usassem palavras diferentes para distinguir o direito pessoal e direito patrimonial.

Esse direito, contudo, não pode ser visto como algo absoluto, devendo ser observado que nem toda a modificação será entendida como uma violação desse direito moral. Isso porque, conforme leciona Ascensão (1997), é preciso que a modificação cause um prejuízo à honra, reputação ou à obra em si. Sendo perfeitamente possível, que o autor, no exercício da sua autonomia privada – tal qual no direito de paternidade – autorize as modificações à sua obra. Entretanto, essa autorização é indispensável, pois, do contrário, estaria configurada a violação dos direitos autorais.

Entendimento esse, que é reforçado na obra de Figueiredo (2009, p.119): “Tal direito extrapatrimonial protege o autor quanto a possíveis modificações de sua obra. É necessário, contudo, que reste claro que não será qualquer modificação da obra que irá gerar a agressão a referido direito extrapatrimonial”.

Ao transpor o direito de integridade para a ressurreição digital, observa-se problemas similares aos trazidos no direito de paternidade. Isso porque, esse direito, assim como o anterior, aplicar-se-á apenas àquelas atuações efetivamente realizadas pelo intérprete.

Igualmente, ao falarmos dos intérpretes é necessária a atenção a um ponto em especial. Conquanto, como mencionado anteriormente, a ressurreição digital é um processo que resulta, basicamente, em obra audiovisual, uma vez que, na prática, a única diferença se dá na etapa de comunicação ao público e forma de exibição dessa obra, que pode ser a sua inserção em um filme; sua projeção em um palco; um totem alocado em museus etc., é necessário se atentar à particularidade da obra audiovisual, pois, ela é considerada como sendo uma obra coletiva, ou seja, conta com a participação de diversos outros autores que, ao fundirem seus esforços, dão origem à obra autônoma.

Bittar (2008) descreve a obra coletiva como aquela que é realizada por diversas pessoas, sob a organização de uma pessoa natural ou jurídica, a qual por conta dessa organização poderá utilizá-la posteriormente. Assim, os esforços dos elaboradores são reunidos e remunerados pela pessoa coletiva, que é a parte responsável pela coordenação das atividades dos elaboradores atividades, as quais futuramente se fundem dando origem ao resultado objetivado pela pessoa coletiva. É por essa razão, que a esta pessoa são reconhecidos os direitos originários e plenos sobre a obra resultante.

Em que pese a lei autoral estabeleça que serão coautores das obras audiovisuais apenas os autores do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor¹⁹, apenas a este último é assegurada a atuação em defesa dos direitos morais da obra, conforme disposto no artigo 25²⁰, da mesma lei. Isso porque se entende que é a visão dele que harmoniza todas as contribuições dos demais autores e dá origem, por fim, à obra nova.

Sobre isso, o professor José Oliveira Ascensão (1997) conclui que se for excluída a figura do diretor de um filme, observar-se-á que todas as criações desenvolvidas pelas outras partes são subordinadas. Cabe ao diretor justamente a coordenação de todas as intervenções realizadas pelos demais colaboradores, com o objetivo de atingir o resultado desejado, ou seja, aquela obra única em que o filme consiste. Sendo assim, apenas ele exerce uma criação livre.

Deste modo, caberia apenas ao diretor o direito de modificar ou autorizar a modificação de uma obra. Entretanto, é possível notar que esse direito de modificação da obra precisa ser exercido dentro de certos limites, pois, por mais que o diretor seja legitimado a realizar pequenos ajustes na interpretação do autor, tais como cortes e reenquadramentos, não é possível que ele, salvo mediante autorização do intérprete, possa

¹⁹ Art. 16. São co-autores da obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor.
Parágrafo único. Consideram-se co-autores de desenhos animados os que criam os desenhos utilizados na obra audiovisual.

²⁰ Art. 25. Cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual.

utilizar-se de recursos tecnológicos para modificar de alguma forma a interpretação desenvolvida pelo ator.

Nesse sentido, escrevem Alexandra Eduardo e Renata Turco (2009, p. 106): “A empresa responsável pela produção da obra fica autorizada a reduzi-la, compactá-la, editá-la ou dublá-la, desde que a interpretação de tais profissionais não seja desfigurada.”

O fundamento para isso, é que a modificação da interpretação feita pelo diretor, em essência, desrespeitaria a atividade criativa desenvolvida pelo ator durante o processo de filmagem e que, por sua vez, poderia ser visto como a redução do intérprete a mero prestador de um serviço. Raciocínio, este, que não deve prosperar, porquanto, o “direito dos artistas não se limita à pretensão trabalhista a uma remuneração. Basta pensar que a lei permite ao artista impedir utilizações não autorizadas da sua interpretação, o que nada tem que ver com um direito à remuneração.” (ASCENSÃO, 1997, p.484)

Observa-se que, da forma com que é realizada hoje, a ressurreição digital não afeta o direito de integridade, pois a performance do artista, que faz a captura de movimento do falecido, é mantida tal qual ele a criou, sendo alterada apenas a sua aparência. Ou seja, trata-se de algo similar a uma maquiagem, pois é somente uma aproximação de faces, colocado o novo intérprete na aparência do intérprete recriado (D’AMICO, 2017).

Já, quanto ao intérprete recriado, observa-se que ele enfrenta o mesmo obstáculo apresentado no direito de paternidade, pois, o direito do intérprete é limitado à sua interpretação, não devendo, de forma alguma, ser estendido sobre as criações de outros. Ou seja, por mais que o intérprete que realize a captura de movimentos se baseie nas obras anteriores do artista recriado, e até atinja certo grau de similitude, a atuação é completamente nova e, mais do que isso, é a leitura do intérprete sobre o artista recriado, tal como possivelmente se observa na já mencionada obra póstuma do James Dean. Neste caso, o estúdio responsável pela produção do filme, contratará um ator para desenvolver um personagem baseado no estilo do astro já falecido, tal como se este personagem estivesse sendo, de fato, interpretado pelo James Dean.

Apenas haveria violação ao direito de integridade do artista recriado nos casos em que houvesse a utilização de imagens dos arquivos antigos do artista falecido – na técnica de justaposição, em que a interpretação é removida da obra original e inserida na obra nova – conforme anteriormente mencionado.

Caso alguém modificasse de alguma forma a interpretação em si, ou ainda, inserisse ela em um contexto que pudesse ferir a imagem e a honra do artista falecido, seus herdeiros estariam legitimados para procurar o judiciário para fazer cessar tais utilizações.

Em razão de todo o exposto, percebe-se que a lei autoral apenas garante o direito do intérprete sobre suas atuações e não permite ao artista recriado, ou no caso seu espólio, os meios de barrar a ressurreição digital, haja vista que a obra consiste em uma atuação completamente nova, mesmo que feita com base no ator original, pois se trata do papel da tecnologia apenas o de replicar e inserir na nova obra o semblante do artista recriado. Por essa razão, faz-se indispensável observar o instituto do direito de imagem, para compreender se ele é capaz de efetivamente tutelar o direito *de cuius*.

O DIREITO DE IMAGEM DIANTE DA RESSURREIÇÃO DIGITAL

Como se observa do anteriormente explanado, por mais que a obra nova não se utilize das interpretações do artista falecido, o que, como visto, afasta suas pretensões quanto aos direitos autorais, é inquestionável que a aparência do *de cujus* é replicada por meio do processo digital.

Faz-se indispensável analisar o impacto da ressurreição digital, não apenas sob a perspectiva da lei autoral, mas, também, sob aquela do direito de imagem. Afinal, ele será fundamental na hora de elaborar os projetos futuros que envolvam essa tecnologia, haja vista a impossibilidade de realização da obra sem os devidos cuidados quanto à utilização da imagem da pessoa, ainda que falecida.

Para compreender como a ressurreição digital se relaciona com o direito de imagem e qual o seu impacto sobre ele, interessante ter ciência no que ele consiste e quais são suas limitações. Ainda, tem-se que ter em mente quais os dilemas trazidos pela nova tecnologia. Assim, primeiramente, é válido apresentar, mesmo que de forma sucinta, a categoria dos direitos da personalidade, na qual se insere o direito de imagem, para, só então, ter uma maior compreensão sobre as peculiaridades do referido instituto no presente caso.

3.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade passaram, conforme aduz Costa Netto (2019), a assumir um certo protagonismo após os horrores da Segunda Guerra Mundial, ante a constatação, neste momento, da importância do reconhecimento da necessidade de efetiva proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, no tangente a garantir, de forma eficaz, as mínimas condições para que o indivíduo tenha assegurada uma vida digna, de forma a proporcionar as condições essenciais para o seu sadio desenvolvimento como indivíduo e como cidadão.

A partir dessa premissa, duas correntes se destacaram: a positivista e a naturalista. A positivista, defende a existência de direitos da personalidade de forma inata, “sustentando decorrer a personalidade não da realidade psicofísica, mas da concepção jurídico-normativa” (GONÇALVES, 2016, p.190). Ou seja, os direitos da personalidade são requisitos para que exista a personalidade de um indivíduo. Contudo, esses direitos estariam limitados a somente aqueles direitos efetivamente reconhecidos pelo Estado e criados por lei (BITTAR, 2015). De outro lado, os defensores da teoria jusnaturalista, atestam que os direitos da personalidade são inatos e que devem ser resguardados independentemente de haver, ou não, o seu reconhecimento pelo Estado (NEVES, 2011).

Como se observa a partir da doutrina, muitos são os autores que defendem a abordagem jusnaturalista, entendendo que tais direitos decorrem de uma condição humana e não de uma construção jurídica, cabendo ao Estado, apenas, a tarefa de reconhecê-los e tornar possível a sua proteção.

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar (2015) leciona que a maior parte da doutrina concorda que os direitos de personalidade são inatos, de forma a restar ao Estado o mero dever de reconhecimento e sanção de tais direitos em nível constitucional, infraconstitucional, ou ambos, assegurando-lhes proteção contra o poder público e contra particulares.

Ainda, é válido trazer os apontamentos de Schreiber (2014), segundo o qual a própria expressão “direitos de personalidade” foi cunhada por jusnaturalistas franceses e alemães para se referir a direitos inerentes à

pessoa, os quais são existentes antes mesmo de serem reconhecidos pelo Estado. Dessa sorte, o autor aduz que esses direitos são considerados essenciais à condição humana, a tal ponto que, se eles não existissem, a pessoa não mais poderia ser considerada como tal.

Allessandra Helena Neves (2011), do mesmo modo, alega que, além do caráter inato dos direitos de personalidade, somam-se a eles o caráter de vitaliciedade e permanência, vez que, enquanto a pessoa viver, esses direitos são indispensáveis a ela.

Os direitos da personalidade são direitos que possuem caráter essencial e existencial, os quais, nascem com o indivíduo, possuindo, também, caráter de imprescritibilidade, pois não podem ser extintos em decorrência do desuso pelo seu titular. Não por menos, que estes direitos devem ser respeitados mesmo após a morte de seu titular (BELTRÃO, 2014).

Nas palavras de Otto Von Gierke (*apud* MAGLIORE, 2009, p.97-98):

Chamamos direitos da personalidade os direitos que concedem ao seu sujeito um domínio sobre uma parte de sua própria esfera de personalidade. Com este nome, eles caracterizam-se como 'direito sobre a própria pessoa, distinguindo-se, com isso, através da referência à especialidade do seu objecto, de todos os outros direitos. [...] Os direitos da personalidade distinguem-se, como direitos privados especiais, do direito geral da personalidade, que consiste na pretensão geral, conferida pela ordem jurídica, de valer como pessoa. O direito de personalidade é um direito subjectivo e deve ser observado por todos.

Nota-se que o direito da personalidade constitui um mínimo essencial para o desenvolvimento dos indivíduos de forma digna (ZANINI, 2011). Em razão disso, o Brasil o garante a todo indivíduo nascido com vida, conforme disposto no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição, bem como no art. 2º do Código Civil²¹. Ademais, para tra-

²¹ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

tar sobre o tema dos direitos da personalidade, o referido diploma legal, dedica, em seus artigos 11 a 21, proteção jurídica a eles, disciplinando os tipos de direitos que compõem essa categoria, tais como: o direito ao próprio corpo, à honra, imagem, privacidade, nome e identidade pessoal.

Por terem esse carácter de direitos inatos pertencentes à todas as pessoas, é que o Código Civil, atribuindo a eles características de direitos intransmissíveis e irrenunciáveis, em seu art. 11, prevê que esses direitos não poderão sofrer limitações, salvo as previstas em lei. Contudo, apesar de possuírem tais características, é possível que seus titulares celebrem negócios jurídicos em que versem sobre a eventual utilização desses direitos por terceiros.

Sobre isso, escreve Bittar (2015), segundo o qual, por serem direitos intrínsecos à pessoa em seu aspecto físico, moral e mental, os direitos de personalidade possuem particularidades que os diferenciam dos demais direitos privados, incluindo a sua intransmissibilidade e irrenunciabilidade, de modo que terceiros não autorizados não poderão fazer uso desses direitos. Todavia, a despeito dessas particularidades, o titular dos direitos de personalidade poderá dispor de certos aspectos deles, como ocorre nos casos de outorga de licença para uso de imagem.

É desse potencial comercial dos direitos da personalidade que surgem os principais negócios firmados pelas celebridades, porquanto, como visto em capítulo anterior, toda vez que elas se associam a algum produto existente no mercado, transferem, de forma (quase) automática, para esse objeto ou serviço, esses valores que são estabelecidos pela sua reputação perante a sociedade.

Entretanto, uma vez que o presente trabalho versa sobre as questões ligadas à ressurreição digital, a presente pesquisa dedicará maior atenção, dentre os direitos de personalidade, ao direito de imagem e quanto a sua característica de intransmissibilidade. Isso porque, pretende-se aprofundar na legitimidade dos herdeiros do artista falecido recriado para autorizar, ou não, tal processo tecnológico, vez que o direito de imagem não se transmite como herança.

3.2 DIREITO DE IMAGEM

O direito de imagem, previsto no art. 20 do Código Civil, comumente é descrito como sendo um controle que a pessoa exerce sobre as características físicas que a individualizam em meio à coletividade, ou, ainda, nas palavras de Carlos Alberto Bittar (2015, p. 153):

Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa).

Ao analisar o instituto com atenção, é possível notar que o direito de imagem vai além dessa limitação à forma plástica, conforme bem explicado por Bittar acima. E, em verdade, ele é ainda composto por dois elementos: a imagem-retrato e a imagem-atributo.

A imagem-retrato é aquela espécie que mais se aproxima do conceito regular do direito de imagem, se tratando do controle que a pessoa exerce sobre aqueles elementos que compõem a sua aparência (BARBOSA, 2015).

Nesse sentido, escreve Zanini (2018) que a imagem-retrato está baseada no aspecto visual, caracterizando-se pela representação total ou parcial do corpo capaz de identificar a pessoa, seja de forma gráfica, plástica, fotográfica e até mesmo dinâmica no cinema ou na televisão.

Corroborando, aponta Alessandra Helena Neves (2011) que a imagem-retrato constitui a exibição visual de alguém, demonstrando as características físicas de uma pessoa.

Em contrapartida, a imagem-atributo é aquela imagem que o indivíduo constrói durante sua vida perante a sociedade. Algo que, como visto anteriormente, é um elemento-chave na criação e na subsequente força mercadológica das celebridades (GUIMARÃES, 2007).

Sobre essa característica e seu impacto no mercado, importante apontar os ensinamentos de Denis Borges Barbosa (2015, p.138), o qual afirma que a imagem-atributo é de grande valia para obras publicitárias, que visam persuadir o consumidor a adquirir determinado bem por meio da identificação das qualidades deste com os atributos da pessoa utilizada em na obra publicitária.

Constatação que, em essência, é corroborada pela conceituação feita por Zanini (2018), o qual apronta que a imagem-atributo é a figura pública que a pessoa assume, o seu “retrato social”, pois se constitui de características construídas pela pessoa, ou com o consentimento dela, como consequência da vida em sociedade.

Essa concepção dupla, contudo, não é unânime na doutrina. Pois, Zanini (2018) defende que a utilização dos conceitos de imagem-retrato e imagem-atributo representam um equívoco por parte da doutrina. Isso porque, quando se discute a “imagem-atributo” não estaria sendo discutida a imagem da pessoa propriamente dita, mas sim sua reputação. Algo que, por sua vez, não estaria atrelada ao direito à imagem, mas sim à honra do falecido.

Para melhor compreensão do debate, é válido trazer o que diz o art. 20 do Código Civil, dispositivo responsável pela proteção à imagem:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Como se observa do artigo, os direitos à honra e à imagem estão explicitamente relacionados no texto legal. Uma reminiscência de uma época em que o direito de imagem não era visto como um direito autônomo da personalidade, mas sim uma forma de violação de outros direitos (RESENDE, 2018), vez que, em tese, seria garantido ao seu titular a

oposição apenas àquelas utilizações que lhe fossem prejudiciais à reputação.

Entretanto, tal limitação está equivocada, como bem aponta Schreiber (2014), o qual aduz que, contrariamente o que sugere o artigo 20 do Código Civil, a tutela do direito de imagem não se confunde com a tutela à honra. Isso porque, aquele que divulga a imagem alheia sem autorização pode fazê-lo de forma positiva ou negativa, mas isso não afasta a prerrogativa do titular da imagem de impedir essa divulgação. Um exemplo claro disso, segundo o autor, é o caso conhecido como Heróis do Tri.

Referido caso, versou sobre o lançamento de um álbum de figurinhas, que retratava a seleção brasileira responsável pelo tricampeonato do país na Copa do Mundo de 1970. O debate jurídico girou em torno de a editora ter lançado o álbum sem obter, junto aos jogadores e seus sucessores, as autorizações necessárias para a realização do projeto, porquanto entendiam que, por se tratar de uma publicação que visava exaltar os jogadores, não estaria sua ação limitada pelo art. 20 do Código Civil, o qual determina que a utilização da imagem de uma pessoa poderá ser proibida quando a sua utilização atingir a honra, boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, em sua decisão, estabeleceu que a autorização para o uso da imagem é essencial, independentemente da motivação para sua publicação, seja ela comercial ou não:

CIVIL E PROCESSUAL. ÁLBUM DE FIGURINHAS (“HERÓIS DO TRI”) SOBRE A CAMPANHA DO BRASIL NAS COPAS DE 1958, 1962 E 1970. USO DE FOTOGRAFIA DE JOGADOR SEM AUTORIZAÇÃO DOS SUCESSORES. DIREITO DE IMAGEM. VIOLAÇÃO. LEI N. 5.988, DE 14.12.1973, ART. 100. EXEGESE. LEGITIMIDADE ATIVA DA VIÚVA MEEIRA E HERDEIROS. CPC, ARTS. 12, V, E 991, I. CONTRARIEDADE INOCORRENTE. I. A viúva e os herdeiros do jogador falecido são parte legitimada ativamente para promoverem ação de indenização pelo uso indevido da imagem do *de cuius*, se não chegou a ser formalmente constituído espólio ante a inexistência de bens a inventariar. II. Constitui violação ao Direito de Imagem, que não se confunde com o de Arena, a publicação, carente de autorização

dos sucessores do *de cuius*, de fotografia do jogador em álbum de figurinhas alusivo à campanha do tricampeonato mundial de futebol, devida, em consequência, a respectiva indenização, ainda que elogiosa a publicação. III. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2005).

Schreiber (2014) aponta para mais um equívoco contido na legislação, ao estabelecer a finalidade comercial como um requisito para a violação da imagem.

Para exemplificar tal equívoco, o autor apresenta o “Caso Jesus”. Consistente no fato de que um morador de rua, Jesus, teve sua imagem utilizada em campanha eleitoral em Santa Catarina sem que houvesse o seu consentimento. Nesse caso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que havia sim uma violação da imagem do Requerente, pois, apesar de o indivíduo estar com o rosto coberto, ainda era possível identificá-lo e, portanto, era cabida a indenização, mesmo sem que houvesse uma lesão à sua honra ou mesmo uma finalidade comercial da divulgação da imagem, vez que o material eleitoral era distribuído de forma gratuita.

Portanto, para o referido autor, o direito de imagem é desconexo com a questão da honra da pessoa retratada. Isso porque, em verdade, a violação independe de análise qualitativa, consistindo na mera utilização da imagem sem a prévia autorização de seu titular. Basta, também, para que haja violação, que seja possível a identificação do sujeito, pouco importando a divulgação integral da imagem.

Nesta linha:

O direito à imagem independe, portanto, do direito à honra. Enquanto o último diz respeito a reputação da pessoa em seu meio social, o direito à imagem exprime o controle que cada pessoa humana detém sobre “qualquer representação audiovisual ou tátil” da sua individualidade, “alcançada por instrumentos técnicos de captação, como filmes, teleobjetivas, registros computadorizados, bem como pela ação artística da criatividade humana nas telas de pintura, na escultura de qualquer tipo, inclusive artesanato”. (SCHREIBER, 2014, p. 108)

De outro vértice, estão os autores que acreditam que o direito de imagem contempla de fato, tanto os elementos da imagem-retrato como da imagem-atributo, uma vez que ela versa sobre toda e qualquer forma com que a pessoa é percebida pela sociedade em que está inserida, seja em razão de sua fisionomia ou de sua verdade pessoal.

Nesse sentido, é válido trazer o exposto por Regina Sahm (apud NEVES, 2011), a qual afirma que o direito de imagem é composto por um conjunto de prerrogativas jurídicas que visam tutelar as expressões formais e sensíveis da personalidade individual de cada pessoa, seja na sua forma estática, como em figuras, seja na sua forma dinâmica, como em reproduções. Do mesmo modo, o direito de imagem visa tutelar a qualificação que a pessoa confere à sua própria imagem de acordo com a sua verdade pessoal, subjetiva e, também, do reflexo dessa imagem perante a sociedade. Esse direito só pode ser utilizado por terceiros se autorizado por seu titular e, qualquer violação a ela pode ocasionar prejuízos morais e materiais quando reclamados judicialmente.

Esse entendimento, segundo informa Migliore (2009), é, também, adotado pelo Superior Tribunal de Justiça: “A imagem é a proteção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, e a emanção da própria pessoa, e o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam. (STJ *apud* MIGLIORE, 2009, p.255).

Quando essa questão é transposta para a ressurreição digital, verifica-se que se torna inquestionável a importância de ambas as formas de imagem, seja a atributo ou a retrato. Nesse sentido, é possível trazer dois casos práticos apresentados anteriormente para servirem de exemplos para os dois tipos.

Do lado da imagem-retrato, pode-se retornar ao exemplo de Peter Cushing, vez que, como bem salientou John Knoll (ITZKOFF, 2016), o projeto de uma nova atuação do ator já falecido surgiu de uma necessidade de roteiro. Porquanto, o filme, no qual o ator atuaria, se passa num determinado período em que o personagem de Cushing está vivo e possui relevância no contexto narrativo, ainda que ator já tenha falecido. Observa-se, portanto, que o interesse estava em dar um senso de continuidade à história, ou seja, não era necessária a credibilidade de Cushing, mas sim o seu semblante, vez que é extremamente relacionado à personagem.

Já quanto à imagem-atributo, verifica-se a relação com os já mencionados shows holográficos e, até mesmo, a “escalação” de James Dean para atuar como coadjuvante em uma nova obra. Isso porque, esses usos não buscam a mera reprodução da imagem de um artista, mas sim exploram tudo aquilo que eles representam para seus respectivos públicos, ou seja, todo seu legado.

James Dean certamente não foi escalado porque seria a pessoa mais adequada para o papel, principalmente pelo fato de que morto ele não pode atuar. Mas, então, por que se dar ao trabalho de contratar outro ator para criar a interpretação e, posteriormente, inserir o rosto de Dean, senão para aproveitar o *status* que ele ainda ocupa no imaginário hollywoodiano.

A presente pesquisa adota o entendimento do STJ. Uma vez que não é possível - principalmente no caso das celebridades e do papel comercial que elas exercem - desassociar a imagem física da imagem social que elas trazem consigo (BARBOSA, 2015).

