

O CONTEXTO INTERNACIONAL DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL: Tratado de Marrakesh¹

*Marcos Wachowicz²
Heloísa Gomes Medeiros³*

RESUMO: O presente artigo trata do Tratado de Marrakesh, que tem o objetivo de facilitar o acesso às obras publicadas para as pessoas cegas, deficientes visuais, ou com outra forma de deficiência. Para tanto, analisa-se a conjuntura internacional e nacional das limitações que culmina com a assinatura do referido Tratado.

PALAVRAS CHAVE: Propriedade Intelectual; Direitos Autorais; Tratado de Marrakesh.

ABSTRACT: This article deals with the Treaty of Marrakesh, which aims to facilitate access to works published for blind, visually impaired, or another impairment. For this, the text analyzes the international and domestic situation of the limitations that culminates with the signing of the Treaty.

KEYWORDS: Intellectual Property; Copyright; Marrakesh Treaty.

¹ Artigo originalmente publicado no livro sob o título Direito da Propriedade Intelectual organizado por Marcos Wachowicz, Luis Gonzaga Silva Adolfo. (Org.).- vol. III. 1ed.Curitiba: Editora Juruá, 2014, v. 1, p. 9-42.

² Professor de Direito no Curso de Graduação da Universidade Federal do Paraná - UFPR e docente no Programa de Pós-Graduação-PPGD da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa - PORTUGAL. Professor da Cátedra de Propriedade Intelectual no Institute for Information, Telecommunication and Media Law - ITM da Universidade de Münster - ALEMANHA. Docente do curso políticas públicas y propiedad intelectual do Programa de Mestrado em Propriedade Intelectual na modalidade à distância na Faculdade Latino-americana de Ciências Sociais - FLACSO/ARGENTINA. Foi professor visitante na Universidade de Valência – Espanha (2015). É o atual Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial - GEDAI / UFPR vinculado ao CNPq. E-mail: marcos.wachowicz@gmail.com

³ Doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Faculdade São Luís/MA. Pesquisadora do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR). Professora no Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB) e da Faculdade Estácio de São Luís. Advogada. E-mail: medeiroshg@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

No Século XIX os interesses econômicos inerentes à Revolução Industrial exigiram uma proteção adequada das inovações tecnológicas de quem eram portadores. Assim, deu-se naturalmente a criação de um Sistema Internacional de Proteção à Propriedade Intelectual.

A França realizaria esforços neste sentido, passando por tentativas de acordos bilaterais⁴ que foram logo abandonados. A criação deste Sistema seria de forma inédita pelo Direito Internacional, com a concepção de novos conceitos e paradigmas.

O tratamento internacional para a tutela da propriedade intelectual foi inovador. Em primeiro lugar, pela concepção de um tratamento internacional à Propriedade Intelectual que seria dado pelas Convenções de Paris (1883) e, posteriormente, de Berna (1886). Em segundo lugar, ao perceber o caráter imaterial do bem intelectual distinto de qualquer forma física que lhe dê suporte. E, em consequência, dar-lhe tratamento jurídico distinto da proteção e tutela de bens corpóreos.

As Convenções de Paris e de Berna foram classificadas como Tratados-lei ou Tratados normativos e Tratados Coletivos.

Os Tratados-lei ou Tratados normativos devido à sua natureza jurídica, cujas regras de direito eram objetivamente válidas, conferiam aos estados o poder de figurarem como legisladores. Ressalte-se que predominavam na época os Tratados-contratos, cujo objetivo era o de regular uma questão específica e que envolvesse o interesse particular de cada um dos Estados-partes. E a inovação trazida pelos Tratados Coletivos, uma vez que até o século XIX os Tratados eram bilaterais.

⁴Cabe apontar que as primeiras tentativas bilaterais de proteção em âmbito internacional visando à proteção de direitos intelectuais foram abandonadas, vale dizer o Tratado de Comércio Franco-Holandês de 1840 e o Tratado de Comércio Franco-Sardo, de 1843. Neste sentido, ver: OLAGNIER, Paul. **Ledroit d'auteur**. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Tomo II, 1934, p. 4; STOYANOVITCH. **Le droit d'auteur dans les rapports entre la France et les pays socialistes**. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1959. p. 42.

O surgimento das Uniões Internacionais ocorreu na medida em que não objetivavam somente fixar normas de Direito sobre propriedade intelectual, mas aglutinar Estados em Uniões Internacionais, que posteriormente seriam percebidas como Organizações Internacionais.

Assim, a Convenção da União de Paris instituiria um *Bureau da União de Paris* (secretaria geral) para a realização das atividades administrativas, o qual, posteriormente, em 1892, por razões de praticidade, foi unificado ao *Bureau de Berna*, para a proteção das obras literárias e artísticas.

2 OS PRINCÍPIOS GERAIS DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL PELA UNIÃO DE BERNA

Desde a Convenção de Berna para a Proteção do Direito de Autor de 1886,⁵ a tutela jurídica internacional tem sido realizada por meio da Adesão a Tratados e Convenções Multilaterais,⁶ pelos estados.

⁵A última revisão data de 24 de julho de 1971, com emendas