Assim, o direito de imagem é composto por esses dois elementos e o mesmo pode ser exercido por seu titular independentemente de lesão à sua reputação ou finalidade comercial. Entretanto, isso não significa, de maneira alguma, dizer que esse direito não possa sofrer limitações. O próprio art. 20, do Código Civil estipula que não fere a imagem de alguém se elas forem “(...) necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública”.

Existem outras formas de se limitar o direito de imagem de uma pessoa, pois, apesar de fazer parte do rol dos direitos fundamentais da Constituição, o exercício desse direito não pode, de forma automática, se sobrepor à outras garantias constitucionais, a exemplo da liberdade de informação e a liberdade de expressão.

Como aponta Schreiber (2014), obviamente isso não significa que o direito de imagem seja um direito absoluto, mesmo porque, existem situações em que este é limitado e a divulgação da imagem alheia é permitida. Essas situações ocorrem quando há uma ponderação entre o direito constitucional de proteção à imagem e outros direitos também constitu-

cionais, como os de liberdade de informação e de expressão intelectual, artística ou científica.

Essas limitações assumem um papel ainda maior quando se discute o direito de imagem das celebridades, pois, como visto, é justamente a superexposição dessas pessoas ao público que gera o reconhecimento necessário para que aquele indivíduo assuma o status de celebridade e, por consequência, adquira seu valor de mercado (MACHADO, 2017).

As celebridades, assim como qualquer outra pessoa, têm assegurado pela lei o direito à sua própria imagem. Entretanto, como indicado por Schreiber (2014), existe um equívoco popular de que não seria necessária a autorização das celebridades para utilização de suas imagens, vez que estas vivem de sua exposição midiática. No entanto, a doutrina é uníssona em afastar tal concepção.

Sobre isso, escreve Bittar (2015) que o direito à imagem é estendível a todas as pessoas, independentemente de sua fama. Contudo, ele é especialmente aplicado aos famosos, pois, por ser comum no meio artístico a valorização de elementos físicos relacionados à beleza, qualquer violação à imagem dessas pessoas assume proporções ainda maiores.

O que, em verdade, ocorre é uma mitigação nesse direito, frente à liberdade de informação. Ou seja, em razão do interesse que as celebridades despertam no público, torna-se possível a redução do seu direito de controlar a reprodução e exposição da sua imagem, porquanto à sociedade é concedido o direito de informação sobre a celebridade. Contudo, para que seja possível adentrar na vida privada dessas pessoas, é indispensável que exista, de fato, um interesse público na acepção da palavra, pois entender o contrário teria um efeito nefasto na intimidade dessas pessoas.

Nesse sentido, ensina Jabur (*apud* NEVES, P. 230/231):

A pessoa notória tem sua circunscrição privada naturalmente diminuída pelo reconhecimento que alcançou perante o público ou certa comunidade. A possibilidade de vetar as intrusões em sua esfera íntima cresce ou diminui na mesma proporção do aumento ou redução de sua determinada projeção. Determinada,

porque não basta estar diante de alguém afamado – expressão muito ampla – para pressupor que a sua privacidade possa, por qualquer razão e por qualquer um, ser vulnerada. Não é qualquer motivo, fato ou pretensa notícia que legitima a quebra, mesmo que parcial, da privacidade, a intromissão no círculo recôndito da pessoa. A pretensa divulgação deve estar necessariamente ligada, umbilicalmente jungida, a um dado ou aspecto pessoal responsável pela celebridade alcançada. Do contrário – e não pode haver exceção -, indevida e ilegítima será a difusão, que assume, por isso, cor de devassa.

Seguindo a linha, Maria Helena Diniz (*apud* NEVES, 2011) entende que, no momento em que uma pessoa se torna alvo do interesse público por conta de sua contribuição à ciência, à moral, às artes e à política, ela não poderá alegar violação de direito de imagem quando a divulgação estiver atrelada aos referidos temas, ainda que sem autorização. Isso porque, nesse caso, a divulgação da imagem está atrelada à atividade promovida pela pessoa e ao direito de informação. No entanto, a notoriedade de uma pessoa não impõe, por si só, uma permissão de intromissão em sua privacidade e intimidade.

Do mesmo modo, Zanini (2018) ressalta que as pessoas notórias conservam seus direitos de imagem, privacidade, intimidade e honra, os quais devem ser assegurados mesmo quando elas estejam em locais públicos. Por conta disso, a ausência de autorização de uso da imagem dessas pessoas apenas se justifica quando se verifica o caráter jornalístico desse uso, ou o inequívoco interesse público e, mesmo nesses casos, é necessário que se faça uma ponderação para se garantir que não haja ofensa ao direito de personalidade da pessoa retratada.

Ainda, nesse tema, escreve Beltrão (2014) que essa ponderação deve ser feita em vista das circunstâncias em que a imagem da pessoa famosa foi produzida e dos fins que serão dados a ela. Isso porque, mesmo nos casos em que haja autorização legal para a obtenção da imagem em locais públicos, ou por conta de interesse público, é necessário verificar se a pessoa retratada está, de fato, agindo dentro de sua esfera pública ou pessoal.

E, por fim, acrescenta-se a posição de Schreiber (2014), segundo o qual, mesmo que o fato de uma imagem retratar uma pessoa notória possa sugerir que há interesse público envolvido, isso não significa, necessariamente, que o direito de liberdade de informação deva prevalecer sobre o direito de imagem da pessoa retratada. Há diversos outros fatores que cumprem ser ponderados a fim de se concluir qual desses direitos deve predominar no caso concreto.

Resta evidente que, a restrição ao direito de imagem das celebridades decorre como sendo um ônus de sua projeção, pois como leciona Denis Barbosa (2015, p.142): “Assim, a celebridade incorre primordialmente num ônus perante o dever geral de informação; como contrapartida da sua notoriedade, que se supõe lhes ser consentida e favorável, ela deve suportar uma maior penetração”.

Contudo, quando não identificado um legítimo interesse público para a invasão da privacidade da pessoa célebre, faz-se necessária sua anuência para utilização da sua imagem. Essa anuência, como explica Bittar (2015), pode ser feita de forma tácita, como quando uma atriz se apresenta ao público e se deixa fotografar por *paparazzis* em um evento, ou de forma expressa, como é o caso dos contratos para produção de filmes.

Surge então, a figura das limitações voluntárias, ou seja, são aquelas limitações ao direito de imagem feitas dentro do conceito de autonomia privada de seu titular e que permitem a esse tirar um proveito econômico da imagem pública.

Esse conceito é aprofundado na obra de Bittar (2015, p.154):

Essa disponibilidade permite ao titular extrair proveito econômico do uso de sua imagem, ou de seus componentes, mediante contratos próprios, firmados com os interessados, em que autorizam a prévia fixação do bem almejado (figura; efígie; silhueta; rosto; perfil; ou partes: como os olhos, as pernas, os seios, a cintura, as nádegas). O contrato adequado é o de licença, ou de concessão de uso, em que se devem explicitar, necessariamente, todos os elementos integrantes do ajuste de vontades, a fim de evitar-se eventuais dúvidas: direito objetivado, fim, prazo, condições, forma de exposição, inclusive a remuneração: possibilidade de renovação e outras.

Lembre-se, quanto a artista, que a lei que rege a categoria e impõe a observância de dados mínimos no contrato para publicidade (...).

É inquestionável que o direito de imagem possui uma faceta econômica, a qual deve ser reconhecida por todos, e que de forma alguma fere os preceitos dos direitos da personalidade (ZANINI, 2018). Por isso, a eventual celebração de um contrato de autorização de uso de imagem não terá o condão de retirar a legitimidade de seu titular em fazer sua gestão.

Isso, por sua vez, está diretamente relacionado à intransmissibilidade dos direitos da personalidade, cuja característica será mais bem explorada na sequência.

3.3 INTRANSMISSIBILIDADE

Como visto, ao titular do direito de imagem é permitido celebrar contratos para que terceiros possam utilizar de sua imagem, seja para a finalidade de imagem-retrato ou de imagem-atributo. Contudo, em momento algum o titular perde o controle sobre ela, restando a ele tomar as medidas cabíveis para reverter as autorizações a qualquer momento. Por essa razão, é que esses direitos podem ser considerados intransmissíveis.

A intransmissibilidade é bem explanada na obra de Migliore (2009, p. p.99):

Já a intransmissibilidade decorre do simples fato de que o “eu” de um sujeito de direito não pode ser comercializado ou mesmo objeto de um negócio jurídico. A vida, a honra, o nome da pessoa não podem ser alienados, nem penhorados, ou negociados de qualquer forma.

Corroborando, leciona Alessandra Helena Neves (2011) que a indisponibilidade de um direito significa que, nem por vontade própria de seu titular, esse direito pode ser transmitido a outra pessoa de forma definitiva e por completo. Essa característica diferencia os direitos de perso-

nalidade de outros direitos privados, os quais, no geral, podem ser objeto de uma relação jurídica.

Escreve Schreiber (2014) sobre a necessidade de se entender que mesmo quando o titular do direito de imagem autoriza o uso desta por terceiros, ele não perde o controle de legitimidade sobre ela. Ao contrário, o titular poderá controlar o uso da sua imagem para evitar abusos e excessos que possam, eventualmente, ofender a sua dignidade.

Contudo, para Zanini (2018), é importante notar que os contratos se pode incorrer no equívoco de examinar a matéria sob ótica patrimonialista, enxergando a imagem captada como um bem que passa a integrar o patrimônio do captador. A imagem, repita-se, consiste em atributo da personalidade humana, cuja titularidade recai sempre sobre o retratado. Sua utilização por outrem representa excepcional concessão da pessoa, sujeitando-se a controle permanente da ordem jurídica.

Contudo, até mesmo essa autonomia do titular do direito é mitigada. Afinal, o Código Civil, em seu art. 11, prevê que a limitação voluntária aos direitos de personalidade apenas é admissível nos casos previstos em lei. O que, no caso concreto, deve ser visto como sendo uma maneira de impedir que as pessoas possam, de alguma forma, dispor desses direitos de forma a prejudicar a própria dignidade humana.

Sobre isso, Beltrão (2014) afirma que a melhor forma de interpretar a liberalidade que o titular possui sobre a sua imagem deve ser aquela em que é observada a manutenção do conteúdo essencial do direito de personalidade. Por essa razão, é necessário observar, nos em casos em que ocorre uma limitação voluntária desse direito, se essa limitação, de alguma forma, atenta contra a preservação da dignidade ou da ética da pessoa humana.

É relevante, também, trazer a conclusão de Carlos Roberto Gonçalves (2016), para quem, a indisponibilidade dos direitos de personalidade é relativa e não absoluta. Nesse sentido, o autor cita o enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que dispõe que os direitos de personalidade podem ser voluntariamente limitados, desde que a limitação seja temporária e parcial.

Como visto, o direito de imagem, por ser intransmissível, faz com que qualquer utilização da imagem da pessoa necessite de uma prévia autorização desta. Contudo, ao transpor tal instituto para a ressurreição digital, trata-se daquelas pessoas já falecidas, e, portanto, incapazes de assentir com a realização dos projetos.

Por essa razão, faz-se necessário conceder uma atenção especial a esse instituto sobre a perspectiva sucessória, vez que tais projetos, acabam sendo elaborados em parceria com os sucessores da pessoa replicada.

3.4 O DIREITO DE IMAGEM *POST MORTEM*

A principal questão aqui é, uma vez que a ressurreição digital versa sobre o direito de imagem póstumo dos artistas, saber se cabe ou não aos sucessores do artista falecido o poder de autorizar ou impedir tais utilizações da imagem para reprodução em nova obra.

Para tanto, deve-se, preliminarmente, atentar ao contido no parágrafo único, do art. 20, do Código Civil, o qual estabelece que: “Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

Como se observa do dispositivo legal, houve uma preocupação do legislador com a proteção da imagem das pessoas, mesmo após a morte. Isso se dá, justamente, para evitar que a imagem construída em vida pela pessoa possa ser afetada por usos posteriores, razão pela qual ocorre a inclusão dos herdeiros como legitimados a representar o *de cujus* quanto às violações que venha sofrer.

Nesse sentido, escreve Beltrão (2014) que a proteção prevista no Código Civil para a personalidade do falecido está vinculada aos interesses e aos aspectos pessoais deste, enquanto vivo. Em vista a garantir a proteção desses interesses, é que o Código Civil institui a legitimidade dos herdeiros para requerer a tomada de providências necessárias a fim de resguardar valores que o falecido tinha como importantes em vida.

Legitimidade, essa, inclusive para pleitear indenizações pela utilização não autorizada.

Como expõe Gonçalves (2016, p. 192):

Por outro lado, malgrado os direitos da personalidade, em si, sejam personalíssimos (direito à honra, à imagem etc.) e, portanto, intransmissíveis, a pretensão ao direito de exigir a sua reparação pecuniária, em caso de ofensa, transmite-se aos sucessores, nos termos do art. 943 do Código Civil. Nessa linha, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, percutientemente: “O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima”.

Questiona-se, então, qual seria a origem dessa legitimidade, justamente para se saber se estariam os herdeiros agindo em nome do falecido ou em nome próprio. A resposta para esse questionamento é variada, sendo possível identificar três correntes principais que buscam formas de justificar tal prerrogativa.

A primeira delas, conforme afirma Beltrão (2014), é encabeçada pelo Professor José de Oliveira Ascensão o qual defende que a personalidade do indivíduo se extingue com a morte. Passando, portanto, a ser protegido pelos sucessores um outro bem autônomo, qual seja: a memória do morto. Dessa forma, aos sucessores caberia apenas o ônus de comprovar que tal violação constitui, de fato, um ataque ao legado deixado pelo falecido.

Sobre o tema, conclui Ascensão (*apud* BELTRÃO) que personalidade, de fato, cessa com a morte da pessoa. Mas, a proteção dos valores pessoais dela prolonga-se até mesmo após a morte. Isso porque, o cadáver não é interpretado como coisa, mas tutelado como emanção da pessoa. Haja vista que deve-se prolongar como espírito.

Tal entendimento se coaduna com o disposto na legislação brasileira, precisamente quando o art. 6º, do Código Civil, estabelece que com a morte encerra-se a existência da pessoa. Por essa razão, Beltrão (2014) acredita que essa seria a abordagem mais adequada.

A segunda corrente, defende que, ao contrário do disposto no Código Civil, a personalidade do morto não se extingue totalmente com

a sua morte, isto porque existiriam elementos que perdurariam, e que, por sua vez, consistiriam em uma espécie de personalidade jurídica parcial, tal qual ocorre com os nascituros e as pessoas jurídicas, fazendo com que seja necessária a atribuição do exercício do direito a outras pessoas, as quais poderiam ser indicadas pelo titular do direito de imagem (ZANINI, 2015).

Inclusive, defende-se que essa personalidade jurídica parcial teria um efeito positivo para as pessoas, pois, conforme explica Zanini (2015, p. 188): “A construção ainda teria a vantagem de ter um efeito psicológico positivo, pois o titular do direito, enquanto vivo, teria consciência de que sua personalidade não ficaria sem defesa após a morte e nem dependeriam do arbítrio de parentes supérstites”.

Tal abordagem, pode ser encontrada como fundamento em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), o qual, a tratar de um caso envolvendo a utilização não autorizada de imagens de Ayrton Senna, reconheceu a legitimidade da pessoa jurídica para atuar em defesa do piloto, mesmo com a expressa limitação do parágrafo único do art. 20, do Código Civil:

E credora da obrigação de abstenção de uso da imagem e da verba indenizatória é mesmo a empresa-postulante, a quem os sócios majoritários Ayrton Senna da Silva e “Ayrton Senna da Silva *Promotions Limited*” conferiram, pelo item 3, letra f, do contrato social de fls. 9/23, de forma perfeitamente válida, o direito de exploração da imagem do primeiro, que se inseriu, inclusive, como um dos objetivos da sociedade; direito esse cujos reflexos de ordem pecuniária – como já colocado alhures – subsistem *post mortem*, em prol da própria empresa, que não se dissolveu com o falecimento de Ayrton Senna, como não se dissolveria com a morte de outro sócio pessoa jurídica ou com a extinção da pessoa jurídica cotista, a teor do que dispõe o item 17 do contrato já referido (MIGLIORE, 2009, p.131).

Nesse sentido, argumenta ZANINI que os artigos 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, ambos do Código Civil, só se aplicam diante de

legitimação extraordinária dos herdeiros para atuar em favor do falecido e de acordo com os interesses deste.

Porém, na sequência, o próprio autor reconhece que, em razão da limitação legal para as legitimações extraordinárias, não seria possível atribuir tais direitos para qualquer outra pessoa senão àquelas elencadas no dispositivo legal:

Dessa maneira, como nosso Direito apenas reconhece a legitimação extraordinárias prevista em lei, devem ser consideradas inválidas as disposições testamentárias que, fora dos casos expressos em lei ou decorrentes do sistema, designem determinadas pessoas físicas ou jurídicas para a defesa dos direitos da personalidade pós-tumos. Por conseguinte, não há que se falar na ampliação dos legitimados previstos nos art.12 e 20 do Código Civil por ato de última vontade do *de cuius*. (ZANINI, 2015, p.224).

Observa-se, portanto, que referida teoria, a qual entende existir direito parcial da personalidade do indivíduo, vai de encontro com o disposto no art. 6º, do Código Civil, o qual entende extinguir-se os direitos da personalidade após a morte da pessoa e, conseqüentemente, extingue-se, também o direito de imagem após a morte de seu titular. Consta-se, portanto, um conflito de institutos jurídicos.

Nesse sentido, ensina Beltrão (2014, p. 130):

Apesar da proteção *post-mortem* dos bens da personalidade, deve-se deixar bem claro que a personalidade da pessoa se extingue com a morte, e que não é possível determinar uma extensão da personalidade para além da morte. O bem jurídico tutelado não é a pessoa do morto, mas sim aspectos de sua personalidade, ou seja, em face da sua memória, a qual merece respeito e proteção. São direitos que se evidenciavam enquanto o seu titular era vivo, a com a morte; tais bens e direitos recebem proteção através dos familiares, com a legitimação para a defesa desses bens da personalidade que se manifestava na pessoa enquanto a mesma era viva.

Em que pese a jurisprudência e a interpretação doutrinária sobre a possibilidade de extensão da personalidade *post mortem*, tal teoria vai de encontro com outros dispositivos legais. E, talvez seja por isso que a terceira corrente, a teoria dos parentes próximos, é a que se encontra mais aplicada no Brasil.

Para essa teoria, os direitos da personalidade do morto se encerram com o evento morte, mas, em que pese a extinção desses direitos, surge, com o evento morte, um outro direito, o qual é atrelado aos próprios herdeiros e não ao falecido, legitimando-os a procurarem a tutela jurisdicional quando ocorrer ofensa ao falecido ou seu legado, de forma que tal ofensa caracteriza violação da honra dos familiares remanescentes, os quais atuam em nome próprio para defesa de direito alheio (ZANINI, 2015).

Nesse sentido, é possível identificar a decisão do STJ:

Os direitos da personalidade de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção à imagem de que falece, como se coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem da falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postulare indenização em juízo. (BRASIL, 2006).

Decisão essa reforçada, também, pelo Tribunal quando da apreciação REsp. 268.660/RJ, no qual “é reconhecida a necessidade de proteção da imagem de quem falece, mas isso é feito com base na existência de um direito próprio dos sucessores e considerando a intransmissibilidade do direito à imagem.” (ZANINI, 2018, p. 166).

Tal entendimento consolidou-se em dezembro de 2020, quando a Corte Especial do STJ editou a Súmula de n. 642, a qual estabelece que: “O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade para ajuizarem ou prosseguirem na ação indenizatória.”

Não se fala de uma extensão do direito do morto, mas sim na possibilidade de seus sucessores, em razão de ofensa a direito próprio, proporem ações para fazer cessar essa violação. Dessa forma, o direito do falecido permanece extinto, mas aos sucessores é possibilitado a ocuparem o papel de legitimados processuais para atuar, em nome próprio, na defesa do *de cuius* (MIGLIORE, 2009).

Nessa perspectiva, escreve Beltrão (2014, p.21):

Daí que, em defesa desses bens da personalidade, o Código Civil prescreveu a legitimidade para requerer providências ao cônjuge sobrevivente, aos descendentes e ascendentes e aos colaterais até o quarto grau, ou seja, a lesão é feita a bens da personalidade do defunto, mas, em face da intransmissibilidade dos direitos da personalidade, é atribuída aos sucessores legais legitimação processual para a defesa de tais direitos.

Importante frisar, ainda, que essa legitimidade não representa, de forma alguma, a titularidade do direito em si. O que é transmissível, é o direito dos herdeiros de buscarem a reparação da violação à imagem do falecido (MIGLIORE, 2009).

Substanciando esse entendimento, aponta Gonçalves (2016) que, a despeito de o direito de imagem ser intransmissível, o direito de propor ação para exigir reparação financeira por danos morais causados pelo uso indevido da imagem é de natureza patrimonial e, portanto, é transmitido aos herdeiros do falecido.

Essa teoria, apesar de mais utilizada no país, não está isenta de críticas. A principal delas é que os direitos do falecido ficam condicionados à vontade de seus parentes, podendo, em caso de desídia, a infração ser perpetuada. Assim, a vontade dos herdeiros se sobrepõe ao que se imaginaria ser a vontade do *de cuius* (ZANINI, 2015).

Essa legitimidade, encontra suporte nos artigos 12, parágrafo único e 20, parágrafo único, ambos do Código Civil, os quais legitimam o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau, o direito de promover ações que visem cessar as ofensas ao ente falecido, tendo em vista que a família tem grande interesse em zelar pela imagem do *de cuius* (BELTRÃO, 2015).

Em uma primeira análise, pode-se pressupor que para a realização dos projetos de ressurreição digital basta a obtenção das autorizações de uso da imagem junto aos sucessores do falecido artista. Presunção essa, que se demonstra razoável dentro da habitualidade do direito.

Todavia, é indispensável observar quais serão os objetos efetivamente transmitidos. Aqui, é válido trazer a visão de Migliore (2009, p. 132): “Em síntese: serão objetos de transmissão mortis causa por herança apenas os direitos derivados da personalidade que, já ao tempo do falecimento, integrem o patrimônio do de cujus, haja vista que direitos ainda inexistentes jamais poderão ser partilhados.”

Ou seja, a eles cabe o dever de resguardar o legado efetivamente construído pelo morto, as obras das quais participou, as fotos que lhe foram tiradas ao longo da vida, as gravações das quais participou e das obras que criou.

Aos herdeiros, portanto, cabe a tutela do legado do morto, o qual, deve ser precedido de autorização para ser utilizado por terceiros. Com base nisso, percebe-se que, na questão da ressurreição digital, existe uma lacuna ao se aplicar tal instituto conforme definido anteriormente.

Isto porque, na ressurreição digital há a criação de uma obra totalmente distinta daquela herança deixada pelo falecido artista, sendo, portanto, que não cabe aos herdeiros a legitimidade de autorizar a utilização da imagem recriada do falecido, porquanto, totalmente nova e separada de seu legado.

É questionável se a ressurreição digital não consistiria em um outro direito derivado da personalidade do seu titular, ou seja, o direito de ser recriado digitalmente. Direito esse que, por sua vez, afastaria dos herdeiros a legitimidade para autorizar esse processo.

É de grande relevância mencionar as conclusões apontadas por Rafael Salomão Romano (2016), que diz que, em vista da intransmissibilidade dos direitos de personalidade, apenas o titular do direito de imagem tem poder para autorizar a sua reconstrução digital para fins econômicos. Os herdeiros, por outro lado, não são proprietários da imagem do falecido e, por isso, não podem utilizá-la indefinidamente para a obtenção de lucro. O objetivo da lei ao citar os herdeiros é instituí-los como protetores da honra do falecido. Não obstante, o autor afirma que isso não impede que o titular do direito de imagem estabeleça que o uso desta, após a sua morte, esteja condicionado ao pagamento de valores aos seus sucessores, vontade esta que deve prevalecer no contrato.

As ponderações apresentadas por Romano, evidenciam um sério problema que poderá surgir conforme essa tecnologia se difunda no mercado. Poderá surgir um mercado de ressurreição em que o limite recaia na ganância dos descendentes.

Por exemplo, se um ator morre e não deixa filhos, nem parentes mais próximos, em razão do disposto no parágrafo único do art. 12, do Código Civil²², esse dever de cuidado pode recair sobre um parente de até quarto o grau. Imaginando que esse seja o caso, é possível que o artista, em vida, não tenha tido qualquer contato direto com seu primo distante e, portanto, seu legado ficaria à mercê de alguém desconhecido.

Dessa forma, pergunta-se: O que compelia esse sucessor a defender de forma adequada as vontades do *de cuius*? E, mais: Teria ele condições de conhecer os desejos do falecido?

O que pode acontecer em casos como esse é uma exploração abusiva da imagem do morto, em total desrespeito à imagem que este construiu quando vivo, restando totalmente conflitante com o que seria a sua vontade.

²² Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

O ideal seria que os artistas intérpretes aproveitassem para estipular tais usos ainda em vida, como fez o ator Robin Willians, que, em seu testamento, limitou o uso comercial de sua imagem ou sua recriação digital pelo período de 25 anos. conforme bem aponta Rocío Ayuso (2015) essa decisão pode ser considerada pioneira, pois surge num momento em que as inovações tecnológicas permitem a ressurreição de pessoas falecidas para o cinema, a televisão e até mesmo anúncios e concertos. Robin Willians, no entanto, vedou expressamente a utilização de sua imagem em anúncios e, ainda, determinou que esta só poderá ser inserida em filmes após 25 anos.

É imprescindível que os artistas reconheçam que o fenômeno da ressurreição digital chegou e que a sua força apenas cresce na indústria do entretenimento. Restando interessante que se atentem, ainda em vida, a estabelecer regras para uma eventual ressurreição digital, de forma a garantir que sua imagem e seu legado não sejam prejudicados.

Seria interessante aos artistas procurarem formas de planejamento sucessório²³ para que possam evitar que suas imagens sejam utilizadas em desacordo com a sua vontade. Bem como, é necessário que estabeleçam prazos e condições em que tais processos serão ou não permitidos e/ou quem será o herdeiro responsável por administrar tais projetos, entre outras exigências derradeiras.

Não é por menos que alguns atores, como mencionado anteriormente, já trabalham no sentido de desenvolver as suas recriações para deixar como fonte de renda para seus familiares, ou até mesmo como uma forma de seguro em caso de não poderem mais atuar (TAPLEY; DEBRUGE, 2016).

²³ Como explica a professora Daniele Chaves Teixeira (2015, p. 492), planejamento sucessório tem “O objetivo do planejamento sucessório é determinar a sucessão, atividade “preventiva com o objetivo de adotar procedimentos, ainda em vida do titular da herança, com relação ao destino de seus bens após a sua morte” (TEIXEIRA, 2005, p. 6). Desse modo, faz-se necessária a busca de novas ferramentas, para “compor [a] sucessão de modo a atender a vontade dos titulares do patrimônio” (DIAS, 2009, p. 382), existentes em outros ramos do Direito Privado, para auxiliarem nas novas exigências sociais, que evidenciam a necessidade crescente de se “planificar a transferência do patrimônio pessoal de uma forma racional e segura, respeitados os comandos da legislação vigente” (Madaleno, 2014, p. 12).”

Mas isso seria com relação aos artistas que ainda estão vivos e, portanto, capazes de manifestar sua vontade. Porém, o problema que o presente trabalho pretende discutir recai naqueles casos de artistas já falecidos ou até mesmo aqueles que não deixaram, em vida, expressa a sua vontade, a exemplo de Cazuza ou Renato Russo, os quais já foram efetivamente replicados e tiveram sua exibição pública ainda em 2013 (BÔAS, 2020).

Considerando, portanto, que o direito de imagem é intransmissível, que sua limitação voluntária deve ser manifestada pelo titular do direito - a qual deve ser analisada de forma restritiva -, bem como a transmissão *causa mortis* apenas torna os herdeiros em legitimados processuais e não titulares do direito, parece evidente que tais procedimentos de ressurreição digital não podem ser autorizados pelos sucessores.

Pois, como alerta Romano (2016), entender o contrário seria tirar os sucessores do papel de um mero guardião do legado criado pelo artista em vida, para exercer o papel de titular dos direitos de imagem, algo que afrontaria, sobremaneira, as características essenciais dos direitos da personalidade.

Todavia, é inquestionável que, mesmo não sendo os herdeiros os proprietários da imagem do de *cujus*, eles são os legitimados a propor eventuais ações que façam cessar o uso daquela imagem. O que, por sua vez, torna o entendimento com eles essencial para a realização de tais projetos.

Assim, será tratado, em seguida, as formas de celebração dos acordos sobre o direito de imagem para processos de ressurreição digital do falecido artista, bem como, a atuação de seus herdeiros.

CONTRATOS DE RESSURREIÇÃO DIGITAL

Como visto, em que pese o argumento de Romano (2016) sobre a impossibilidade de os familiares licenciarem a imagem do *de cuius*, em razão da intransmissibilidade dos direitos de personalidade, o fato é que, na prática, esse argumento se encontra limitado, pois, apesar de os herdeiros não serem os titulares da imagem do falecido, é inquestionável que cabe exclusivamente a eles a legitimidade processual para acionar o judiciário contra os usos irregulares da imagem dos artistas recriados (ZANINI, 2015).

Observa-se que, independentemente de quem é o titular do direito, para que um projeto de ressurreição digital seja possível, é indispensável a obtenção de uma autorização com os herdeiros, haja vista que isso afasta, em tese, a possibilidade de eles requererem indenizações pelo uso não autorizado da imagem do falecido. Por essa razão, Migliore (2009), menciona o fato de que algumas empresas, na busca de desenvolver projetos com a imagem de pessoas falecidas, optam por celebrar algo similar aos pactos de *non petendo* com os herdeiros, os quais, em troca de valores, renunciam o direito de ação contra o uso da imagem do falecido.

Mas podem esses pactos servirem para trazer a segurança necessária para projetos como os de ressurreição digital, considerando, os altos investimentos necessários para fazer com que eles sejam realizados? Afinal, a título de exemplo, na matéria de Bruno Villas Bôas (2020) sobre a empresa brasileira Holograma Brasil, a qual pretende explorar essa tec-

nologia para o segmento de shows e exibições no país, o gasto para desenvolver um show holográfico gira em torno de US\$ 1,5 milhão.

Diante disso, faz-se de grande importância analisar de que forma esses pactos funcionam para que seja possível compreender a sua aplicabilidade, ou não, nas situações analisadas. E, em caso afirmativo, como eles podem ser mais bem utilizados nos casos de ressurreição digital.

Contudo, antes de adentrar nos pactos de *non petendo* é indispensável entender qual é a origem deles dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Razão pela qual, passa-se à análise dos chamados negócios processuais.

4.1 NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Os negócios processuais, ou convenções processuais, não são necessariamente uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Em verdade, o Código de Processo Civil de 1973 já trazia algumas modalidades desses acordos. Contudo, a grande novidade do Código de Processo Civil de 2015 foi o reconhecimento da possibilidade de serem celebradas convenções atípicas, consistentes na celebração de negócios jurídicos processuais de forma ampla e geral (TRIGO, 2020).

No mesmo sentido, leciona Daniel Neves (2019, p.391):

Diferente do diploma legal revogado, o Novo Código de Processo Civil passou a prever de forma expressa uma verdadeira cláusula geral de negócio jurídico processual, de forma a permitir, além das hipóteses específicas de negócio processual típico, que continuam entre nós, a celebração de acordo entre as partes de forma geral, envolvendo tanto o procedimento como as suas situações processuais. E essa novidade, naturalmente, deve ser admitida tanto nos processos de competência da Justiça Comum como nos processos dos Juizados Especiais, bem como no processo falimentar.

É possível perceber que esse instituto, de forma resumida, consiste na liberdade que as partes têm de celebrar acordos, nos quais elas poderão

estabelecer algumas modificações ou extinções jurídicas processuais que terão efeitos sobre uma eventual disputa judicial.

A respeito dos acordos processuais, Cabral (2018) e Trigo (2020) lecionam que eles são negócios jurídicos plurilaterais celebrados pelas partes, sem qualquer intermediação de outro sujeito, previamente ou no curso de um processo judicial, para determinar a criação, a modificação, ou a extinção de situações jurídicas capazes de modificar o procedimento judicial.

Sobre o tema, é interessante também o contido em Tavares (2016), segundo o qual negócios jurídicos processuais são declarações de vontades expressas, tácitas ou implícitas das partes que o celebram, conferindo-lhes a possibilidade de escolher categorias ou situações jurídicas processuais. Mais do que isso, o jurista esclarece que a principal característica dos negócios processuais é o fato de eles representarem a soma da vontade das partes em relação ao ato e ao resultado prático que as partes pretendem com o negócio jurídico processual.

Por isso, tal instituto não pode ser confundido com os atos conjuntos celebrados pelas partes em um processo, pois, enquanto as convenções processuais possuem efeito com base na vontade dos envolvidos, os atos conjuntos necessitam de uma homologação judicial para que possam começar a surtir efeitos (CABRAL, 2018).

Como já observado, a principal novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil foi o reconhecimento dos negócios atípicos. Razão pela qual, é preciso entender a diferença entre negócios típicos e atípicos, sendo valiosa a lição contida em Trigo (2020, p. 45):

Antes de tudo, deve-se destacar a diferença existente entre convenções processuais típicas e atípicas. No que diz respeito à primeira espécie, há regulação legal específica, ou seja, um tipo legal específico, de forma que a lei já traz sua admissibilidade e alguns efeitos que delas decorrem. Por outro lado, as convenções processuais atípicas são aquelas que não estão previstas em lei, mas podem ser firmadas pelas partes, de forma que produzam efeitos no processo, atendendo a necessidade e conveniências específicas dos - possíveis - litigantes.

Percebe-se, que as convenções processuais decorrem do reconhecimento do legislador da capacidade que as partes possuem para, em comum acordo, estabelecer algumas mudanças no rito processual, de forma a torná-lo mais eficiente para negócio jurídico celebrado entre elas.

Nesse sentido, Cabral (2018) entende que as parte de um processo judicial possuem autonomia suficiente para chamar suas prerrogativas processuais, bem como para exercê-las. Não obstante, as partes têm, também, autonomia para, por meio de negócios jurídicos ou convenções, desistir dessas mesmas prerrogativas e, do mesmo modo, para renunciar às garantias processuais mínimas que lhes são garantidas por lei. Essa autonomia, de acordo com o autor, decorre da principiologia do direito processual civil.

Observa-se, portanto, que a legitimidade que as partes têm em celebrar tais acordos decorre daquilo que é conhecido como autonomia privada. Que pode ser melhor entendida como a capacidade que um indivíduo possui de se autogovernar.

Essa autonomia decorre do princípio da autonomia da pessoa, que, por sua vez, possui um aspecto moral e outro jurídico, podendo ser definida como a capacidade que cada indivíduo tem de se autogovernar, isto é, de manifestar livremente a sua vontade para regular situações jurídicas tanto dentro do direito privado, como dentro do direito público (TRIGO, 2020).

Por essa razão é que, dentro dos interesses das partes, é legítimo a elas a possibilidade de disporem sobre a resolução de um conflito da forma com que melhor sirva às suas vontades. Isso porque, presume-se, que essa solução convencionalizada entre elas terá um poder maior de compelir as partes a agirem em conformidade às convenções por elas mesmas criadas, o que por sua vez acabaria trazendo maior eficiência à resolução do litígio (TRIGO, 2020), cabendo ao Estado, portanto, o dever de reconhecer essa manifestação de vontade, de forma a dar-lhe aplicabilidade.

Desse modo, nos negócios jurídicos processuais em que as partes convencionalizam o exercício ou não de suas prerrogativas, não há disposições sobre procedimentos a serem adotados na ação judicial. Isto é, se as

partes celebram acordo no qual se comprometem a não ajuizar demanda uma contra a outra, a não executar sentença, a não recorrer, entre outros atos processuais, esse compromisso decorre exclusivamente da autorregulação das partes dentro de sua liberdade de agir, e não de uma norma legal. O negócio processual é, portanto, uma expressão da autonomia privada no processo civil, o que faz com que as disposições nele contidas possam ser funcionalmente equivalentes às regras do direito material privado, porque provém da autonomia privada (CABRAL, 2018).

Existem autores que defendem que os negócios processuais visam um enfraquecimento do Judiciário, pois estaria transferido para terceiros uma atividade exclusiva do Poder Judiciário. É o caso de Rodolfo Hartman (2017), segundo o qual, a conferir às partes a possibilidade de autorregular o processo é, além de um enfraquecimento da autoridade pública, uma transferência de parte da atividade judiciária para pessoas que não foram regularmente investidas para realizá-las, seja através de concurso público, ou de eleições.

Em que pese a posição de Hartman, o presente trabalho discorda de tal entendimento, uma vez que tais negócios não buscam retirar do Judiciário o poder para apreciar as demandas, mas apenas reconhece a capacidade que as partes possuem para encontrar as melhores formas de resolver seus conflitos. Estando, portanto, essa autonomia também associada aos preceitos da dignidade da pessoa humana.

Isso porque, do direito fundamental à liberdade da pessoa decorre o direito dessas ao autorregramento, isto é, o direito de regular juridicamente seus interesses, de estabelecer aquilo que entende ser melhor para si, de dispor de sua própria existência, de escolher seus próprios caminhos e atos. Em outras palavras, a autonomia privada é uma das pedras basilares da liberdade e, como tal, está intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana (DIDIER *apud* TAVARES, 2016).

Tanto que, como bem aponta Daniel Neves (2019, p. 394), com base no contido no artigo 190 do Código de Processo Civil, esses acordos tratam apenas daqueles direitos dos quais as partes são titulares, não podendo, de forma alguma, limitar ou modificar aquelas atribuições exclusivas do magistrado:

Com relação ao objeto do negócio jurídico processual ora analisado, o próprio art. 190, caput, do CPC, estabelece uma limitação – bastante razoável – para a vontade das partes. Segundo o dispositivo legal, elas podem negociar as suas posições jurídicas, de forma que o acordo não pode ter como objeto as posições processuais do juiz. Os poderes-deveres do juiz, portanto, não podem ser objeto do acordo entre as partes, porque na realidade elas não podem dispor de uma posição processual da qual não são titulares.

Por essa razão, é que o Código de Processo Civil, ao mesmo tempo em que impõe o dever de o juiz respeitar as convenções celebradas pelas partes de um processo, confere a ele o poder de anular, ou recusar tais cláusulas, quando constatada a ocorrência de um abuso de direito, abusos legais que caracterizem um contrato de adesão ou a vulnerabilidade de uma das partes. Não obstante, o contrato é sempre reputado válido em um primeiro momento, podendo suas disposições serem afastadas ou recusadas em Juízo somente quando verificadas as situações aqui expressas (CABRAL, 2018).

Observa-se que as convenções processuais, via de regra, são feitas com a finalidade específica de tornar o processo mais célere e mais interessante para as partes envolvidas, ao mesmo tempo que assegura o papel do Judiciário no rito processual.

É importante destacar que, para tais convenções deverá ser observado o preenchimento dos mesmos requisitos que seriam necessários para a celebração de qualquer outro negócio jurídico, na forma com que preconiza o art. 104²⁴ do Código Civil. Ou seja, a fim de que os negócios jurídicos processuais sejam válidos, eles devem ser firmados por agentes capazes, ter objeto lícito, possível, determinado ou determinável e possuir forma prescrita ou não proibida por lei (NEVES, 2019).

²⁴ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Ao mesmo tempo, é necessária a observação dos requisitos trazidos pelo próprio artigo 190 do Código de Processo Civil²⁵, que estabelece e valida as convenções processuais, conforme destacam Neto e Guimarães (2017, p. 422):

A cláusula geral do art. 190 traz alguns elementos que juntos, e somente juntos, caracterizam os negócios jurídicos processuais. São eles: (i) direitos que admitam autocomposição: só é possível estabelecerem-se os negócios jurídicos processuais sobre aqueles direitos materiais que admitam composição (...); (ii) a mudança no procedimento deve ocorrer para ajustá-lo às especificidades da causa; (iii) deve versar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais: além de apenas alterar o procedimento eles podem versar sobre atitudes das partes durante o processo, que nas palavras de Arruda Alvim: "(...) frequentemente uma convenção processual terá consequências tanto procedimentais quanto de comportamento processual"; (vi) [sic] podem ser celebrados antes ou durante o processo.

Para que seja admissível o negócio processual, é fundamental que exista um certo grau de previsibilidade e determinação quanto ao objeto da convenção. Pois, quando a parte, de fato, entende e está ciente das cláusulas de disposição do direito processual, valida o exercício da autonomia de sua vontade, tornando perfeita a relação jurídica entre as partes (CABRAL, 2018).

Nesse sentido, deve-se apontar as lições de Cabral (2018) sobre em que consiste a referida precisão e a determinabilidade necessárias para validar as convenções processuais.

²⁵ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Para o autor a precisão impõe que o acordo processual deve versar sobre uma relação jurídica específica e concreta, que as obrigações de cada uma das partes sejam especificadas em gênero, espécie, quantidade e, caso necessário, também nas características individuais dos ônus impostos às partes. Cabral ainda frisa que o Supremo Tribunal Federal entende que as regras previstas em negócios processuais devem ser claras e precisas para que as partes bem a compreendam (CABRAL, 2018).

Por outro lado, a determinabilidade está relacionada ao objeto do negócio processual. Nesse sentido, o objeto determinado, ou determinável, é aquele que pode ser detalhado em suas características e, mesmo que para o objeto determinável falte inicialmente precisão em qualidade ou quantidade, essas informações precisam ser claras no momento em que o negócio for ser efetivamente cumprido (CABRAL, 2018).

Importante, ainda, lembrar que os negócios processuais também devem observar a boa-fé das partes envolvidas. Como bem aponta a Professora Paula Costa e Silva (2016), a boa-fé é um princípio geral que assegura a justiça contratual material, o que impõe aos contratantes a necessidade de se respeitar os valores intrínsecos ao problema tratado pelo negócio jurídico, o que equilibra o contrato e mantém a validade das normas relacionadas ao objetivo que as partes desejam obter por meio do negócio.

Sobre os negócios processuais, é importante ressaltar que tais convenções podem ser divididas em duas categorias de acordos: os dispositivos e os obrigacionais. A primeira tem por objetivo a modificação de regras processuais ou procedimentais; a segunda, por sua vez, não altera o procedimento, mas estabelece para as partes, ou a uma delas, um fazer ou não fazer (CABRAL, 2018).

Com relação os acordos dispositivos, Trigo (2020) aduz que eles disciplinam as normas procedimentais que serão adotadas pelas partes em substituição das normas legais. Em outras palavras, se uma norma legal pode ser substituída por normas contratuais escolhidas pelas partes, estas podem optar pelo estabelecimento de procedimentos específicos que melhor atendam suas vontades.

Por outro lado, os acordos obrigacionais não alteram de forma direta o procedimento. Eles versam, em verdade, sobre situações jurídicas pertinente às partes, a fim de criar, modificar ou extinguir obrigações destas. Assim, os acordos obrigacionais permitem que as partes se imponham deveres não inicialmente previstos e/ou renunciem ações que poderiam vir a tomar no curso do processo judicial (TRIGO 2020).

Percebe-se que, numa visão geral, os negócios processuais são uma saída interessante para que as partes possam mitigar eventuais transtornos que decorram de um contrato previamente celebrado. Assim, quando se transporta esse instituto para uma perspectiva associada da ressurreição digital, os negócios processuais, bem como a eventual celebração de um, acabam fazendo sentido.

Isso porque, como mencionado anteriormente, em razão da adoção da teoria dos parentes próximos, aos herdeiros é transmitida apenas uma legitimidade processual no que tange a impedir utilizações da imagem do falecido. Nessa lógica, não faz sentido que seja fornecida uma autorização de uso de imagem, mas sim, a celebração de acordos que disponham sobre situações processuais, tão somente, ainda que o resultado fático seja o mesmo. Ou seja, deve-se colher, em instrumento particular de não oposição ao projeto a ser desenvolvido, a manifestação de vontade dos sucessores do artista que será recriado.

A utilização dessas ferramentas pelas empresas que desejam explorar esse setor é extremamente interessante, pois tornam-se em importantes aliadas para garantir mais segurança aos acordos previamente arranjados, bem como, tratam-se de uma forma de proteção aos investimentos feitos para que eles ocorram.

Resta, portanto, a necessidade de analisar se dentre as possibilidades trazidas pelo instituto dos negócios processuais, seria o *pactum de non petendo*, como menciona Migliore (2009), o mais indicado para minimizar os riscos que as empresas poderão correr na hora de desenvolver projetos de ressurreição digital.

4.2 PACTUM DE NON PETENDO

Pactos de *non petendo*, ou promessa de não processar, são, basicamente, acordos firmados entre as partes de um contrato por meio dos quais elas renunciam à possibilidade de exigir judicialmente um crédito (NETO; GUIMARÃES, 2017). Assim, é possível constatar, em razão do que já foi analisado até agora, que esse tipo de pacto será um acordo obrigacional, vez que ele obriga as partes antes da judicialização e versa sobre um direito processual adstrito a elas, o qual impõe certo tipo de comportamento processual e não trata sobre modificação de procedimento em si. Ou seja, as partes convencionam entre si uma obrigação jurídica de não judicializar a questão, tratando-se de um pacto de não ação (TRIGO, 2020).

É importante destacar que se trata de uma modalidade atípica de convenção processual, uma vez que não encontra previsão expressa no Código de Processo Civil (TRIGO, 2020). Contudo, como visto, uma novidade trazida pelo Diploma Processual Civil de 2015, foi o reconhecimento, como válidos, dos negócios processuais atípicos celebrados entre as partes.

A promessa de não processar, em si, não é, efetivamente uma novidade, pelo contrário, é um dos negócios jurídicos processuais mais antigos de que se tem conhecimento, sendo possível identificá-lo ainda no Direito Romano (CABRAL, 2020).

Em que pese a bagagem histórica dessa modalidade de acordo, ela passou a chamar à atenção dos estudiosos da área apenas recentemente, principalmente em decorrência do surgimento do novo Código de Processo Civil e, mais especificamente, do art. 190, o que torna escassa a literatura acerca da matéria (TRIGO, 2018; CABRAL, 2020).

Para que seja possível verificar se tal dispositivo é aplicável ou não à ressurreição digital, é preciso, primeiramente, compreender de qual direito as partes estão efetivamente abrindo mão ao afastarem a possibilidade de mover uma ação judicial. Isso porque, muito se questiona se se trata, em verdade, de uma renúncia do direito material ou uma renúncia de direito processual.

Importante, portanto, fazer a distinção entre esses dois direitos. De um lado, o direito material compreende aqueles direitos que são tutelados por um indivíduo numa relação jurídica material, como leciona Clóvis Couto e Silva (*apud* TRIGO, 2020, p. 67):

Aquele que disciplina uma ordenação da vida; que regula, em última análise, os direitos subjetivos, as pretensões, as ações e as posições jurídicas. Tudo, enfim, que resulta dos atos lícitos ilícitos das pessoas. E a composição ou satisfação desse direito pode ser feita de voluntariamente, e na maioria dos casos o é, porque uma das partes reconhece que tem o dever de prestar, e adimple.

De outro lado, o direito processual consiste, naqueles elementos que regulam a atividade jurisdicional (Estado), a qual é prestada através do processo. Ou seja, um conjunto de normas e princípios que servem para regulamentar qual é a forma ideal para que seja possível a aplicação eficaz do direito material.

Nesse sentido, escreve Rodolfo Hartman (2017, p.03):

Este ramo do Direito, que goza de plena autonomia nos dias atuais, é aquele que tem como finalidade disciplinar a forma em que o Estado (em sentido amplo) presta a atividade “jurisdicional”, por intermédio de um instrumento denominado “processo”, após ter sido provocado pelo interessado por meio do exercício do direito de ação.

Assim, o “direito processual” é, justamente, este conjunto de normas jurídicas que permitirão regular o início deste “processo”, bem como o seu desenvolvimento e encerramento. E, para tanto, estas normas disciplinarão não apenas certas garantias e princípios, mas, também, até mesmo requisitos e formalidades para a prática dos atos processuais, além das consequências pela sua falta de observância.

Contextualizando tais conceitos dentro do objeto do presente estudo, é possível apontar que o direito material pode ser identificado como

sendo o direito de imagem do artista falecido, enquanto a capacidade dos herdeiros de processar em razão da violação desse direito material, consiste no direito processual.

Resta evidente que os negócios processuais, do qual o pacto de *non petendo* faz parte, regula apenas questões adstritas ao processo e não ao direito material em si, ou seja, questões ligadas ao direito processual das partes, uma vez que por meio dele é possível apenas estabelecer regras processuais ou procedimentais.

Afinal, ao se celebrar tal pacto a parte não abre mão da titularidade do direito, pois se fosse esse o caso, seria o mesmo que uma remissão ou renúncia ao direito material em si. Mas, em verdade, abre-se mão apenas da possibilidade de exigir judicialmente do outro o cumprimento da obrigação (NETO; GUIMARÃES, 2017, TRIGO, 2020, SILVA, 2016).

Importante, ainda, a lição de Antonio Cabral (2020), para qual o pacto de *non petendo* possui uma natureza processual. Isso porque, o seu objeto está relacionado à possibilidade de se exigir um direito, ou seja, de pretender, não se podendo confundir a existência de uma situação jurídica com o exercício desta. Não obstante, uma situação jurídica pode ser exercida, e exigida, de várias formas e, no que diz respeito à promessa de não processar, ela se limita à pretensão processual, em nada afetando o direito material.

Em outras palavras, as partes dispõe, tão somente, da possibilidade ou não em levar a questão ao órgão jurisdicional ou arbitral não interferindo no direito material, pois desassociada à obrigação natural. Assim, caso uma parte resolva exigir da outra o cumprimento de seu direito material, poderá fazê-lo de qualquer outra forma que não a processual (CABRAL, 2020).

O que se observa na prática da renúncia à pretensão jurisdicional, são as partes dispendo sobre a possibilidade de acionar o judiciário de forma preventiva, ou seja, antes mesmo de existir um problema abre-se mão do processo, ainda que em fase pré-processual.

Portanto, isso é algo perfeitamente válido, uma vez que a autonomia privada das partes não se limita ao processo judicial tão somente. Pelo contrário, a autonomia é justamente a possibilidade que elas têm

em antecipar eventuais situações ou remediar problemas que porventura venham a surgir judicialmente, podendo solucioná-los amigavelmente (CABRAL, 2018).

Isso decorre, como explicam Neto e Guimarães (2017), de um entendimento de que as partes, em fase negocial, são capazes de definir as melhores condições para o desenvolvimento do contrato celebrado. Pois, antes da existência do conflito em si, há um ambiente conciliatório muito mais favorável a salvaguardar os interesses de ambas as partes.

Somando-se a isso, tais cláusulas teriam um poder maior de coerção das partes, pois, estas se sentiriam mais moralmente obrigadas a cumprir aquelas disposições previamente acordadas, em razão das convenções terem sido por elas mesmas convencionadas. O que, conseqüentemente, coloca a possibilidade do pacto de não processar como uma faculdade do indivíduo, manifestada por vontade própria e de acordo com seu próprio juízo de valor, sendo, o exercício dessa prerrogativa, uma manifestação válida da autonomia privada, a qual já foi explorada no item anterior.

Para analisar a autonomia no contexto do pacto de *non petendo* é válido trazer o contido em Silva (2016, p. 430):

O reconhecimento da liberdade da parte de não requerer uma tutela (judicial ou extrajudicial) do seu direito implica no reconhecimento da admissibilidade de assunção de uma promessa negocial de não exercício do mesmo direito. Para além de o resultado prático ser idêntico em ambos os casos, a exclusão negocial do direito de exigir o cumprimento é um exercício de autonomia privada, em que a subordinação do titular do direito às especulações por si criadas representa uma afirmação da sua liberdade. No pressuposto de que não se verificam quaisquer perturbações internas (falta ou vício da vontade e da declaração) ou externas (limites impostos pela exigência da determinabilidade, da possibilidade e da não contrariedade à lei, à ordem pública ou aos bons costumes do objecto do negócio jurídico) à vontade de constituir obrigações, a exclusão convencional do direito de exigir uma prestação deve ser considerada como válida.

Porém, ao se falar da viabilidade de uma cláusula de *non petendo*, não é possível não adentrar em questões ligadas a elementos constitucionais. Para ser mais preciso, tem que se atentar para o direito fundamental da inafastabilidade de jurisdição, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição²⁶.

Isso porque, o direito fundamental da inafastabilidade do judiciário, em essência, consiste num importante obstáculo para a aplicação dos pactos de não processar, afinal esse direito estabelece a impossibilidade de afastamento do Poder Judiciário a análise de lesão ou perigo ao direito juridicamente tutelado.

Sobre o tema, Reichelt (2018) afirma que o direito à inafastabilidade do controle jurisdicional está vinculado à exigência imprescindível de que a interpretação e a aplicação das normas jurídicas conforme a vontade dos indivíduos pactuantes, a fim de regulamentar a atuação do juiz e das partes em um processo, não pode se tornar obstáculos que impeçam que a lesão a um direito subjetivo seja levado à análise jurisdicional. Ao contrário, deve-se dar prioridade ao texto legal, no qual se determina a existência da possibilidade da busca pela proteção jurisdicional.

Assim, é preciso observar se o pacto de *non petendo* pode, de fato, ferir ou não esse princípio da inafastabilidade do judiciário. Bem como, se ele é capaz de obstar na totalidade a proteção jurisdicional do direito do titular, ou se é capaz de tornar totalmente inacessível a esfera judicial da apreciação de violações ao direito material.

Para uma parte da doutrina, para que um pacto de *non petendo* possua validade é preciso que sejam observados limites muito semelhantes ao da cláusula arbitral, vez que, em ambos, ocorre o afastamento da tutela jurisdicional. Dessa forma, em casos em que não seja possível se estabelecer cláusula arbitral, não poderá ser fixado pacto de *non petendo* (NETO; GUIMARÃES, 2017).

²⁶ 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: (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Logo, diante do disposto no artigo 1º, da Lei 9.307/96²⁷, lei da arbitragem, percebe-se que apenas será possível a arbitragem sobre direitos patrimoniais disponíveis. O que, por sua vez, lança dúvidas sobre a possibilidade de celebrar tais acordos no mercado de ressurreição digital, haja vista que, como já analisado, tais acordos tratarão de direitos da personalidade, os quais, em razão da sua própria natureza, são indisponíveis.

Assim, faz-se de suma importância analisar novamente o disposto no art. 190, do Código de Processo Civil:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

A lei fala em “direitos que admitem autocomposição”, o que é diferente de direitos indisponíveis. Os primeiros não têm como objeto a disposição de direito material, mas tão somente processual e, também, a forma, modos e momentos para cumprimento da obrigação avençada. Por sua vez, os direitos indisponíveis são aqueles intrinsecamente ligados aos direitos de personalidade que não podem sofrer renúncia, tal como a imagem, a honra, etc. (NEVES, 2017).

O direito de ação, como visto anteriormente, comporta a autocomposição, pois, ao seu titular é permitido, até certo grau, exercer uma limitação voluntária sobre o seu direito (BITTAR, 2015). Portanto, uma convenção processual pode versar sobre direitos de personalidade, como se observa no contido a seguir:

Claro que às vezes os direitos fundamentais protegem o sujeito de direitos contra si mesmo. Tomemos o princípio da dignidade humana, que garante ao indivíduo uma esfera intangível de direitos mesmo contra sua vontade. Mas a dignidade, ao mesmo tempo em que se apresenta como um *limite* ao exercício da autonomia indivi-

²⁷ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

dual, também é *fundamento* do exercício do direito de liberdade. O STF já decidiu que a Constituição respeita a liberdade e as escolhas individuais na definição de seus próprios interesses. Assim, não se pode, *a priori*, concluir que a dignidade humana ou qualquer outro direito fundamental levaria *sempre* ao resultado da ineficácia dos atos de disposição. Se assim fosse, a dignidade humana, e em geral qualquer direito fundamental, poderia justificar uma ampla e irrestrita proteção estatal em favor dos indivíduos contra si mesmos, contra sua própria autonomia, em qualquer caso e diante de quaisquer circunstâncias. (CABRAL, 2018, p. 198/199).

Acrescenta Daniel Neves (2017) que o legislador acertou ao não confundir o direito indisponível com o direito que não permita autocomposição. Afinal, conforme já mencionado, a autocomposição não teria por objeto o direito material em si, mas, em verdade, versaria sobre as formas de exercício desse direito, tal como, modo e momento de cumprimento da obrigação.

Não parece haver razão no argumento de que as promessas de não processar ficariam subordinadas às limitações contidas na lei arbitral, pois, como visto, os direitos de personalidade também podem ser objeto de convenções processuais.

Passada a diferenciação entre o instituto do direito material indisponível e dos direitos que não comportam autocomposição. Há que se falar, também, na vertente da doutrina a qual entende na existência de direitos fundamentais processuais, os quais são irrenunciáveis, e, portanto, indisponíveis, como por exemplo, a irrenunciabilidade do devido processo legal, do acesso à justiça, do juiz natural, dentre outros dispostos na Constituição (CABRAL, 2018).

Deve-se ponderar, primeiramente, que a renúncia e a disponibilidade, no campo processual, não se confundem com aquelas provindas do direito material, porquanto, aqui se trata de direito público e não individual (CABRAL, 2018).

Sendo assim, tanto a renúncia quanto a disponibilidade se tratam em geral de condutas que tendem a abdicar diretamente uma situação

jurídica de vantagem, de forma a transferir, modificar, criar e extinguir, por meio de um ato de vontade o qual guarda fundamento no poder de autorregulação das partes, tal qual encontrada no artigo 190 do Código de Processo Civil que faz alusão ao direito de autocomposição (CABRAL).

Neste diapasão, o que parte da doutrina entende é que uma vez insculpida na Constituição Federal, os direitos processuais fundamentais não são passíveis de autocomposição. Contudo, esse entendimento não é unívoco, pois é admitido, há décadas, que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, uma vez que é possível a disposição de situação de vantagem por parte do indivíduo, sendo estranho se pensar que o indivíduo seria obrigado a fazer algo, mesmo que não quisesse, apenas porque é seu direito constitucional e este, por sua vez, não pode ser barrado (CABRAL, 2018).

Isso significa na liberdade que o indivíduo tem em reduzir sua esfera jurídica quando houver livre e sadio consentimento, ou seja, sem vícios na manifestação de vontade. Tal entendimento é o que se extrai do aforisma romano *volenti non fit injuria* que significa que não há prejuízo àquele que consente com a conduta limitativa de sua esfera jurídica, sendo devido ao Estado, respeitar a opção dos litigantes no que tange ao exercício das situações processuais de vantagens (CABRAL, 2018).

Tal posicionamento é adotado pelos Estados Unidos e, também, pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, os quais entendem que os negócios processuais significam numa renúncia parcial aos direitos processuais, como ocorre no exemplo da arbitragem (CABRAL, 2018).

Sendo assim, é possível identificar aqueles autores que compreendem que o direito de celebrar o pacto de *non petendo* não fere de forma alguma o direito de acesso à justiça. Pois, o pacto é apenas uma manifestação da autonomia da vontade das partes, na qual estas optam por afastar o exercício da pretensão jurisdicional e que, de forma alguma, tem o condão de impedir à parte prejudicada de procurar auxílio perante o judiciário.

Isso porque, a parte não renunciará o direito fundamental totalmente, mas tão somente, naquilo que consentiu previamente e, em se verificando alguma nulidade, fica a seu critério levar aos braços do Poder Judiciário.

Ademais, caso haja modificação significativa dos fatos ou do direito, estar-se-á diante do instituto jurídico do *rebus sic standibus*, o qual, permite que, mesmo havendo impossibilidade de buscar a tutela jurisdicional por fato e por ato jurídico perfeito, quando houver significativa modificação nos fatos, há possibilidade da parte buscar a tutela jurisdicional por elemento novo na relação jurídica.

Em que pese a existência e a necessária observância ao direito fundamental à inafastabilidade da tutela jurisdicional a sua aplicação não pode ser feita de forma totalmente ampla e irrestrita. Em outras palavras, Se uma pessoa pode dispor de direitos materiais disponíveis, não há motivos para impedir que ela disponha desses mesmos direitos no campo processual, pois é certo que a parte pode requerer a anulação da convenção processual (TRIGO, 2020). Essa disposição não fere o direito fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional porque é apenas uma restrição voluntária, imposta a si, pelos próprios titulares do direito de acesso à justiça, em vista a alcançarem outros objetivos que, para eles, é mais importante (CABRAL, 2020).

Assim, é possível que a violação de um direito material que fora objeto de *pacto de non petendo*, seja levada à apreciação do Poder Judiciário pelo seu titular mesmo com a existência desse pacto. E, caso isso ocorra, é evidente que a parte demandada da ação, ou seja, aquela que está sendo acusada de violar o direito de outrem, poderá, em sede de defesa, pleitear pelo indeferimento da ação, com base na existência da cláusula de *non petendo* (TRIGO, 2020).

Ou seja, não há vedação *in totum* à judicialização da demanda, pois ela é impossível. O que há, é um acordo prévio de não pretensão. Mas, o judiciário tem amplos poderes para analisar tanto a validade de tal acordo quanto o direito supostamente violado pela parte, em ação proposta pelo indivíduo lesionado. Contudo, o que ocorre é que a parte contrária pode se valer de tal pacto para tentar extinguir referida ação sem apreciação de mérito, se tratando, apenas de manobra processualmente válida (TRIGO, 2020).

Se observada a validade da cláusula processual, haverá a necessidade de uma decisão judicial, sem que haja, contudo, a apreciação do mérito da demanda, vez que este restou prejudicado (CABRAL, 2018).

Além disso, existe uma importante distinção que se deve levar em conta no caso concreto que é, justamente, a necessidade diferenciar o instituto da renúncia de um direito processual e o instituto da desistência da ação. Pois, uma é mais ampla que a outra e elas não têm similitude, sendo que uma ocorre antes do exercício do direito de ação e a outra ocorre após a ação da parte na busca da tutela jurisdicional (CABRAL, 2018).

A renúncia à possibilidade processar pela violação do direito material que fundamenta a ação judicial é diferente da desistência de uma ação que já esteja em curso. Esta última impõe a disposição de uma situação processual específica, e não representa a redução da esfera jurídica do titular de um direito material. A desistência da ação é a desistência a um procedimento, ao direito de ver a sua demanda processada e julgada pelo Poder Judiciário, que implica em uma decisão sem exame de mérito (CABRAL, 2018).

E, nas palavras de Cabral (2018, p. 196): “Vale dizer que a renúncia é a autorrestricção a um direito. Por este motivo, a renúncia é constantemente relacionada com os negócios jurídicos processuais”.

Entretanto, se a parte prejudicada acionar o judiciário, arguindo que a cláusula de *non petendo* é abusiva, o juiz poderá, ao constatar que a referida cláusula pode estar prejudicando o correto exercício do direito material por seu titular, declarar sua nulidade.

Como bem aponta Silva (2016, p. 426):

Em suma, o *pacto de non petendo* não tem normalmente como objecto (apenas) a tutela jurisdicional do direito, mas antes a própria pretensão jurídico-material. E ainda quando haja incerteza quanto aos efeitos a que as partes desejaram ficar vinculadas, o tribunal não pode deixar de conhecer do mérito da acção, absolvendo o réu devedor em virtude de um direito de recusa da prestação fundado no Direito substantivo, por força do princípio da prevalência da substância sobre a forma, de vigência transversal a todo o Direito processual (art.278/3, 2ª parte, do Código de Processo Civil). Em coerência, a conclusão deverá ser a mesma se se considerar que o contrato de exclusão do exercício de um direito é fonte de efeitos duplos, simultaneamente processuais e extraprocessuais.

Para que seja possível afastar a possibilidade de uma decisão judicial que reconheça a nulidade da cláusula, é importante que existam contrapartidas na convenção processual que, de alguma forma, façam com que aquela parte que disponha de seu direito de procurar o judiciário, não se encontre numa posição de desvantagem muito significativa com relação à outra parte. Dessa sorte, é possível haver um controle judicial voltado apenas ao conteúdo da cláusula de *non petendo*, a fim de evitar danos desproporcionais às partes. No que diz respeito aos acordos processuais, esse controle pode ser entendido como uma forma de eliminar a garantia fundamental correlata (CABRAL, 2018).

Pois, do contrário, estaria sendo admitida a possibilidade de que acordos firmados com relação a direitos indisponíveis, tal qual ocorre nos casos de ressurreição digital, nasçam sem qualquer forma de exigibilidade, algo que pode servir de base para sua anulação, haja vista que desproporcionais (TRIGO, 2020). Essa contrapartida, por sua vez, pode ser a previsibilidade de outras formas de se resolver disputas que surjam no decorrer do procedimento e/ou, até mesmo, como informou Migliore, o pagamento de determinada quantia pela promessa de não processar.

Logo, quanto mais os termos do acordo puderem ser considerados como prejudiciais ao direito material, mais provável é a sua desconsideração pelo Judiciário. Em razão disso, outro elemento que deve ser observado quando da celebração desses pactos é a duração desse “dever” de não processar.

Isso porque, a extensão em demasia do pacto pode acabar inviabilizando que o indivíduo exerça de alguma forma seu direito, inviabilizando, assim, a defesa dele por completo. Entretanto, nesse aspecto, a doutrina se divide.

De um lado estão aqueles que acreditam que a cláusula poderá ser perpétua, o chamado *pactum de non petendo perpetuum*; de outro, estão os autores que defendem a necessidade de que o pacto, além de não poder ser perpétuo, também, não pode ser demasiadamente longo, pois isso afetaria os regimes da prescrição e da decadência.

Para os que se opõem à uma eventual perpetuidade dos pactos de *non petendo*, existem, primordialmente dois argumentos que costumam

ser levantados, conforme aponta Trigo, são eles: "(i) não poderiam as partes livremente dispor da tutela jurisdicional de forma integral, impedindo por completo o acesso à justiça; e (ii) não seria possível o nascimento ou a subsistência de um débito sem a exigibilidade" (TRIGO, 2020, p. 94).

Para quem defende a possibilidade dos pactos por tempo indeterminado, tais objeções poderiam ser vencidas se considerar que existem outros meios para garantir a satisfação da vontade das partes, sem que seja necessário o ajuizamento de ação, ao mesmo tempo que para a sua celebração, deverão ser observados, praticamente, os mesmos requisitos de uma remissão (TRIGO, 2020).

Como visto anteriormente, não estão as partes impedidas *in totum* de procurar a tutela jurisdicional, sendo que a parte poderá ajuizar ação para ter a satisfação de seu direito. Contudo, a apreciação do mérito pelo Juiz dependerá da observância da validade da cláusula. Não havendo, portanto, um impedimento completo do acesso à justiça.

Nesse sentido Trigo (2020) aponta que o pacto de *non petendo* não se confunde com uma renúncia a direito fundamental. Assim, o credor de um direito violado poderá acessar o judiciário, ainda que isso não signifique que sua pretensão possa ser analisada no mérito. Isso porque, se o devedor levantar em juízo a existência de *pactum de non petendo perpetuum*, e não havendo abusividade nesse pacto, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução de mérito.

Quanto ao segundo obstáculo apresentado, para a validade dos pactos de prazo indeterminado, Trigo (2020) argumenta que o direito brasileiro já reconhece uma classe de obrigações que são de cunho moral e que, por sua vez, não teriam exigibilidade. Seria, portanto, uma obrigação reduzida, vez que tal obrigação não vislumbra a possibilidade de exercício de pretensões por parte daquele que renunciou ao direito de processar. Ou seja, a cláusula de *non petendo* recai sobre a possibilidade de uma parte ir à juízo demandar que outra cumpra determinada obrigação, e não sobre a obrigação em si, a qual continua existindo ainda que não possa ser cobrada judicialmente.

Afinal, para o autor, a existência do pacto em definitivo celebrado pelas partes teria sobre as partes efeito moral de cobrança, o que faria

com que houvesse um senso de responsabilidade maior entre as partes de respeitarem o acordado.

Tal argumentação, quando trazida ao campo da ressurreição digital, não deve prosperar. Pois, cediço que o direito a ser reclamado pelos herdeiros, por mais que não seja o direito de imagem, ainda, é um direito de personalidade e, portanto, não pode ser cedido ou transferido para outra pessoa. Vez que seu titular poderá, a qualquer momento, reverter as autorizações, haja vista que seu desuso não é capaz de gerar a extinção do direito à imagem (BELTRÃO, 2014).

Assim, como mencionado anteriormente, nos casos de ressurreição digital, o que legitima a atuação dos herdeiros do artista para mover ações para fazer cessar o uso não autorizado de sua imagem, é a premissa de que uma ofensa à honra do falecido resultaria em uma ofensa aos seus descendentes (MIGLIORE, 2009), dessa forma, o que se discute é em essência um dano moral.

Razão pela qual, caso seja aceita a validade de uma promessa de não processar perpétua, em tese, uma vez pactuada a obrigação de não processar, estariam os herdeiros do artista recriado incapacitados de se opor a sua utilização. Ou seja, caso o projeto seja mal executado – ou que, ao se depararem com o resultado, os herdeiros fiquem insatisfeitos – nada poderão fazer, restando, em consequência, afetada a tutela jurisdicional ao direito material de forma perpétua, o que não é permitido pela Constituição.

Em relação à temática da pesquisa, a posição mais adequada é aquela que prevê a necessidade de haver uma previsão temporal para as cláusulas de *non petendo*.

Nesse sentido, Cabral (2020), defende que por conta do seu caráter processual, não é possível que a cláusula de *non petendo* possa, de alguma forma, afastar o direito material. Por essa razão, faz-se indispensável que a cláusula encontre alguma forma de limitação temporária que não afete a prescrição ou decadência, pois isso equivaleria na produção de uma obrigação natural. Da mesma forma, é impossível a convenção de uma cláusula eterna de não processar (*pactum in perpetuum*). Entretanto, o autor não nega a possibilidade das partes perdoarem a dívida, ou, até

mesmo, que negociem sobre temas como prescrição e decadência. Contudo, para isso, deverão ser observados os requisitos e pressupostos para uma disposição de direito material. Dessa forma, uma eventual convenção de não processar como prazo indeterminado pode, em alguns casos, incentivar o uso abusivo dessa promessa de não processar de tal forma que possa ocultar uma disposição sobre a pretensão de direito material ou, até mesmo, do direito subjetivo em si.

As empresas do ramo de ressurreição digital que almejem utilizar da promessa de não processar como uma forma de se resguardarem contra eventuais litígios com os herdeiros, para que minimizem o risco de anulação do pacto realizado, devem estabelecer uma temporalidade ao acordo, de forma a não prejudicar a prescrição e decadência do direito dos herdeiros, mas que, ao mesmo tempo, consiga servir para amortizar, em parte, pelo menos, os valores dispendidos para a realização do projeto.

Pois, do contrário e considerando as decisões judiciais analisadas no capítulo anterior, ficarão sujeitas a um maior risco de desconsideração das cláusulas pelos Tribunais Brasileiros, os quais possuem a tendência de sobrepor os direitos de personalidade aos demais. Afinal, como se constatou, em que pese o artigo 20, do Código Civil preveja o direito do titular de intervir apenas naquelas situações em que há violação à sua honra ou que lhe repute em descrédito, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em afirmar que esse direito é oponível a qualquer utilização.

Por mais que os pactos de *non petendo* sejam perfeitamente possíveis para essas situações, é inegável que a sua validade ficará enfraquecida quando confrontado com os direitos da personalidade. O que, de forma alguma, significa que essas convenções não podem ser utilizadas de outros modos pelas partes. Nesse sentido, é interessante analisar a figura do pacto parcial.

O *pactum de non petendo* "parcial", ou promessa de não postular, é uma ideia proposta por Trigo (2020) e endossada por Cabral (2020). Nessa modalidade de pacto, o acordo não faria com que as partes renunciassem à possibilidade de ajuizar uma ação, mas serviria, em verdade, para estabelecer que não pudessem ser invocados em juízo alguma alegação

ou exceções específicas. Dessa forma, seria possível alterar, apenas, o procedimento do processo, limitando as suas possibilidades desde que esse acordo não tenha o condão de afetar, em hipótese alguma, um ato que possa ser praticado pelo juiz de ofício ou que vincule o julgador de alguma forma.

A convenção, portanto, não estaria impedindo que a parte procurasse o judiciário, mas sim que ela renunciasse à possibilidade de invocar em juízo alguma alegação ou exceção específica. Isso, por sua vez, permite ao empresário a possibilidade de estabelecer medidas que tragam maior segurança à empresa enquanto esta desenvolve os trabalhos na área do entretenimento. (CABRAL, 2020; TRIGO, 2020).

Para ilustrar as vantagens desse modelo de pacto, observa-se o exemplo apresentado por Trigo (2020, p. 110):

Em primeiro lugar, imagine-se que convençionem as partes, no momento da celebração do negócio jurídico, o afastamento de requerimento de tutelas antecipadas no curso do processo. Aqui, não se deixa de ter uma espécie de *pacto de non petendo*, incidente apenas sobre uma classe de pedidos, ou seja, sobre a tutela de urgência satisfativa. Prevalendo a autonomia privada, não há razão para que não seja admitida tal classe de restrições.

Assim, para as empresas de ressurreição digital, o afastamento da possibilidade de tutelas provisórias em eventuais demandas que busquem discutir o acordo seria de grande valor. Pois, como visto, os projetos desse segmento demandam investimentos consideráveis de tempo e dinheiro e uma interrupção abrupta das exposições poderia causar um prejuízo significativo.

Ao se afastar a possibilidade de pleito liminar, ao mesmo tempo que não é impossibilitado de o familiar tutelar seu direito material, porquanto pode rever a autorização concedida em fase de cognição exauriente, às empresas do setor são asseguradas de que o encerramento da utilização da imagem, e por consequência do empreendimento, deve-se ser constatado apenas e tão somente em sentença, restando livres do risco de “da noite para o dia” terem embargados seus espetáculos.

Outro pacto parcial que poderia beneficiar os empresários seria no sentido de impedir que fosse pleiteada uma indenização, pois os herdeiros já teriam recebido quando do pacto de não processar, devendo a ação judicial versar apenas sobre a possibilidade de fazer cessar ou não aquela performance.

Conclui-se, portanto, que a utilização do pacto de *non petendo* parcial pode ser visto como a mais adequada forma de convenção, pois trata apenas do direito processual, não havendo o risco de lesar o direito material do herdeiro, fazendo com que fique mais difícil a sua anulação em juízo.

Ao contrário, a promessa de não processar convencionalmente de forma integral, pode ser facilmente anulada se observado algum prejuízo ao direito material do indivíduo, o que é mais fácil de incorrer quando se tem por objetivo o impedimento absoluto à propositura de ação, que obstaculiza por completo o acesso à justiça.

Em que pese a promessa de não processar seja uma medida válida e extremamente recomendada às empresas do setor, é inegável, que as preocupações apresentadas por Zanini e Romano – de que a defesa da imagem do falecido artista dependa do interesse dos parentes e que isso, por sua vez, consiste em dar a eles, na prática, a titularidade sobre um direito que não os pertencem – continuam sem resposta. Tal argumento, evidencia, assim, a falha na teoria dos parentes próximos frente às novas tecnologias.

Fazendo com que seja necessário buscar novas formas de solucionar tais problemas. Uma das alternativas possíveis para atingir esse objetivo seria uma reforma legislativa que incrementasse a legislação vigente sobre essas questões do direito de imagem, principalmente quando se discute os seus desdobramentos *post-mortem*.

Um modo de se fazer isso é olhando para o tratamento feito por outros países que já lidam com esse tipo de situação. Por esse motivo, a seguir será analisado o ordenamento dos Estados Unidos. Afinal, o país abriga um dos maiores polos da indústria cultural no mundo. Isso serve para identificar quais as medidas existentes lá e quais os dilemas enfrentados pelo judiciário desse país para enfrentar as situações que envolvam os direitos *post-mortem* de pessoas famosas e como essas medidas legais e jurisdicionais podem, eventualmente, ser adotadas aqui para auxiliar na solução desses problemas.

A RESSURREIÇÃO DIGITAL NOS ESTADOS UNIDOS

Os Estados Unidos, como grande produtor de material cultural e, portanto, residência de muitas celebridades, não são estranhos às questões do direito de imagem *post mortem*.

Isso ocorre, pelo fato de que o mercado americano de licenciamento de imagem de celebridades falecidas, como visto no primeiro capítulo, movimentava valores expressivos. Por exemplo, em 2008 o setor gerou algo em torno de US\$ 194 milhões, sendo US\$52 milhões em licenciamentos somente de Elvis Presley (HENDERSON, 2009).

Não é por menos que, o debate sobre a possibilidade de recriação de artistas falecidos em obras novas não é uma novidade por lá. A título de exemplo, Steve Williams, em 1996, durante sua participação no terceiro simpósio anual de direitos dos artistas e tecnologia digital, afirmou que os atores sintéticos são, essencialmente, as mais poderosas armas no mundo (MARTIN JR, 1996). Declaração, essa, que pode até parecer exagerada, mas que, ainda assim, evidencia uma preocupação antiga sobre a possibilidade dos atores serem substituídos por modelos digitais.

Por sorte, a alta rentabilidade trazida pela exploração da imagem de celebridades falecidas, fez com que a legislação e jurisprudência americana dessem especial atenção e cuidado quanto ao assunto da exploração da imagem dessas pessoas célebres. Como consequência, os projetos de ressurreição digital não se encontram completamente desamparados no direito americano, afinal, trata-se em essência de uma utilização co-

mercial tal qual como ocorre com os demais licenciamentos póstumos. Essa utilização comercial da imagem recebe o nome de *publicity rights*, numa tradução livre, direitos de publicidade.

Para entender de que forma esse direito é utilizado nos Estados Unidos, faz-se de grande importância entender como ocorreu a sua criação e sua modificação ao longo dos anos, além do estudo dos desafios existentes para aplicação do *right of publicity* nos Estados Unidos.

Importante, porém, em um primeiro momento, esclarecer um pouco sobre o Sistema Jurídico adotado pelos Estados Unidos, o *Common law* americano, bem como as particularidades do sistema americano perante outros países que adotam, também, o sistema do *Common law*, para que fique mais clara a forma com que o referido instituto foi sendo construído.

5.1 O COMMON LAW AMERICANO

Para entender as particularidades do *Common Law* americano, faz-se indispensável, inicialmente, entender o que é isso. O termo *Common Law* serve para identificar um tipo de Sistema Jurídico que pode ser adotado por um país.

Sistema Jurídico, por sua vez, é a forma com que cada sociedade regerá, a partir das fontes do Direito, como no caso dos costumes, as normas jurídicas e obrigações de comportamento social. Também, é o modo de estabelecimento dos critérios de prioridade das fontes do Direito que serão utilizadas pela sociedade, bem como a classificação das fontes formais, não formais, principais, acessórias e a ordem de importância dentro daquele Ordenamento Jurídico, haja vista que, não raras vezes, é comum que um sistema jurídico tenha mais de uma.

Nesse sentido, escreve Carlos Ferreira de Almeida (*apud* BUSSI, 2019, p. 1480-1481):

Para este efeito, sistemas jurídicos (ou ordens jurídicas) são conjuntos coerentes de normas e de instituições jurídicas que vigoram em relação a um dado espaço e/ou a uma certa comunidade. O critério

que na atualidade confere unidade a cada um dos sistemas jurídicos e permite distingui-los é geralmente o da organização política estadual (Estado unitário, Estado Federal ou Estado Federado), mas pode ainda derivar da subsistência de autonomia jurídica no interior de um mesmo Estado Soberano (por exemplo, os direitos inglês e escocês no âmbito do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte) ou de direitos de comunidades tradicionais no âmbito de Estados recentemente constituídos (por exemplo, direitos locais de base consuetudinária em países africanos).

Dentro dessa lógica, é possível identificar a predominância de duas formas de sistemas: o de origem romano-germânico, ou *Civil Law*, e o anglo-saxônico, ou *Common Law* (DUARTE, 2006). Apesar de que Guido Soares (2017) acredita que o uso da nomenclatura “anglo-saxônico” seja equivocado, vez que essa expressão, em verdade, faria referência ao sistema surgido pelas tribos que residiam na região antes da conquista normanda da Inglaterra.

Enquanto o *Civil Law*, sistema adotado pelo Brasil e por países continentais europeus, tem como fonte principal o direito codificado, ou seja, as leis. Por sua vez, no *Common Law*, comum em países como Inglaterra, Austrália e Estados Unidos, são os precedentes judiciais que possuem um peso muito maior na concretização do Direito.

Contudo, diante da constante evolução do Direito, se essa delimitação, em algum momento, fez muito sentido, hoje ela se perde. Os avanços da globalização fizeram com que ambos os sistemas se aproximassem de forma significativa, passando a influenciar diretamente um ao outro. Nesse sentido, o direito não pode ter com base apenas uma fonte ou a outra, sendo indispensável que ocorra uma simbiose entre elas como forma de conferir maior segurança e confiabilidade as decisões judiciais (BUSSI, 2019; DUARTE, 2006).

Entretanto, considerando que o objetivo do presente estudo é compreender a lei americana, será dado maior enfoque ao *Common Law* daquele país, o qual possui algumas peculiaridades na sua construção.

No *Common Law*, como já foi apresentado, a jurisprudência possui o papel de fonte primária do Direito. O que não significa que toda e qual-

quer decisão terá o condão de servir como base para as demais decisões. As jurisprudências que possuem essa característica nesse sistema recebem o nome de precedentes vinculantes, ou precedentes obrigatórios. Esses precedentes, como o próprio nome aduz, acabam por vincular os casos e decisões que surgirão posteriormente, os chamados *leading cases* (SOARES, 2017; LEITE; FEITOSA, 2014).

Entretanto, para que tenha essa condição, é preciso que a decisão vá além dos simples fatos do caso concreto, trazendo um aprofundamento quanto a explicação, arrazoamento e/ou interpretação jurídica aplicada àquela situação. Bem como, ela precisa advir dos tribunais superiores, não sendo possível a criação de *leading cases* em sede de primeiro grau. Por sua vez, as leis, não são completamente ignoradas no sistema americano, entretanto, diferentemente do que ocorre nos países de *Civil Law*, elas possuem um papel secundário servindo muito mais como uma fonte acessória, ou seja, de corretivos ou complementos, a aquilo que foi construído pela jurisprudência (SOARES, 2017; LEITE; FEITOSA, 2014).

Diferentemente de outros países que fazem uso do *Common Law*, os Estados Unidos atribuem à legislação um peso muito maior, tornando-se, quase, um sistema híbrido (SOARES, 2017). Essa mistura entre os sistemas, vem do fato de que os Estados Unidos, desde os tempos das colônias, incorporaram não apenas o sistema de precedentes, mas fizeram uso também do regramento escrito, algo que possui uma relação muito forte com os movimentos constitucionalistas da época. Essa estruturação codificada, principalmente por conta da existência de uma Constituição, acabou por criar uma hierarquização do direito e estabeleceu regramentos comuns a todos e que precisam ser considerados quando da análise do caso concreto pelo juiz (SOARES, 2017).

Por essa razão, o *right of publicity* pode ser encontrado com fontes diversas nos Estados americanos, ora como advindo por força de lei e confirmado pela jurisprudência, ora de origem jurisprudencial, sendo apenas complementado pela legislação.

Feitas essas considerações com relação ao Sistema Jurídico americano, passa-se ao estudo do *right of publicity* e sua construção ao longo dos anos, tanto pela via jurisprudencial quanto legislativa.

5.2 A CONSTRUÇÃO DO *RIGHT OF PUBLICITY*

Como visto, em que pese o direito americano faça parte daquilo que é amplamente conhecido como *Common Law*, ele possui, em verdade, uma característica híbrida, vez que tanto a jurisprudência quanto as leis codificadas são consideradas como fontes do direito.

O *right of publicity* não é diferente, sendo que o seu reconhecimento pode ser identificado tanto pela legislação de alguns Estados americanos, quanto por construção jurisprudencial em outros, ou, ainda, pelos dois modelos.

Entre os Estados que conhecem em razão da legislação é possível indicar, a título de exemplo, a Califórnia. A qual prevê, na secção 3344 do código civil, a proteção ao indivíduo de sua imagem, voz, ou *likeness*, quando utilizados comercialmente por terceiro sem o seu consentimento²⁸. Ao mesmo tempo, a Califórnia possui uma série de precedentes sobre o tema vinculando a lei.

Cumpra salientar que, o “*likeness*” trazido na lei californiana, não se trata da imagem propriamente dita do indivíduo, mas sim de uma réplica que guarda semelhanças à sua aparência, sejam essas reproduções bi ou tridimensionais. O que é, basicamente, a essência dos projetos de ressurreição digital (BEARD, 1993; TAN, 2018).

Contudo, não é possível estudar o referido instituto sem antes entender o instituto do *right of privacy*, direito de privacidade em tradução

²⁸ 3344. (a) *Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof. In addition, in any action brought under this section, the person who violated the section shall be liable to the injured party or parties in an amount equal to the greater of seven hundred fifty dollars (\$750) or the actual damages suffered by him or her as a result of the unauthorized use, and any profits from the unauthorized use that are attributable to the use and are not taken into account in computing the actual damages. In establishing such profits, the injured party or parties are required to present proof only of the gross revenue attributable to such use, and the person who violated this section is required to prove his or her deductible expenses. Punitive damages may also be awarded to the injured party or parties. The prevailing party in any action under this section shall also be entitled to attorney's fees and costs.*

livre. Vez que o *right of publicity* não surgiu de forma isolada dentro do ordenamento americano, mas sim como um desdobramento do *right of privacy*.

O *right of privacy* tem o objetivo de garantir ao indivíduo a liberdade de combater possíveis intromissões de terceiros à sua vida e intimidade, de modo que tutela os pensamentos, sentimentos, emoções, nome, imagem e, até mesmo, dados pessoais do indivíduo e, por essa razão, ele é reconhecido dentro da esfera da responsabilidade civil, também conhecida como *Tort Law*. (ZANINI, 2018). Nesse sentido, o *right of privacy* foi construído pela doutrina e jurisprudência como ao cidadão o interesse de ser “deixado só”, ou seja, de não ser perturbado e exposto.

Um trabalho marcante sobre o *right of privacy*, que serve inclusive como referência até hoje para estudos sobre o tema, foi o de William L. Prosser (1960), que, após ampla análise das decisões que envolviam questões de privacidade, conseguiu identificar as 4 causas principais para as ações de responsabilidade ligadas ao tema. Seriam elas: (I) a invasão a privacidade, solidão ou isolamento de uma pessoa; (II) a exposição pública de fatos privados e que possam causar constrangimento; (III) atribuir a alguém informações falsas com a finalidade de prejudicá-la perante o público; e, (IV) a apropriação para vantagem própria do nome ou imagem de terceiros.

Importante notar que, as três primeiras tem relação a danos diretos sofridos pela reputação de alguém, enquanto a quarta é muito mais associada com o interesse econômico que a pessoa exerce sobre sua própria imagem ou reputação, o que pode ser visto como a semente do que viria a se tornar o *right of publicity* (MARTIN JR, 1996).

A Suprema Corte americana, posteriormente, veio a reconhecer o *right of privacy* como um direito de base constitucional também e, portanto, uma garantia fundamental a todos os cidadãos americanos.

A base para essa construção, no entanto, não foi o texto da lei em si, mas uma interpretação de elementos existentes. Conforme aponta Zanini (2018), o *right of privacy* seria decorrente de cinco emendas constitucionais: a primeira que tutela a liberdade de expressão; a terceira que versa sobre o aquartelamento de soldados em casas particulares; a quarta

sobre busca e apreensão ilícita; a quinta que trata da autoincriminação; e a nona, que estabelece que os direitos ainda que não previstos na Declaração de Direito, por ela também serão protegidos.

Consolidado o *right of privacy*, logo constatou-se que ele era incapaz de acompanhar as inovações tecnológicas e sociais que mudavam a forma com que as pessoas lidam com as questões de exposição do indivíduo.

Nesse cenário, é que, em 1953, no caso *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, restou demonstrada essa insuficiência, surgindo assim os primeiros indícios do que viria a ser o *right of publicity* (ZANINI, 2018).

O caso versava sobre a disputa entre duas empresas rivais que vendiam goma de mascar e que, juntamente com o produto, embalavam cartas de baseball com imagens de jogadores. A Healan havia firmado contratos com diversos jogadores para que pudessem gerar as cartas com a imagem e o nome deles. Entretanto, em que pese a exclusividade destes contratos, alguns jogadores chegaram a celebrar contratos similares com a Topps. Nesse caso, a Healan pleiteou uma questão de quebra contratual, enquanto que a empresa Topps arguiu que os contratos não tinham o poder de transferir o *right of privacy*, eis que estes seriam intransmissíveis. Contudo, a Corte de Apelação do Segundo Circuito estadunidense reconheceu, em sua decisão, o direito que a pessoa tem sobre a exploração comercial de sua própria imagem. Esse direito sobre a exploração econômica é que seria algo separado do *right of privacy*, dando origem ao termo *right of publicity*. Sendo, portanto, algo muito mais atrelado a questões patrimoniais do que ao fato de a pessoa ter seus sentimentos feridos por aquela utilização e, por essa razão estaria mais assemelhado a um direito de propriedade por conta do seu, inquestionável, valor comercial e enquanto propriedade, poderia ser objeto de negociação (JOHNSON, 2017).

Essa decisão foi de suma importância para a discussão do *right of publicity*, pois, muito além de batizar esse novo instituto, foi a partir dessa decisão que ele, efetivamente, se tornou independente do *right of privacy* e, ao mesmo tempo, o retirou da esfera da responsabilidade civil e o colocou como um direito de propriedade.

Essa divisão entre o *right of privacy* e o *right of publicity* foi fundamental. Afinal, como explica David Tan (2018), essa ruptura decorre do fato de que - como visto, também, no primeiro capítulo do presente trabalho - a formação da celebridade enquanto produto de mercado está muito mais associada a uma constante exposição da pessoa perante o público. Dessa forma, não faz sentido estender a elas esse controle com base no *right of privacy*, pois enquanto este encontra-se muito mais relacionado a uma "ofensa" que a pessoa pode sofrer em sua reputação ou honra, o *right of publicity* tutela muito mais aquele "prejuízo comercial" que a celebridade possa vir a sofrer pela utilização de sua imagem de forma não autorizada, ou seja um dano puramente econômico (JOHNSON, 2017).

Cumprido, ainda, destacar que em alguns Estados americanos o *right of publicity* vai muito além da simples ideia de nome, imagem e *likeness*, sendo possível proteger outros elementos que venham a remeter, de alguma forma, o público a pessoa da celebridade. Foi assim nos casos de Bette Midler e no de Tom Waits, que tiveram seus estilos vocais replicados em propagandas, ou, ainda, no caso de Vanna White, no qual a Samsung, em uma de suas peças publicitárias, criou a ilustração de um robô que remetia ao trabalho desenvolvido por ela em um programa de televisão (LUGOSI, 2000; BAIRD, 2001; JOHNSON, 2017).

O *right of publicity* é, portanto, o direito que a pessoa tem de impedir qualquer um de explorar economicamente seu nome, aparência ou qualquer outro indício de sua identidade (BAIRD, 2001; JOHNSON, 2017).

Nesse sentido, Bela Lugosi (2000, p.261) escreve:

O right of publicity é o direito de propriedade intangível de um indivíduo para controlar os usos exploratórios comerciais do valor associado à sua própria identidade ou características. *Rights of publicity* surgem sob a lei estadual e protegem especificamente contra o uso puramente comercial de qualidades como nome, voz, assinatura ou semelhança de celebridades.²⁹

²⁹ Traduzido livremente de: "The right of publicity is an intangible property right of an individual to control the commercial exploitative usages of the associative value of his or her

Apesar do *right of publicity* ter surgido no ordenamento americano como um desdobramento do *right of privacy*, com o passar do tempo, em razão da sua natureza patrimonial referido direito passou por transformações e resultou em algo muito similar a uma propriedade intelectual, vez que o indivíduo, na realidade, busca ter o controle e lucrar com os usos de sua imagem, a qual foi cuidadosamente construída por ele para tivesse algum valor comercial que a torna-se atrativa para investidores, ao invés de apenas o desejo de ser deixado em paz (HENDERSON, 2009; JOHNSON, 2017).

Essa visão mais associada a uma propriedade, pode ser identificada, também, no caso *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Company*, o qual foi julgado pela Suprema Corte americana, em 1977. No caso, se discutiu se havia ou não interesse econômico na transmissão de uma apresentação de um “homem-bala”:

Na demanda, o tribunal atribuiu ao *right of publicity* um interesse análogo à propriedade (*proprietary interest*) e afirmou ainda que a finalidade de tal direito é muito próxima à de uma patente ou de um *copyright*, na medida em que é protegido o direito de colher os frutos de uma atividade individual, que nada tem a ver com a proteção dos sentimentos ou da reputação (ZANINI, 2018, p.82).

Cumprе apontar que o direito americano também insere a utilização do nome, imagem, ou indício de identidade, desde que com intenção comercial, sem que tenha sido obtida a autorização de seu titular dentro da legislação que versa sobre concorrência desleal e, portanto, também é capaz de gerar um dever de indenizar.

Fontein (2017), nesse sentido, defende que o *right of publicity* fica no limiar entre o direito de marca e o *right of privacy*, pois enquanto este garante ao indivíduo o alívio de não ser perturbado em sua intimidade, aquele busca proteger terceiros consumidores contra usos enganosos.

own identity or characteristics. Rights of publicity arise under state law and protect specifically against the purely commercial use of qualities such as the name, voice, signature or likeness of celebrities”. (LUGOSI, 2000, p. 261)

Essa abordagem pode ser relacionada com o tratamento dado ao tema por outros países do *Common Law*, tais como Inglaterra e Austrália, os quais, ao invés de reconhecer o *right of publicity*, optam por tratar de tais demandas sobre a perspectiva do direito comercial, mais precisamente sob a égide das leis de *passing off*, as quais estão mais associadas à proteção de marcas não registradas do que a proteção do indivíduo em si (TAN, 2018).

Conglobando todas essas interpretações possíveis do instituto, Steve Hoffman (*apud* TAN, 2018), atesta que o *right of publicity* deve ser visto como um direito *sui generis*, uma vez que consiste na mistura entre direito de personalidade, de propriedade e de combate à concorrência desleal, sendo, portanto, a ideia de enquadrá-lo dentro de apenas um desses direitos uma tarefa difícil.

Atualmente, esse direito encontra-se amplamente regulado na grande maioria dos Estados americanos, a exemplo da Califórnia, Nova Iorque, Nevada, Tennessee e Indiana, os quais já possuem legislação que reconhece a existência do *right of publicity* e legitima os artistas a demandarem judicialmente para ter assegurado o seu direito de exclusividade na exploração comercial da própria imagem, dentre outros sinais que os distinguem no mercado.

Nota-se, portanto, que ao terceiro não será cedido o direito sobre a imagem da pessoa propriamente dita, mas sim o direito de explorar comercialmente a imagem daquele indivíduo. Vez que, como visto anteriormente, o artista ainda poderá combater usos de sua imagem que, de alguma forma, firam sua reputação e honra, com base no *right of privacy*, o qual é pessoal e intransmissível.

As decisões judiciais e a legislação dos Estados americanos evidenciam que é fundamental garantir a proteção contra a exploração econômica da celebridade. De que forma é justificada essa preocupação com o uso comercial da imagem, nome ou *likeness*, é o que será exposto a seguir.

Tan (2018) identifica quatro teorias dentro da doutrina e da jurisprudência para compreender a importância de conceder essa proteção

pelo instituto do *right of publicity*: a Lockeana; o enriquecimento ilícito; o incentivo à criação; e a eficiência alocativa.

A abordagem Lockeana deriva do pensamento de John Lock, o qual entende, trazendo de forma bem resumida, que a pessoa possui direito sobre aquilo que é fruto do seu trabalho. Nesse sentido, o controle que a celebridade exerce sobre os usos de sua imagem decorrem de todo o trabalho, esforço e horas dedicadas por ela para obter a fama que sustenta perante o público. Entretanto, essa teoria atualmente não encontra muito suporte haja vista que o fenômeno das celebridades foi completamente modificado pela internet e pelos meios de comunicação, pois, não raras vezes, as celebridades são criadas da noite para o dia, seja por conta dos inúmeros *Reality Shows* que inundam as emissoras de televisão, seja pelos vídeos que “viralizam” nas redes sociais e alçam o indivíduo a uma certa forma de estrelato (TAN, 2018).

A teoria do enriquecimento ilícito tem origem no pensamento de que a utilização, por terceiros, da imagem de alguém sem sua autorização e sem que tenha participado na construção da fama da pessoa, enseja no aproveitamento ilícito da boa fama do outro perante o mercado consumidor. Contudo, a vulnerabilidade dessa teoria recai no fato da necessidade de se comprovar o enriquecimento do infrator, ou seja, para que se reconheça a violação de imagem, é necessário que o autor da demanda comprove que a outra parte teve proveito econômico com a utilização da imagem. Ainda, ao mesmo tempo, esse entendimento oportuniza a ampla exploração da imagem pelos estúdios e gravadoras, visto que poderiam arguir sua participação na construção da fama do indivíduo, sendo assim, válida a utilização por eles (TAN, 2018).

A teoria do incentivo, por sua vez, defende que ao conferir o controle sobre o uso da imagem, a legislação incentiva o artista a continuar desenvolvendo sua imagem e sua carreira. Essa ideia, apesar de estar muito próxima ao pensamento por de trás do direito autoral, abre espaço para alguns questionamentos.

O primeiro refere-se ao paralelo entre direito autoral e o *right of publicity*, pois, como visto, em que pese o referido instituto ter recebido um tratamento muito próximo ao de uma propriedade intelectual pelos

tribunais americanos, é preciso entender que o direito autoral tem por objetivo proteger as criações desses artistas, na forma de seus quadros, músicas, filmes, livros etc., ou seja, o suporte daquela manifestação criativa, enquanto que o *right of publicity* protege, em verdade, uma fonte secundária de receita do artista, atrelada a um elemento subjetivo e intangível de fama (LUGOSI, 2000; TAN, 2018).

Nesse sentido, escreve Marc J. Apfelbaum (*apud* GREENBERG; LOVITZ, 2012, p. 499-500):

Os incentivos à criatividade incorporados na lei de direitos autorais e os incentivos à fama encarnados no *right of publicity* conflitam quando indivíduos criativos usam os atributos pessoais dos outros em suas obras. De acordo com a lei de direitos autorais, uma obra é controlada por seu criador. Assim, um livro sobre uma pessoa pertence ao seu autor, uma escultura de uma pessoa pertence ao seu escultor, e uma fotografia de uma pessoa pertence ao seu fotógrafo. Sob o *right of publicity*, no entanto, o controle é muitas vezes colocado nas mãos do sujeito retratado no trabalho criativo.³⁰

Outro questionamento levantado por Tan (2018), é de que esse incentivo é muito mais compreensível quando num contexto de direitos autorais e de patentes, vez que o direito de exclusivo é conferido como uma espécie de “prêmio” para aquelas criações que de alguma forma beneficiam a coletividade, ao passo que o autor questiona de que forma a concessão desse controle poderia beneficiar a coletividade a ponto de merecer essa tutela.

Por fim, a quarta teoria apresentada por Tan (2018), tem por base a teoria econômica da eficiência alocativa. Nessa linha, seria justificável o

³⁰ Traduzido livremente de: “*The incentives for creativity embodied in copyright law and the incentives for fame embodied in the right of publicity conflict when creative individuals use the personal attributes of others in their works. Under copyright law, a work is controlled by its creator. Thus, a book about a person belongs to its author, a sculpture of a person belongs to its sculptor, and a photograph of a person belongs to its photographer. Under the right of publicity, however, control is often placed in the hands of the subject depicted in the creative work*” (APFELBAUM *apud* GREENBERG; LOVITZ, 2012, p. 499-500)

reconhecimento do *right of publicity* quando os custos do seu reconhecimento não forem superados pelo custo social que ele trará, o que inclui os gastos com transações, licenciamentos e assim por diante. Portanto, o referido direito teria a finalidade de prevenir contra uma superexploração ineficiente daquela celebridade. Essa análise econômica, por sua vez, poderia colocar o titular do direito em desvantagem, vez que a depender da projeção daquela personalidade poderia tornar inviável pleitear o direito, considerando que os custos da demanda podem tornar economicamente inviáveis o reconhecimento do direito, trazendo, assim, uma espécie de flexibilização ao direito do titular sobre sua identidade.

Todas as teorias apresentadas podem ser encontradas como fundamento para decisões e legislações americanas. Essa variedade de justificativas para a aplicação do instituto do *right of publicity* reforçam as críticas de Johnson (2017) com relação a falta de delimitação sobre o que seria esse direito. O que, por sua vez, acaba sendo fonte de insegurança jurídica, afinal, todas as teorias apresentadas têm críticas que devem ser levadas em consideração quando da sua utilização no caso prático.

Buscando sanar essa questão, Johnson (2017) sugere identificar o *right of publicity* como um direito subdividido em três: (i) um direito de endosso; (ii) um direito de *merchandising*; e (iii) um direito contra impressão virtual. O primeiro, consiste no direito que a celebridade tem de evitar a exposição, em propagandas, de sua imagem ou nome, de forma a indicar que esta, de alguma forma, aprova aquele empreendimento ou serviço; o segundo, confere à celebridade o direito de não ter seu nome, imagem ou identidade explorados por meio de produtos; e, por fim, o direito de não ter a sua imagem explorada e digitalmente manipulada como uma marionete em filmes ou jogos.

Considerando a perspectiva da ressurreição digital, o presente trabalho explorará com mais profundidade o estudo de Johnson, no que se refere à terceira subdivisão do *right of publicity*: o direito contra impressão virtual.

Sobre isso, tem-se a definição da seguinte forma:

No mais amplo nível de generalidade, esta espécie de violação do *right of publicity* envolve algum tipo de alistamento simulado ou cons-

trutivo do autor para fornecer uma performance que, pelo menos na ausência de tecnologia habilitadora ou um imitador qualificado, exigiria a contratação do autor da ação. (JOHNSON, 2017, p. 935)³¹

Assim, o *right of publicity* relacionado à reprodução digital do artista não estaria, para o autor, associado a uma questão informação do mercado/proteção do consumidor, vez que, para o jurista, é muito improvável que alguém consuma esses produtos sem saber da morte do artista, afinal por ser uma pessoa notória, seu falecimento terá exposição midiática. O direito contra a impressão virtual, teria suporte na autonomia/autodeterminação do artista, que garante a ele o poder de controlar de que forma sua imagem será projetada para o público, bem como quais tipos de produtos ou serviços ele deseja endossar para o mercado consumidor (JOHNSON, 2017).

Observa-se, portanto, que o *right of publicity* está muito bem inserido dentro da legislação, jurisprudência e doutrina americanas como uma peça fundamental na proteção do valor de mercado das celebridades. Entretanto, referido direito possui uma variedade de justificativas para sua existência, que acabam por dar margem à diversas interpretações, prejudicando, assim, sua delimitação mais específica. Porém, é inquestionável, independente da interpretação feita, que a essência desse direito tutela a exclusividade que alguém tem sobre a exploração comercial de seu nome e imagem. Mas, seria ele aplicável às pessoas falecidas?

5.3 O RIGHT PUBLICITY POST MORTEM

Como visto, é praticamente inquestionável, por uma perspectiva do direito americano, a existência de um direito que um indivíduo pode exercer sobre uma eventual exploração comercial de sua imagem ou qualquer outro elemento que se assemelhe ou remeta a ele.

³¹ Traduzido livremente de: "At the broadest level of generality, this virtual-impressionment species of right-of-publicity violation involves some kind of simulated or constructive enlistment of the plaintiff to provide a performance that, at least in the absence of enabling technology or a skilled impersonator, would require hiring the plaintiff". (JOHNSON, 2017, p. 935)

Entretanto, a questão da eventual transmissibilidade do *right of publicity* após a morte, é fundamental quando se discute os casos de ressurreição digital. Afinal, esses projetos em sua grande maioria serão negociados com terceiros que não com o artista.

Como visto, o *right of publicity*, em que pese ter sido originalmente concebido como um direito associado à personalidade do indivíduo, com o tempo passou por mudanças e hoje é visto muito mais como um direito de propriedade e que muito se assemelha aos direitos de propriedade intelectual, em especial os direitos autorais.

Esse é um ponto crucial ao se estudar a perspectiva *post mortem* desse direito, afinal, como ensina Martin Jr (1996), se se entender o *right of publicity* como um direito atrelado à personalidade do indivíduo, este se encerrará com a morte do seu titular, ao passo que se for reconhecido como um *right of publicity*, ele permanecerá após a morte e, portanto, transmissível aos herdeiros do artista ou, até mesmo, terceiros que porventura venham adquirir tais direitos.

Ao se analisar o sistema estadunidense, para trabalhar sobre o tema do *right of publicity*, deve-se levar consideração, principalmente, a independência legislativa que cada Estado norte-americano possui decorrente da formação de seu modelo de Estado, ou seja, o modelo federativo centrípeto em que os Estados americanos apenas cederam parte de sua soberania para a União guardando para si um controle maior na forma de tutelar seus cidadãos (MENDES, BRANCO, 2016). Por essa razão a presente questão não possui uma resposta única, pois ela dependerá de qual será o Estado americano em que o falecido artista, que se pretende recriar, era domiciliado quando do evento morte (BEARD, 1993).

Para sustentar essa afirmação, é importante analisar alguns casos práticos sobre a variedade de institutos entre os Estados. Iniciando pela Califórnia, Estado extremamente relacionado com a produção de bens Culturais.

Nele, em um primeiro momento, era entendido que o *right of publicity* era apenas resguardado às pessoas vivas, como foi o entendimento da Suprema Corte da Californiana ao avaliar o caso *Lugosi v. Universal Pictures*.

O caso, que teve início em 1966, versava sobre o direito de os herdeiros do ator, e ícone do terror, Bela Lugosi, com base na já mencionada seção 3344, receberem parte dos lucros obtidos pela Universal Studios com o licenciamento comercial de imagens do filme *Drácula* (1931), em que figurava o falecido ator em um de seus mais icônicos papéis (MARTIN JR, 1996).

O processo se encerrou apenas em 1979 quando a Suprema Corte da Califórnia entendeu que de fato, existia no caso o *right of publicity* do ator, entretanto concluiu, também, que este direito era personalíssimo e findava com sua morte, fazendo com que os herdeiros não fossem legítimos para mover a ação (MARTIN JR, 1996).

Após a referida decisão, houve uma grande pressão, principalmente por parte dos sindicatos de atores, para que o legislativo californiano aprovasse uma nova lei que alterasse a Seção 3344 do Código Civil da Califórnia e estendesse a proteção jurídica para após a morte das celebridades (BEARD, 1993).

Em consequência disso, houve a criação, em 1985, da Seção 990 para o Código Civil da Califórnia, que garantiu às celebridades a possibilidade de transferir, seja por contrato, testamento ou herança, o *right of publicity*, tornando possível o licenciamento de sua imagem para utilização comercial após o falecimento do artista (LUGOSI, 2000). Em 1999, o Legislativo Californiano, incorporou a Seção 990 à Seção 3344, fazendo com que aquela passasse a ser a Seção 3344.³² (HENDERSON, 2009).

³² California Civil Code § 3344.1: (a)(1) *"Any person who uses a deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods, or services, without prior consent from the person or persons specified in subdivision (c), shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof. In addition, in any action brought under this section, the person who violated the section shall be liable to the injured party or parties in an amount equal to the greater of seven hundred fifty dollars (\$750) or the actual damages suffered by the injured party or parties, as a result of the unauthorized use, and any profits from the unauthorized use that are attributable to the use and are not taken into account in computing the actual damages. In establishing these profits, the injured party or parties shall be required to present proof only of the gross revenue attributable to the use, and the person who violated the section is required to prove his or her deductible expenses. Punitive damages may also be awarded to the injured party or parties. The prevailing party or parties in any action under this section shall also be entitled to attorney's fees and costs."*

No mesmo momento, o legislador aproveitou para inserir algumas alterações na lei, entre elas a de impedir que o *right of publicity* pudesse, de alguma forma, afetar utilizações da celebridade que pudessem ser vistas como afronta aos princípios da liberdade de expressão ou de imprensa. Além disso, aumentaram o prazo de proteção do direito de 50 para 70 anos após a morte da celebridade. Essa alteração teve por base a reforma dos direitos autorais que havia sido feita um pouco antes dessa alteração legislativa californiana (LUGOSI, 2000).

Houve, também, uma tentativa de inserir na lei uma restrição contra a utilização da tecnologia digital para manipular a performance de artistas e criar, assim, performances novas, mas ela foi retirada da versão final (LUGOSI, 2000).

Outra mudança significativa que a reforma tentou trazer, foi a inclusão de uma cláusula que estende a proteção conferida para as celebridades falecidas de outros Estados, desde que o uso daquela celebridade tenha efetivamente ocorrido no Estado, isso servia até mesmo para aqueles que não residem nos Estados Unidos, mas tal proposta, com aponta Beard (2001), não prosperou.

Entretanto, outros Estados, como Nevada e Indiana, reconheceram que a proteção conferida pelo *right of publicity*, contra eventuais explorações econômicas *post-mortem* nas suas fronteiras, precede de autorização dos herdeiros independentemente do local de domicílio do artista, quando do seu falecimento (BEARD, 2001).

Independente disso, é inquestionável o fato de que, para o Estado da Califórnia, a proteção desse direito possui características de direito de propriedade e, portanto, pode ser transferido aos herdeiros do artista.

Nova Iorque é outro grande polo cultural americano, e foi um dos primeiros Estados a aprovar legislação sobre o *right of publicity*, lembrando que o caso que batizou esse instituto (*Healan vs Topps*) foi julgado nele.

A princípio, a lei de Nova Iorque, tutelava o *right of publicity* ainda dentro do conceito de *right of privacy*. Dessa forma, o *right of publicity*, assim como a aplicabilidade de qualquer lei no Estado novaiorquino, se encerrava com a morte da pessoa, não sendo possível que esse direito permanecesse no tempo o que, por consequência, o tornava intransmis-

sível. Entretanto, houve uma mudança recente na permanência de proteção ao *right of publicity* após a morte do seu titular, o qual será explicado a diante. (BEARD, 1993; GREENBERG; LOVITZ, 2012; TAN, 2018).

Para melhor ilustrar o entendimento que era até então adotado pelo Estado de Nova Iorque, é válido analisar o caso *Milton H. Green, Inc v Marilyn Monroe LLC*.

Nele, a Corte do Nono Circuito de Apelação dos Estados Unidos rejeitou a tentativa de mudar o domicílio da atriz de Nova Iorque para a Califórnia – a atriz residia em Nova Iorque, mas morreu na Califórnia – e, por conta disso, ela não era capaz de receber a proteção póstuma concedida pela lei californiana. Assim, a interpretação dada ao caso foi pela lei novaiorquina o que resultou na inaplicabilidade do seu *right of publicity*, porquanto, extinto em decorrência da morte da estrela. Como resultado, passou a ser desenvolvido um projeto holográfico com a imagem a atriz independentemente de qualquer autorização do espólio, ficando aos seus descendentes apenas a possibilidade de tentar encerrar o projeto com base na proteção da marca Marilyn Monroe e não com base no nome, imagem ou *likeness* da atriz. Afinal, diferentemente da proteção ao *right of publicity*, a proteção marcária decorre de lei federal e, portanto, a sua proteção independe de qual Estado foi feito o registro, sendo possível que o titular da marca possa combater os usos não autorizados em qualquer Estado do país (DRACOLIAS, 2014).

Porém, tudo isso mudou, pois em maio de 2017, foi apresentada a proposta de uma nova lei para o Estado de Nova Iorque, a qual trataria especificamente das questões relacionadas ao *right of publicity*. A proposta legislativa, como foi apresentada na época, tinha três objetivos muito claros: (i) transformar o *right of publicity* em algo transmissível; (ii) expandir a proteção para após a morte do titular e (iii) a recriação póstuma de artistas para obras novas (ROTHMAN, 2018).

Importante notar o momento em que isso foi feito. Ao final do ano de 2016 houve a comprovação de que a ressurreição digital não era mais um sonho distante, mas sim uma realidade, quando audiências do mundo inteiro se depararam com Peter Cushing nas telas de cinema em uma obra completamente nova. Portanto, não foi de se estranhar que logo no

ano seguinte começasse a ser feita uma movimentação para lidar com a nova realidade, a chamada ressurreição digital.

Em 30 de novembro de 2020 a lei novaiorquina foi aprovada, passando a produzir efeitos apenas a partir de 29 de maio de 2021.

Sob a nova lei, apenas terão proteção *post mortem* as pessoas cujas imagens possuam algum valor comercial quando do evento morte, ou que passaram a ter valor em razão dele. Diferentemente da Califórnia, os direitos se estendem por 40 anos após a morte do artista, sendo requisito de aplicabilidade da lei que tanto o artista quanto o descendente que reivindicará o direito residam em Nova Iorque quando do evento morte. Assim, o *right of publicity* de Nova Iorque tornou-se transmissível e capaz de ser objeto de contratos, licenças ou qualquer outro instrumento (DENTOS, 2020).

Como se observa, dos três objetivos que basearam a lei novaiorquina todos eles foram bem-sucedidos, pois a produção de réplicas digitais também passou a ser regulada pela nova lei.

Agora é possível pedir indenização por conta de réplicas digitais de artistas que sejam utilizadas em obras audiovisuais roteirizadas como personagem fictício ou performances musicais ao vivo. Essa indenização decorre do risco de o público ser levado a erro, não quanto a presença do artista na obra, mas, sim com relação a induzir o público a acreditar que tal uso tenha sido efetivamente autorizado (BASS, 2021).

A lei também traz disposições sobre o uso de *Deepfakes*, entretanto, protege apenas nos casos em que a pessoa que teve sua imagem reproduzida tenha sido inserida, sem autorização, em materiais de conteúdo pornográfico. Ainda que exista a possibilidade de ocorrer esse tipo de uso com as celebridades falecidas, o presente trabalho não aprofundará nesse tema.

Em que pese a mudança de entendimento ocorrida em Nova Iorque, outros Estados ainda mantêm o entendimento de que esses direitos encerram quando da morte do titular, entre eles é possível indicar os Estados de Massachusetts, Nova Jersey, Vermont e Delaware (ROTHMAN, 2018).

Entre os Estados que efetivamente tutelam o *right of publicity post mortem*, observa-se que não existe uma padronização com relação a duração de tais direitos. Bem como, alguns exigem que para ter esse direito é necessário que o titular tenha adquirido valor de mercado ainda em vida ou que seus descendentes tenham assegurado alguma forma de exploração comercial em até 10 anos da data da morte.

Tennessee é um Estado em que isso ocorre. O lar de Elvis Presley prevê que a proteção terá uma duração mínima de 10 anos, momento em que a família deve explorar comercialmente o artista, do contrário a não exploração pelo período de dois anos pode causar a perda desse direito. Caso a exploração ocorra nesse período, o direito passa a ter uma proteção indeterminada, podendo, o seu titular, assegurar sua exclusividade em perpetuidade ou até que ele não tenha mais valor comercial (DRACOLIAS, 2014).

Outro Estado que possui um prazo muito superior aos demais é o de Indiana. Lá, a proteção, é assegurada pelo prazo de 100 anos após a morte do artista, sendo que qualquer utilização dependerá de uma autorização obtida em vida, ou pelo menos, do atual titular do *right of publicity* (TAN, 2018).

Por ser tratado como um direito de propriedade, constata-se que ao titular do *right of publicity* é perfeitamente aceitável negociar a sua utilização, sendo possível, inclusive, ceder totalmente os direitos para terceiros, o que torna esse direito um tema completamente regido por leis e por relações contratuais, devendo o direito agir para garantir que eles sejam concretizados em conformidade com os termos acordados. (BAIRD, 2001).

Como visto, o *right of publicity* muda de acordo com a legislação de cada Estado que o instituiu, evidenciando, assim, um problema com relação à aplicação concreta desse direito. As críticas e possíveis soluções para esse problema são tratadas no tópico a seguir.

5.4 CRÍTICAS AO *RIGHT OF PUBLICITY*

A tutela do *right of publicity* varia conforme o local nos Estados Unidos e, por conta disso, muitas são as diferenças na forma de aplicação do instituto, ainda que seu objetivo seja o mesmo, qual seja: a proteção do titular de um direito contra o uso desautorizado de seu nome, imagem ou *likeness* com finalidades comerciais.

Por essa razão surgem várias problemáticas, pois há diferenças com relação à existência ou não do direito após a morte. Ainda, em caso de Estados que reconheçam a sua permanência após a morte, existe a discussão do tempo dessa proteção, sendo possível se deparar com prazos de 10,40,70 ou, até mesmo, 100 anos. A abrangência da proteção do *right of publicity*, também, é um tema controverso, bem como as possíveis limitações ao instituto, de forma a não colidir com outros direitos.

Para Johnson (2017), os principais problemas da situação atual do *right of publicity* podem ser associados a dois fatores. Primeiro, a forma com que as leis foram escritas - em tese, todo e qualquer uso da imagem de uma pessoa associado à uma atividade lucrativa poderia gerar uma obrigação de indenizar, o que poderia inviabilizar atividades como a de jornais e, principalmente, revistas de curiosidades, entretanto, na prática, não se observa que essas atividades sejam penalizadas por lucrar com a exibição da imagem de outras pessoas. O segundo vem, justamente, como consequência da definição legal ser muito fraca - assim, não raras vezes, as Cortes acabam por discutir o que não é o *right of publicity* ao invés de estabelecer o que ele efetivamente é. Deste modo, quando as Cortes se deparam com essas questões, as decisões costumam ser as mais variadas, criando uma certa imprevisibilidade e, portanto, resultando em uma insegurança jurídica.

Por isso que, na maior parte das vezes, na tentativa de afastar uma eventual condenação pelo uso indevido da fama daquela celebridade, é comum que a outra parte alegue que sua utilização encontra proteção na Primeira Emenda Americana, a qual assegura a liberdade expressão. Entretanto, nesses casos, as Cortes têm decidido no sentido de que a liberdade de expressão não confere ao indivíduo o direito de infringir o direito legítimo de propriedade de outro (LUGOSI, 2000). Por esse motivo,

muitos dos Estados, ao legislar sobre a matéria, colocam restrições ao *right of publicity* com a finalidade de assegurar a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e o interesse público.

Outro problema, trazido por Baird (2001), tem como base o caso envolvendo o seriado de televisão *Cheers*. Ocorreu que, uma rede de restaurantes obteve com os produtores do programa a autorização para construir bares cujo ambiente era muito semelhante ao bar do seriado. Nesses bares, eram incluídos dois bonecos que simulavam dois personagens do programa que eram clientes frequentes do estabelecimento fictício.

Os atores que representavam tais personagens processaram a rede alegando a violação de seu *right of publicity*. Fizeram isso, pois não era possível alegar violação de direitos autorais sobre os personagens, afinal estes, de fato, pertencem aos produtores do programa. No entanto, alegaram que os bonecos retratados nos bares reais faziam, em verdade, alusão a eles e às performances desenvolvidas no programa e não aos personagens em si (BAIRD, 2001).

Baird (2001) atenta para o risco que acontece ao reconhecer o *right of publicity* e acabar criando direitos de propriedade que, de alguma forma, se sobreponham, como foi no caso concreto acima apresentado. Afinal, no caso em questão, havia tanto o direito dos produtores sobre os personagens do show desenvolvido por eles quanto o *right of publicity* dos artistas sobre suas características pessoais, criando assim mais entraves para a realização de projetos dessa natureza.

Como uma possível forma de sanar os problemas que decorrerem dessas incertezas sobre o *right of publicity*, Fontein (2017) e Drecolias (2014) defendem a necessidade de uma uniformização das regras para a proteção desse direito, muito embora, ambos defendam soluções diferentes.

Fontein (2017) acredita que a ressurreição digital representa um alto risco de gerar uma apropriação indevida, bem como, se trata de uma fonte de superexposição de uma celebridade, o que pode causar uma redução em seu valor de mercado, afetar sua reputação e, ainda, prejudicar o legado construído pelo artista em vida. Por isso, a autora defende

a necessidade da criação de uma lei federal para regular a matéria, pois a variedade e proliferação de legislações estaduais acabam gerando problemas para a aplicação do direito em si. Assim, o *right of publicity*, sob uma lei nacional, poderá ser exercido por seu titular em todos os Estados, sem exceção. Ainda, será possível o acompanhamento dos avanços tecnológicos, porquanto, é mais fácil manter a lei federal atualizada.

Essa lei federal deveria, ainda, ser composta por três elementos: (i) o objeto do direito; (ii) a duração e manutenção do direito; e, (iii) a transmissibilidade desse direito. O objeto do direito deveria englobar nome, imagem e *likeness*, visto que esse último é um termo bem flexível e que, por consequência, protege qualquer utilização de elementos que possam ser associado à pessoa. Quanto a duração e manutenção do direito, a autora propõe uma mistura das legislações do Texas com a do Tennessee. Ou seja, é necessário um registro por parte dos herdeiros no prazo de um ano da morte do artista, como é feito no Texas. Ainda, defende que a duração deve ser de no mínimo dez anos, com a obrigatoriedade de exploração, pelo menos, de dois em dois anos, o que garante a proteção enquanto a imagem for rentável. Por fim, em que pese o fato de o direito ser transmissível, tal transmissão deve ser limitada aos descendentes diretos do falecido, evitando que este seja massivamente explorado por alguma empresa ou terceiros que porventura adquiram tais direitos. Destaca-se, ainda, que essa lei deverá trazer limitações, principalmente no que concerne à liberdade de expressão e ao interesse público. (FONTEIN, 2017).

Dracolias (2014) concorda que a falta de uniformidade é um problema para o exercício do *right of publicity*, mas, ao contrário do que prega Fonteín, o jurista acredita que uma lei federal não ajudaria a resolver o problema, pelo contrário, criaria mais problemas, haja vista que essa lei seria muito mais rígida e difícil de mudar para acompanhar os avanços tecnológicos. Assim, sugere a criação de uma lei uniforme de *right of publicity*, a qual deveria ser elaborada pela Conferência Nacional de Comissionados sobre Leis Estaduais Uniformes³³, o que resultaria numa

³³ A *Uniform Law Commission* (ULC), também conhecida como *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, foi estabelecida em 1892 e tem a finalidade

maior facilidade para atualização da lei frente aos constates avanços tecnológicos.

Similar ao pensamento de Fontein, Dracolias (2014), defende que a proteção conferida deverá ser expansiva englobando diversos elementos que componham a identidade da celebridade. Quanto à duração, defende que ela seja por setenta anos, desde que, nos primeiros dez anos que sucedem a morte do artista, os herdeiros tenham explorado economicamente a persona, pelo menos, de dois em dois anos. Quanto à transmissibilidade do direito ela estaria garantida, sendo possível tanto a sua transmissão aos herdeiros quanto para terceiros que, porventura, tenham interesse em adquiri-lo.

As mesmas restrições para garantir a proteção à liberdade de expressão e de imprensa, podem ser encontradas nas obras de ambos os autores.

Outro ponto controverso quando se discute o *right of publicity* é a quem ele se aplica. Nesse sentido, Greenberg e Lovitz (2012) entendem que ele pode ser exercido por toda e qualquer pessoa que tenha sua imagem explorada comercialmente sem autorização, independentemente de ser famosa ou não. Contudo, Tan (2018) chama a atenção para o fato de que a grande maioria das Cortes americanas reconhecem esse direito apenas para aquelas pessoas que sejam efetivamente reconhecidas pelo grande público, não sendo possível exigir o reconhecimento desse direito se apenas a própria pessoa é capaz de se identificar no material. É preciso que a presença daquele indivíduo possua impacto nas decisões de consumo.

Na mesma linha, diversas legislações sobre o tema procuram conferir o *right of publicity* apenas para pessoas famosas ou aquelas que tenham, ao tempo da morte ou por decorrência desta, algum valor de mercado associado à sua imagem, como é o caso da Califórnia, Nova Iorque e alguns outros Estados americanos.

de elaborar, para os Estados, legislações uniformizadas para assuntos mais críticos trazendo mais clareza e estabilidade. Informações retiradas do site da própria ULC. Disponível em: <https://www.uniformlaws.org/aboutulc/overview>.

Assim, quando se discute a possibilidade de desenvolver um instituto parecido com o *right of publicity* para a realidade brasileira, observa-se que as soluções para os problemas americanos vão ao encontro da forma com que o sistema jurídico brasileiro funciona, ou seja, a elaboração de uma lei de eficácia nacional, para regularizar a questão.

Mas, seria possível considerar o *right of publicity* como uma solução a ser adotada pelo Brasil? É o que se pretende refletir no ponto a seguir.

5.5 RIGHT OF PUBLICITY NO BRASIL

Apesar do Brasil ter realizado alguns eventos que possam ser considerados como ressurreição digital, em especial as participações póstumas em shows de Cazuza e Renato Russo realizadas em 2013 e já mencionadas nesse trabalho, os Tribunais do país ainda não enfrentaram questões ligadas ao tema.

Somando este fato às lacunas legais vistas nos capítulos anteriores, é possível constatar que a realização desses projetos são uma grande fonte de insegurança jurídica, ainda mais quando se estuda os possíveis contratos que serão celebrados para dar seguimento a tais projetos.

Por essa razão, olhar para o direito de outro país e entender como é que ele lida internamente com essas questões mostra-se algo válido. Isso porque, tal estudo pode ajudar na melhor aplicação do direito brasileiro ou, no mínimo, contribuir para uma eventual mudança legislativa, a fim de proporcionar um melhor enfrentamento das demandas pelos tribunais.

Como visto nesse capítulo, quando se discute o tema da ressurreição digital, os Estados Unidos assumem um papel de destaque, vez que é nesse país que se concentram a grande maioria dos projetos dessa natureza, pelo menos dos quais se tem notícia.

O direito americano, que já não era estranho às discussões sobre a utilização econômica póstuma da imagem de celebridades, foi o que mais se aprofundou e discutiu tais questões, dando origem, inclusive, a um instituto jurídico próprio para regularizar essas situações, qual seja, o *right of publicity*.

A possibilidade de o Brasil adotar medidas como o *right of publicity*, entretanto, requer algumas considerações, afinal, o instituto do *right of privacy*, origem do *right of publicity*, não é similar aos direitos da personalidade adotados no Brasil e a aproximação destes institutos, como bem aponta Zanini (2018, p. 91), mostra-se muito improvável:

Todavia, é certo que os norte-americanos levam o individualismo ao extremo, bem como possuem uma mentalidade pouco solidária, o que, somado ao raciocínio da *common law* sustentado pela técnica de solução de casos pelos precedentes, acaba por deixar claro que é bastante complicada qualquer aproximação teórica entre o *right of privacy* e os direitos da personalidade. A isso deve ser acrescido o fato de que há uma grande dificuldade de se estabelecer uma definição adequada entorno do *privacy*, havendo diferentes formas de se ver o instituto.

Por conta dessas construções diversas, é possível identificar alguns problemas que o direito brasileiro poderá ter para incorporar tal instituto jurídico. Afinal, como os Estados Unidos não reconhecem a figura dos direitos de personalidade, foi criado o instituto do *right of privacy* para combater eventuais usos indevidos da identidade do indivíduo que traga, de alguma forma, prejuízos ao seu titular.

Em razão dessa limitação ao exercício ao *right of privacy* para lidar com todos os novos desafios trazidos pela tecnologia e pela difusão da cultura das “celebridades” e diante da necessidade de se tutelar tais situações, o ordenamento jurídico americano criou um segundo direito para proteger a imagem do artista, qual seja: o *right of publicity*, o qual possui a característica de propriedade.

Assim, passam a existir dois institutos para proteger a imagem de alguém, um como um viés de resguardar a vida privada do indivíduo e o outro para garantir ao seu titular direitos contra a exploração econômica indevida de seu nome, imagem ou *likeness*.

O ordenamento brasileiro, por sua vez, reconhece os direitos de personalidade como um direito que o sujeito tem desde o nascimento até sua morte, possuindo, assim, um escopo muito mais amplo que os

adotados pelo americano. Vez que, conforme visto nos outros capítulos, em que pese a lei brasileira vedar apenas a utilização que possa de alguma forma trazer prejuízo à reputação do indivíduo - algo muito semelhante ao tratamento americano da privacidade - ao longo dos anos, a jurisprudência se consolidou no sentido de reconhecer que todo e qualquer uso da imagem, ou qualquer outro elemento da personalidade não autorizado pode ser considerado como uma violação da identidade de seu titular, salvo naqueles casos em que exista um interesse público na utilização daquela imagem.

Por essa razão, Zanini (2018), acredita que as divergências entre os direitos da personalidade e os direitos de *privacy* e *publicity* americanos, bem como a dificuldade em delimitar os dois últimos, acaba por dificultar e, até mesmo, inviabilizar a incorporação desse modelo pelo Brasil.

Afinal, como visto, o *right of publicity*, possui as características muito mais de um direito de propriedade do que de personalidade, podendo, inclusive, ser objeto de cessão via contrato. Martin Jr. (1996) chega ao ponto de, inclusive, questionar se seria possível um artista, ainda em vida, leiloar o seu *right of publicity post-mortem* e passar o resto da vida usufruindo dos valores decorrentes de tal negociação. Algo que, para a grande maioria dos estudos apresentados no decorrer do presente capítulo, é perfeitamente possível, haja vista a importância das relações contratuais para essa matéria.

No direito brasileiro se trata de algo impensável quando se analisa a figura dos direitos da personalidade, pois esse direito tem como principais características a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. Ou seja, não se nega que a imagem de uma pessoa notória possui um valor de mercado, entretanto, a essa pessoa cabe apenas a possibilidade de licenciar sua imagem, mantendo, portanto, o controle sobre o direito. Caso ela venha a autorizar a reprodução e, por algum motivo, mude de ideia sobre essa autorização, poderá fazer valer a sua vontade, claro que essa decisão pode gerar um dever de indenizar, mas, ainda assim, não se vislumbra um grande obstáculo ao exercício do direito realizado pelo titular.

A viabilidade de reconhecer um direito separado do direito de imagem, ao molde americano, encontra mais um obstáculo no Brasil. Afinal,

nos Estados Unidos, o *right of publicity* é comumente tratado como um direito de propriedade intelectual, especificamente ao equivalente aos direitos autorais americano, conhecido como *Copyright*.

Em que pese os sistemas de ambos os países buscarem formas de tutelar as criações do espírito humano, eles possuem particularidades que os separam consideravelmente. Enquanto o Direito Autoral adotado pelo Brasil tem por finalidade proteger tanto os aspectos morais quanto patrimoniais do autor, colocando este como centro da proteção, o *Copyright* tem a finalidade de proteger apenas os direitos econômicos sobre aquela obra, não sendo reconhecido qualquer direito moral ao autor, pois é a exploração da obra que fica no centro da discussão (NETTO, 2019).

Essa distinção é significativa ao se questionar sobre a possibilidade de adoção pelo Brasil de algo que se assemelhe ao *right of publicity*. Afinal, como visto anteriormente, os direitos morais não podem ser objeto de cessão, fazendo com que o eventual adquirente dos direitos de exploração econômica detenha um controle parcial sobre o ativo, podendo, ainda, haver disputas com o titular dos direitos morais, ou, no caso da ressurreição digital, com os herdeiros para a utilização da imagem do falecido artista.

É importante destacar que a ideia de reconhecer um direito de propriedade intelectual, mais especificamente um direito autoral, para a identidade de uma celebridade, não é algo inédito no debate doutrinário brasileiro.

Como aponta Denis Borges Barbosa (2015), esse reconhecimento decorre em razão do trabalho criativo que a celebridade desenvolve durante toda sua vida para construir a sua imagem, ou persona, diante do público. Assim, a persona do artista, nada mais é do que uma encenação desenvolvida por este em todos os aspectos de sua vida. A qual, por sua vez, teria uma proteção autorial muito próxima a aquela conferida aos personagens.

Sobre essa semelhança entre o personagem e a persona da celebridade, escreve Denis Borges Barbosa (2015, p. 178):

Em termos literários, a autoconstrução de uma personagem por uma celebridade apresenta similitudes com a personagem de um

romance. Ambos são elementos vivos de uma obra ficcional, porém esta *vida* ou *verossimilhança* é criada de modo diverso pelo autor de um livro e por uma celebridade. No caso da personagem de uma pessoa famosa é a conjunção de três fatores, os quais possibilitam aquela sensação de realidade: espectador, a celebridade-autora e o contexto.

É possível identificar a existência de argumentos que podem ser utilizados para conferir uma proteção autoral às celebridades. Entretanto, as questões trazidas por Zanini (2018), no que tange às diferenças na fundamentação entre os institutos americanos de *privacy* e *publicity* e o direito de personalidade brasileiro, são interessantes, pois, ao passo que o sistema norte-americano vê o direito de imagem como sendo algo delimitado por hipóteses de incidências muito bem definidas, por sua vez, o sistema brasileiro entende que o direito de personalidade é geral e abstrato.

Por conta disso, a eventual adoção de um sistema similar pelo Brasil não solucionaria as questões trazidas por Romano e Zanini, vez que os herdeiros de certa forma ainda teriam, em razão aos direitos morais do autor, alguma influência para obstaculizar ou não o uso da imagem da celebridade falecida.

Do outro lado, a adoção de um sistema de direitos autorais para regular a imagem poderia trazer outros problemas. Afinal, os direitos autorais possuem uma limitação temporal, após esse prazo a obra cai em domínio público, ou seja, ela passa a ter sua utilização livre. Assim, questiona-se se seria possível a imagem de alguém se tornar um bem público, com utilização livre pela sociedade.

O posicionamento da legislação americana, tanto encontrada na lei da Califórnia³⁴ quanto na de Nova Iorque³⁵, por exemplo, é categóri-

³⁴ *California, Civil Code, Section 3344.1 (g) An action shall not be brought under this section by reason of any use of a deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness occurring after the expiration of 70 years after the death of the deceased personality.*

³⁵ *New York, Civil Rights Law, Section 50.8. An action shall not be brought under this section by reason of any use of a deceased personality's name, voice, signature, photograph, or*

co em apontar o fato de que nenhuma ação poderá ser levada para a apreciação do judiciário após o prazo de proteção previsto em lei, não havendo como aqueles, principalmente os herdeiros, que, porventura, se sentirem ofendidos pela utilização da imagem de um ente querido, agir para fazer cessar tal exploração.

Considerando que é justamente esse direito conferido aos familiares do artista falecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a teoria dos parentes próximos³⁶ (ZANINI, 2015), consistindo no direito de oposição à eventual uso indevido da celebridade por lhes ofender a honra, parece inviável a aplicação do sistema norte-americano no brasileiro.

Por essa razão, o *right of publicity* deve servir, apenas, como um norte a ser observado pelo legislador brasileiro quando este se propuser a desenvolver uma legislação para tratar da matéria. Contudo, deverá se atentar às diferenças fundamentais que existem entre os sistemas, a fim de não acabar criando uma lei que não consiga chegar ao fim almejado, ou seja, que não tutele eficazmente um direito tão importante como o direito constitucional da própria imagem.

likeness occurring after the expiration of forty years after the death of the deceased personality.

³⁶ STJ: Súmula de n. 642: "O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade para ajuizarem ou prosseguirem na ação indenizatória."

CONCLUSÃO

A partir de tudo que foi exposto, é possível ter uma percepção maior sobre os desafios e as consequências jurídicas que a ressurreição digital trará para o direito brasileiro. Pois, como é de praxe, o direito não consegue acompanhar as inovações tecnológicas.

Num primeiro momento, o presente trabalho buscou apresentar a relevância da indústria cultural bem como o papel que as celebridades exercem dentro dela. Constatou-se que as estrelas possuem um papel primordial na hora de influenciar o comportamento do público consumidor, pois ao associá-las a algum produto esse terá, a partir de gatilhos subconscientes, uma melhor aceitação pelo público e despertará o desejo de consumo nas pessoas, elevando-as ao patamar de possíveis compradores, o que torna a celebridade interessante aos olhos do mercado concorrencial.

Contudo, esse efeito, na grande maioria dos casos, está condicionado à uma contínua exposição midiática da celebridade, sendo este o grande problema apresentado pela morte, pois trata-se da finitude do indivíduo. Assim, a tecnologia de ressurreição digital surge como uma forma de manutenção da relevância do astro de forma perene.

Em seguida, a pesquisa analisou se essa tecnologia poderia ser considerada uma inovação a partir dos requisitos estabelecidos pelo Manual de Oslo. Para tanto, foi apresentada a relação da inovação com a propriedade intelectual, demonstrando que o desenvolvimento tecnológico é parte essencial desse processo, o qual tem por objetivo manter a relevância das empresas em um mercado cada vez mais competitivo.

Da análise do Manual de Oslo foi possível identificar que das quatro categorias de inovação contidas nele, em três delas é possível colocar a ressurreição digital. As categorias são: produto, processo e marketing; ficando de fora, apenas, as inovações organizacionais. Contudo, a pesquisa teve por objetivo analisar mais sobre o ponto de vista de inovação de processo.

Motivo pelo qual, passou-se em seguida para uma análise dos dois principais métodos de ressurreição digital. Para isso, analisou-se dois casos práticos: as ressurreições de Peter Cushing e Salvador Dalí.

A ressurreição de Cushing foi definida como sendo o modelo tradicional, em que a recriação é um trabalho artesanal feito por artistas que procuram deixar o modelo digital o mais próximo do real, contudo esse modelo é extremamente custoso e não é capaz de superar os vales da estranheza criado pela simulação de rostos humanos. O Segundo modelo é feito a partir da utilização de inteligência artificial, numa técnica conhecida como *deepfake*, que, a partir de imagens reais do artista, o sistema aprende como reproduzir o seu rosto para depois mesclá-lo com a interpretação do outro artista que dará vida ao modelo digital, sendo economicamente mais viável, possuindo, ainda, uma probabilidade maior de aceitação pelo público, superando, assim, o vale da estranheza.

Feitas essas considerações iniciais, uma vez constatado que o processo de ressurreição digital está relacionado a dois artistas intérpretes, sendo um o recriado digitalmente e outro o artista encarregado de desenvolver a interpretação que servirá como base para a ressurreição digital, passou-se a analisar quais são os efeitos disso sobre os direitos autorais e, principalmente, se artista recriado tem alguma espécie de direito autoral sobre a obra nova.

Após verificar o instituto dos direitos autorais, com especial ênfase no direito dos artistas intérpretes, constatou-se que a tutela autoral incide sobre a interpretação efetivamente desenvolvida pelos artistas intérpretes, de forma que todo e qualquer direito autoral sobre a performance numa obra de ressurreição digital são de titularidade do artista que efetivamente a desenvolveu, ficando o artista recriado numa situação próxima a de uma maquiagem digital.

Em que pese o artista recriado não possua qualquer direito autoral sobre a interpretação nova, é inquestionável que o seu semblante é reproduzido na obra que contenha a ressurreição digital e por conta disso, no capítulo seguinte, foi analisado o instituto do direito de imagem.

Nesse contexto, foi analisada a categoria dos direitos da personalidade, da qual o direito de imagem faz parte. O estudo buscou compreender a natureza desse direito, bem como suas principais características, mais especificamente a irrenunciabilidade e intransmissibilidade que envolvem tal categoria de direitos. Pois assim, sob a perspectiva do direito de imagem, foi possível constatar que ele conta com uma ampla proteção, a qual vai muito além do previsto na legislação brasileira, pois aplicado de forma ampla nos casos concretos, deixando claro que qualquer uso não autorizado pode ensejar um dever de reparação ao seu titular.

Para a ressurreição digital, o ponto crucial foi entender de que forma ocorre a legitimação dos herdeiros para agir em defesa do direito do falecido artista recriado. Foram analisadas as principais correntes que envolvem a temática, sendo observado, por fim, que a teoria dos parentes próximos é a mais utilizada pelos tribunais brasileiros. Essa teoria, tem como premissa o fato de que o direito do *de cuius* encerra-se com a sua morte, restando aos herdeiros a legitimidade de processar eventuais infratores. Não em nome do morto, mas em nome próprio, pois a ofensa ao morto, conseqüentemente, se trata de uma ofensa a eles, seus descendentes.

Por conta dessa conclusão esposada acima, questionou-se se teriam os herdeiros, portanto, a legitimidade também para autorizar as recriações digitais, substituindo a vontade do titular do direito, uma vez que tal processo, em essência, necessita da anuência do titular, o artista falecido, a qual não pode ser obtida. Contudo, o direito de imagem é irrenunciável, intransmissível e inalienável, restando, assim, impossível a anuência por terceiros. Muito embora essa seja a realidade do direito de imagem, ainda que os herdeiros não sejam os titulares do direito em tela e, portanto, são incapazes de autorizar o processo de ressurreição digital, a eles é reconhecido o direito de se oporem a quaisquer usos não autorizados da imagem do falecido artista, fazendo que exista de fato uma

necessidade de negociar com eles o processo de recriação *post mortem*. Ou seja, eles não podem autorizar a utilização da imagem do morto, mas podem se opor a eventuais usos.

Diante desse paradigma, o presente estudo procurou compreender como pode ocorrer a negociação do uso da imagem e a disposição dos direitos acima elencados, chegando-se à conclusão de que não se trata de disposição do direito material em si, mas tão somente, sobre o direito processual dos herdeiros. Essa renúncia ocorre sob a ótica do instituto dos pactos de *non petendo*, os quais se tratam de negócios processuais e consistem na promessa das partes em não postularem em juízo.

Assim, a pesquisa ponderou sobre a figura dos chamados negócios processuais ou convenções processuais e de que forma eles impactam nos direitos das partes. Observou-se, portanto, que tais figuras interferem apenas no que tange ao direito processual das partes e cabe ao Poder Judiciário o respeito à vontade das partes na disposição desse direito, porquanto, se trata de um exercício da autonomia privada do indivíduo, sendo considerado ato jurídico perfeito. Isso se trata da regra geral dos negócios judiciais e podem sofrer exceção quando constatado algum tipo de abuso no momento da pactuação ou quando houver a existência de cláusulas abusivas, cujo condão prejudiquem o direito material das partes ou que inviabilize o acesso à justiça na sua totalidade.

Em seguida, debruçou-se sobre o pacto de *non petendo* propriamente dito, principalmente sobre a possibilidade de ele ferir o direito de acesso à justiça das partes, o qual é protegido pela Constituição. Dessa forma, foi observado que o pacto de não processar pode ser levado para apreciação pelo judiciário. Contudo, tal qual acontece com a regra geral das convenções processuais, se o contrato não possui qualquer abusividade que possa, de alguma forma, prejudicar a parte que renunciou ao direito processual, o juiz deverá extinguir o feito sem que ocorra a apreciação do mérito.

Nesse sentido, foram analisados os requisitos que deverão ser observados para a efetiva celebração desses pactos, com a menor possibilidade de risco de serem anulados. Em especial, verificou-se que uma das grandes necessidades de observação é quanto a temporalidade do

pacto, pois em que pese parte da doutrina reconheça que tais acordos podem ser feitos em caráter perpétuo, ao olhar em retrocesso às decisões jurisprudenciais e à doutrina, no que se refere ao direito de imagem, tal contrato poderá ser anulado, expondo o empresário do setor a responsabilização por danos à reputação do falecido.

Restou evidente que tal pacto precisa ter um prazo determinado e que não afete a prescrição e a decadência do direito objeto do acordo, servindo como uma forma de mitigar eventuais prejuízos que uma retirada de circulação na obra poderá trazer àqueles que investiram em sua realização.

Outra solução apresentada, é a realização dos pactos de *non petendo* parciais, em que as partes não renunciam ao seu direito de procurar a tutela jurisdicional, mas sim desistem de fazer uso de certas ferramentas processuais e até mesmo renunciando ao direito de postular sobre determinado assunto. Essa modalidade mostrou-se mais eficiente, vez que ela traz uma possibilidade de menor impacto no direito material, o que, por sua vez, dá mais força ao pacto perante o Judiciário, ao mesmo tempo em que estabelece, para as empresas, os meios de postergar, ou até mesmo eliminar, alguns problemas que podem surgir nos casos de disputa envolvendo a ressurreição digital.

Por fim, constatou-se que os pactos de *non petendo* são perfeitamente válidos para situações como as de ressurreição digital e, quando bem utilizados, se tornam um poderoso aliado para minorar os riscos e incertezas que esse novo mercado traz. Contudo, as falhas apresentadas pela teoria dos parentes próximos persistem, pois a tutela da imagem do artista recriado ficará à mercê da boa vontade de seus descendentes, os quais, ao mesmo tempo em que podem efetivamente cuidar de seu legado, podem, também, olhar para a ressurreição digital como uma importante fonte de renda e explorá-la ao máximo, em detrimento à vontade do falecido.

Assim, olhou-se para o direito americano e ao tratamento conferido por este às celebridades, em especial ao uso comercial de suas imagens. Constatou-se que o referido sistema trata a questão da imagem sob duas perspectivas: a primeira, tutelada pelo *right of privacy*, resguarda o direito

que o titular da imagem tem de se opor a eventuais usos de sua imagem que possam, de alguma forma, lesar a sua honra ou sua intimidade e a segunda, conhecida como *right of publicity*, versa a respeito do direito que uma pessoa tem sobre a exploração econômica de sua imagem como direito de propriedade.

Em outras palavras, o primeiro versa sobre o direito que a pessoa tem de ser deixada em paz (intimidade), ao passo que o segundo protege o direito de propriedade intelectual que a pessoa exerce sobre a sua imagem e reputação, como ferramenta de influência ao comportamento do consumidor.

As diferenças significativas entre os institutos do *right of privacy* e do *right of publicity* e os direitos de personalidade tornam muito difícil a adoção de tal sistema pelo Brasil. Contudo, a ideia de reconhecer um direito de propriedade intelectual sobre a construção da *persona* de uma celebridade não é estranho ao debate doutrinário, mas ressalva-se que a diferença entre os sistemas, traz uma série de restrições à aplicação de um direito de publicidade tal qual é feita nos Estados Unidos. Entretanto, existem argumentos que podem embasar a adoção da solução americana do *right of publicity*, servindo como forte referência à criação, pelo poder legiferante, de leis que se atentem à proteção desse direito como um direito de propriedade e não como um direito de personalidade, tal qual o norte-americano.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Indústria Cultural**. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp. 2020.

ANDERTON, Ethan. See how 'Rogue One' brought Peter Cushing back as Grand Moff Tarkin. **The New York Times**. Publicado em: 05 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.slashfilm.com/rogue-one-grand-moff-tarkin-visual-effects/>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

ANDRADE, Gustavo Heitor Piva Luiz de. Formatos de programas de tv e sua proteção: utopia ou realidade?. **Dannemann**. 2005. Disponível em: [http://www.dannemann.com.br/dsbim/uploads/imgFCKUpload/file/GPA_Formatos_de_Programas_de_TV\(1\).pdf](http://www.dannemann.com.br/dsbim/uploads/imgFCKUpload/file/GPA_Formatos_de_Programas_de_TV(1).pdf). Acesso em: 14 de out. de 2020.

ANDRADE, Josmar. A fama como passaporte para a atenção: reflexões sobre o uso de celebridades na comunicação de marketing global. *In: Internext - Revista Eletrônica de Negócios Internacionais*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 16-38, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://internext.espm.br/internext/article/view/63>. Acesso em: 16. nov. 2020.

ARRABAL, Alejandro Knaesel. **Propriedade Intelectual, Inovação e Complexidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A pretensa "propriedade" intelectual. *In: Revista do Instituto dos advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 20, p. 243-261, 2007. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/20530558/a-pretensa-propriedade-intelectual-jose-oliveira-ascensao>. Acesso em: 18. nov. 2020

AYUSO, Rocío. Há filme após a morte. **El País**. Publicado em 08 de maio de 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/05/08/cultura/1399575020_956003.html. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

AYUSO, Rocío. Robin Williams blindou o uso de sua imagem mesmo depois de morto. **El País**. Publicado em 01 de abril de 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/01/cultura/1422444444_956003.html.

elpais.com/brasil/2015/03/31/cultura/1427813184_083287.html. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

AZEVEDO, Ana Carolina Freire; ZORTÉA, James. O conceito de uncanny valley como parte da estética da animação em stop motion. In: Intercom, Caxias do Sul, p. 1-10, 2017. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/sul2017/resumos/R55-1535-1.pdf>. Acesso em: 16. nov. 2020.

BAIRD, Douglas G. Does Bogart still get scale? Rights of publicity in the Digital Age. In: **John M. Olin Law & Economics Working Paper**. n.120. 2001. p.1-19.

BARBOSA, Denis Borges. Do Direito de Propriedade Intelectual das Celebidades. In: WACHOWICZ, Marcos. **Estudos de Direito da Propriedade Intelectual**. 1. ed. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015. p. 117-197.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017.

BASS, Judith B. New York's New Right of Publicity Law: Protecting Performers and Producers. In: **New York State Bar Association (NYSBA)**. Publicado em 17 de março de 2021. Disponível em: <https://nysba.org/new-yorks-new-right-of-publicity-law-protecting-performers-and-producers/>. Acesso em: 01 de junho de 2021.

BEARD, Joseph J.. Casting call at forest lawn: The digital resurrection of the deceased entertainers – a 21st century challenge for intellectual property law. In: **Berkeley Technology Law Journal**, Volume 8, 1ª ed. Berkeley: University of California, 1993. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1114603/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 16. nov. 2020.

BEARD, Joseph J.. Clones, bones and twilight zones: protecting the digital persona of the quick, the dead and the imaginary. In: **Berkeley Technology Law Journal**. Vol. 16, n. 03, 2001. p. 1165-1271)

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

BERG, Madeline. The Highest-Paid Dead Celebrities Of 2020. **Forbes**. Publicado em 13 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/maddieberg/2020/11/13/the-highest-paid-dead-celebrities-of-2020/?sh=f2905eb3b4b1>. Acesso em: 16. nov. 2020.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

BOONE, Brian. Actors who make insane amounts of money off of residuals. **Nicki Swift**. Publicado em 19 de abril de 2018. Disponível em: https://www.nickiswift.com/118845/actors-make-insane-amounts-money-residuals/?utm_campaign=clip. Acesso em: 16. nov. 2020.

BRANCHER, Paulo. **Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual: Da inovação tecnológica ao abuso de poder**. 1. ed. São Paulo: Singular. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 05 de outubro 1988.

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de set. de 1996.

BRASIL. Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 de fev. de 1997.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de jan. de 2002.

BRASIL. Lei 10.973 de 02 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 de dez. de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Civil e processual. Recurso Especial n.113.963-SP. **Diário da Justiça**. Brasília, DF, 20 de setembro de 2005. Quarta Turma, Diário de Justiça, 10 de outubro de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Civil e processual. Recurso Especial n. 521697- RJ. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. **Diário da Justiça**. Brasília, 20 de março de 2006.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de mar. de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 642. Brasília, 02 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/3-12-2020-2013-sumula-642-do-stj>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

BURROWES, Patrícia. Cinema, entretenimento e consumo: uma história de amor. In: **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, n. 35, p. 34-50. abril de 2008. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/4092>. Acesso em: 16. nov. 2020.

BUSSI, Simone Loncarovich. O Sistema Common Law e Civil Law: Aproximação e Segurança Jurídica. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. n.7, outubro de 2019, p. 1476-1498.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2. ed. Salvador: Jus Podium. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, v. 305, p. 17-43, 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/43956586/Pactum_de_non_petendo_promessa_de_n%C3%A3o_processar_no_direito_brasileiro. Acesso em: 11 de nov. de 2020.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. 1. ed. Curitiba; Juruá. 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, volume 4**: direito das coisas, direito autoral. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

CRUZ, Vitor. Coronavírus: A indústria do entretenimento vive a maior crise da história. **Projeto Pulso**. Publicado em 30 de março de 2020. Disponível em: <https://projetopulso.com.br/coronavirus-a-industria-do-entretenimento-vive-a-maior-crise-da-historia/#.X7LgKmhKjIV>. Acesso em: 16. nov. 2020.

D'AMICO. G.F. Ressurreição digital e direito de imagem: um estudo sobre a reconstrução digital póstuma de Peter Cushing. In: CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, XI, 2017, Curitiba. **Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba: GEDAI, 2017. p. 115-140.

D'AMICO. G.F. Turnês holográficas: a utilização da ressurreição digital pela indústria da música. In: CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, XIII, 2019, Curitiba. **Anais do XIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba: GEDAI, 2019. p. 869-884.

DENTONS. **New York's new post-mortem publicity rights law: What does it mean for your estate? What does it mean for your advertising campaign?**

Publicado em 09 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2020/december/8/new-yorks-new-post-mortem-publicity-rights-law-what-does-it-mean-for-your-estate>. Acesso em 01 de junho de 2021.

DRECOLIAS, Michael Spiro. Tupac and Beyond: the implications of the tupac hologram on copyright and the right of publicity and what it may mean for the future of music. In: **Law School Student Scholarship**. 2014.

DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Autor e o seu “não direito”**: o criador inominado no sistema de direito de autor. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2020.

DUARTE, Rui Pinto. Uma Introdução ao Direito Comparado. **Separata da Revista ‘O Direito IV’**. Coimbra: Almedina, 2006.

EDUARDO, Alexandra de Paulo; TURCO, Renata de Arruda Botelho da Veiga. Televisão. In: FRANCEZ, Andréa; NETTO, José Carlos Costa; D'ANTINO, Sérgio Famá. **Manual do Direito do Entretenimento**: guia de produção cultural. 1ª ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo. 2009.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Direito de Autor**: proteção e disposição extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

FLACH, Laura M. *et all*. The Evaluation of the Uncanny Valley in CG Characters. In: **XI SBGames**, Brasília, p.108-116, nov. 2012. Disponível em: https://www.sbgames.org/sbgames2012/proceedings/papers/computacao/comp-full_14.pdf. Acesso em: 16. nov. 2020.

FONTEIN, Meaghan. Digital resurrections necessitate federal post-mortem publicity rights. in: **99 Journal of Patent & Trademark Office Society**. Virginia: The Journal of the Patent and Trademark Office Society, 2017. p. 481-489.

FOREMAN, Alison. Salvador Dalí deepfake brings legendary surrealist to life at Florida Museum. **Mashable**. 11 de mai. de 2019. Disponível em: <https://mashable.com/article/salvador-dali-deepfake/>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral**: Da Antiguidade à Internet. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRIEND, Tad. **Donald Glover Can't Save You. Newyorker. Publicado em: 26 de fevereiro de 2018. Disponível em:** <https://www.newyorker.com/magazine/2018/03/05/donald-glover-cant-save-you>. **Acesso em: 17 de abril de 2019.**

GILCHRIST, Todd. How J.J. Abrams completed Leia's story in rise of skywalker. **Nerdist.** Publicado em 05 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://nerdist.com/article/jj-abrams-carrie-fisher-princess-leia-rise-of-skywalker/>. Acesso em: 16. nov. 2020.

GREENBERG, Marc; LOVITZ, Michael L. Right of publicity and the intersection of copyright trademark law. In: **The 6th Annual Intellectual Property Law Institute**, 2012, p. 484-504.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** parte geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

HENDERSON, Laurie. Protecting a celebrity's legacy: Living in California or New York becomes the deciding factor. In: **Journal of Business, Entrepreneurship and the Law**, Volume 3, 1ª ed, Malibu: Pepperdine University School of Law, 2009.

HARIDY, Rich. An AI-generated Salvador Dalí is alive and taking selfies in a Florida museum. **New Atlas.** 13 de mai. de 2019. Disponível em: <https://newatlas.com/salvador-dali-ai-generated-computer-museum-exhibition/59641/>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

HARTMAN, Mitchell. Who gets the money made by dead celebrities?. **Marketplace.** Publicado em 24 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.marketplace.org/2014/11/24/who-gets-money-made-dead-celebrities/>. Acesso em: 16. nov. 2020.

HARTMAN, Rodolfo Kronenberg. **Curso Completo do Novo Processo Civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2017.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. A indústria cultura: o iluminismo como mistificação de massa. In LIMA, Luiz Costa. **Teoria da cultura de massa.** 9. ed. São Paulo: Paz e Terra. 2020. p. 179-238.

ITZKOFF, Dave. How 'Rogue One' brought back Familiar Faces. **New York Times**. Publicado em 27 de dezembro de 2016, Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/12/27/movies/how-rogue-one-brought-back-grand-moff-tarkin.html?mcubz=3>. Acesso em: 13.set. 2020.

LEE, Demi. Deepfake Salvador Dalí takes selfies with museum visitors. **The Verge**. 10 de mai. de 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2019/5/10/18540953/salvador-dali-lives-deepfake-museum>. Acesso em: 17. jun. de 2020.

LEITE, Maria Oderlânia Torquato; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. O sincretismo do Civil Law e Common Law pelo uso dos precedentes judiciais vinculantes no Brasil. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 3, n° 5, 2014, p. 3533 – 3567)

LI, Hao. Technical Perspective: Photorealistic Facial Digitization and Manipulation. **Communications of the ACM**, New York, v.62, n. 1, p. 95, Jan. 2019. DOI. 10.1145/3292037. Disponível em: <https://cacm.acm.org/magazines/2019/1/233532-technical-perspective-photorealistic-facial-digitization-and-manipulation/fulltext>. Acesso em: 17. jun. 2020.

LINS, Thiago. **O Lucro da Intervenção e o Direito à imagem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

LUGOSI, Bela G. California Expands the Statutory Right of Publicity for Deceased Celebrities While Its Courts Are Examining the First Amendment Limitations of That Statute. In: **De Paul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law**. Volume 10, n. 02, 2000. p. 259-282.

MACHADO, Guilherme. A estrela caiu: relações entre publicidade, a cultura pop e a fama. In: **Extraprensa**, São Paulo, v.11, n.1, p. 171-186, dez. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/extraprensa/article/view/111114>. Acesso em: 16. nov. 2020.

MARTIN JR, Thomas Glenn. Rebirth and Rejuvenation in a Digital Hollywood: The Challenge Computer-Simulated Celebrities Present for California's Antiquated Right of Publicity. In: **UCLA Entertainment Law Review**. Vol.4, 1996. p.99- 135.

MATTA, João Osvaldo Schiavon. Cultura da mídia e celebridade (midiáticas) do contemporâneo: Madonna e Avril Lavigne. In: **TecCom studies**, Madri, n.3, p. 87-95, jan./mar. 2012. Disponível: https://www.academia.edu/6465567/Cultura_da_m%C3%ADdia_e_celebridades_midi%C3%A1ticas_do_contempor%C3%A2neo_Madonna_e_Avril_Lavigne. Acesso em: 16. nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Direito Além da Vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade *post mortem***. 1. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NEVES, Allessandra Helena. **Direito de Autor e Direito à Imagem: à luz da Constituição Federal e do Código Civil**. 1. ed. Curitiba: Juruá. 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podium. 2019.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. 2ª ed. Salvador: Jus Podium. 2016.

ÖHMAN, Carl. Introducing the pervert's dilemma: a contribution to the critique of Deepfake Pornography. **Ethics and Information Technology**, Heidelberg, v. 22, n.2, p. 133–140, Nov 2019. <https://doi.org/10.1007/s10676-019-09522-1>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10676-019-09522-1>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

ORGANIZAÇÃO para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Manual de Oslo: Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação**. 3ª ed. Paris: OCDE, 2005.

PENA, Felipe. Celebidades e heróis no espetáculo da mídia. In: **Intercom**, São Paulo, v. XXV, p. 146-157, 2002. Disponível em: <http://portcom.intercom.org.br/revistas/index.php/revistaintercom/article/viewFile/447/416>. Acesso em: 16. nov. 2020.

PROSSER, William L. Privacy. In: **California Law Review**. Vol. 48, nº03, 1960. p. 383-423.

PWC. Mercado global de mídia e entretenimento vai movimentar US\$ 2,23 trilhões em 2021. **PWC Brasil**. Publicado em: <https://www.pwc.com.br/pt/sala-de-imprensa/noticias/pwc-mercado-global-midia-entretenimento-movimentar-17.html>. Acesso em: 16. nov. 2020.

RESSURREIÇÃO. In: MICHAELIS: língua portuguesa. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=L1wwk>. Acesso em: 10 dez. 2020

RITMAN, Alex. The cultural icon, who died in 1955, will return to the screen via CGI using actual footage and photos for 'Finding Jack.'. **The Hollywood Re-**

porter. Publicado em: 06 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.hollywoodreporter.com/news/afm-james-dean-reborn-cgi-vietnam-war-action-drama-1252703>. Acesso em: 16. nov. 2020.

RONDEAU, José Emílio. Morreu? Sem problemas. Põe o holograma no palco. **José Emilio Rondeau.** Publicado em: 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.jerondeau.com/morreu-sem-problemas-poe-a-holografia-no-palco/>. Acesso em: 16. nov. 2020.

ROTHMAN, Jennifer E. The Right of Publicity: privacy reimaged for New York. In: **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal.** Vol. 36, nº 3, 2018. p. 573-599.

SARKAR, Samit. Rogue One filmmakers explain how they digitally recreated two characters. **Polygon.** Publicado em 27 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.polygon.com/2016/12/27/14092060/rogue-one-star-wars-grand-moff-tarkin-princess-leia>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

SCARPELLI, Maíra Camargo; JUNIOR, Sérgio Kannebley. Mensuração e avaliação de indicadores de inovação. In: PORTO, Geciane Silveira. **Gestão da inovação e empreendedorismo.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 335-364.

SCHUMPETER. Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar. 1984.

SCHUMPETER. Joseph A. **A Teoria do Desenvolvimento Econômico.** 3.ed. São Paulo: Nova Cultura. 1988.

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

SILVA, Paula Costa. *Pactum de non petendo*: Exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais.** 2ª ed. Salvador: Jus Podium. 2016.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual.** 5ª ed. São Paulo: Manole. 2014.

SOARES, G. F. S. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA. **Revista da Faculdade de Direito,** Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 92, p. 163-198, 1997. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360>. Acesso em: 22 jun. 2021.

TAN, David. **The Commercial Appropriation of Fame: A cultural analysis of the right of publicity and passing off**. Cambridge: Cambridge University Press. 2018.

TAPLEY, Kristopher; DEBRUGE, Peter. 'Rogue One': What Peter Cushing's digital resurrection means for the industry. **Variety**. Publicado em 16 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://variety.com/2016/film/news/rogue-one-peter-cushing-digital-resurrection-cgi-1201943759/>. Acesso em: 13. set. 2020.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**. São Paulo. vol 254. Abril 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.06.PDF. Acesso em: 10 de nov de 2020.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Notas sobre planejamento sucessório. In: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO COMPEDI - UFS, 2015, Aracaju. **Direito civil contemporâneo**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 489-505. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3/025XE1rKIR1I3Dd4.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2020.

TIDD, Joe; BESSANT, John. **Gestão da inovação**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.

THE DALI MUSEUM, **Behind the Scenes: Dali Lives**. 8 de mai. de 2019. (04m14s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BiDaxl4xqJ4&t=12s>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. **Promessa de Não Processar e de Não Postular: o pactum de non petendo** reinterpretado. 1ª ed. Salvador: Jus Podium, 2020.

VALENTE, Mariana Giorgetti. **A construção do direito autoral no brasil: cultura e indústria em debate legislativo**. 1.ed. Belo Horizonte: Letramento. 2019.

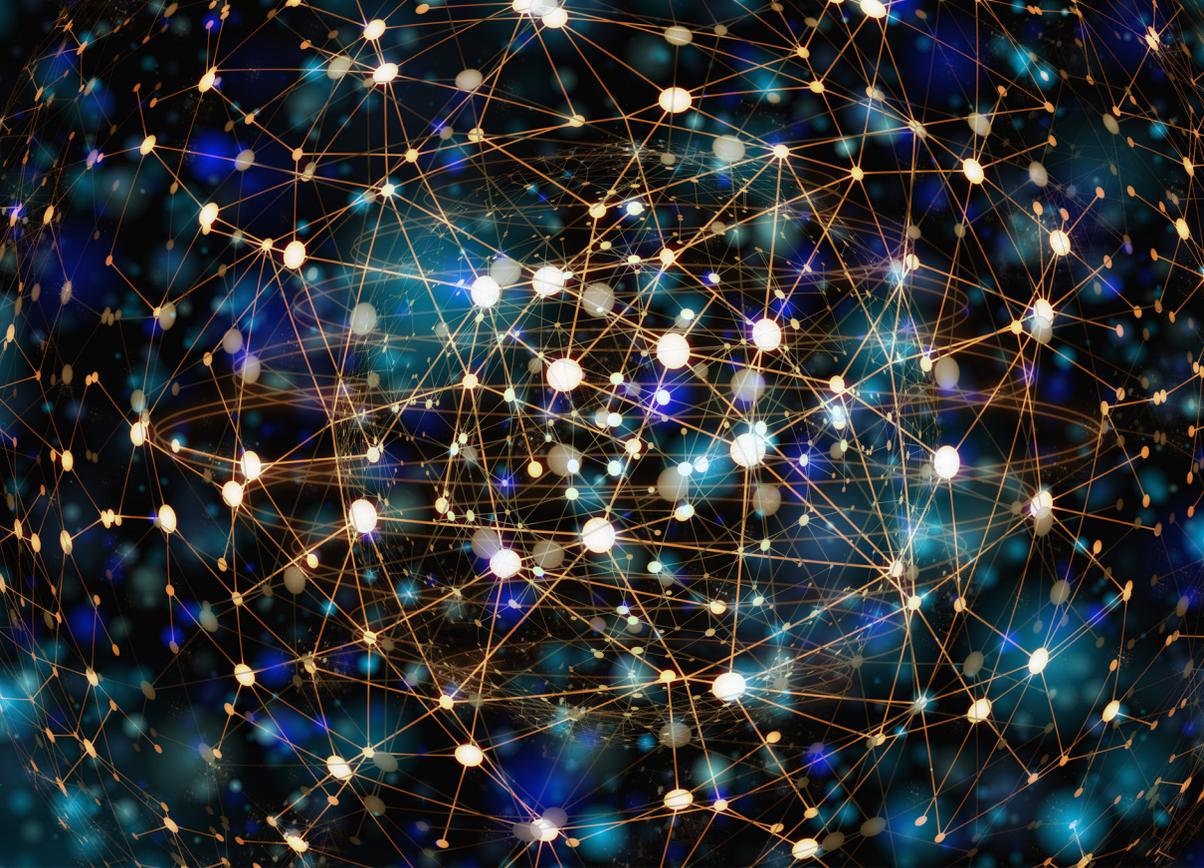
WACHOWICZ, Marcos; GONÇALVES, Lukas Reuthes. **Inteligência Artificial e Criatividade: novos conceitos na propriedade intelectual**. Curitiba: GEDAI. 2019.

WESTERLUND, Mika. The Emergence of Deepfake Technology: A Review. **Technology Innovation Management Review**. Ottawa, v. 9, n. 11, p. 39-52, Nov. 2019.

DOI. <http://doi.org/10.22215/timreview/1282>. Disponível em: <https://timreview.ca/article/1282#:~:text=Novel%20digital%20technologies%20make%20it,between%20real%20and%20fake%20media.&text=The%20study%20provides%20a%20comprehensive,media%20forgeries%20and%20fake%20news>. Acesso em 17 de jun. 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos à Imagem**. 1ªed. São Paulo: Saraiva. 2018.



**INSTITUTO OBSERVATÓRIO
DO DIREITO AUTORAL**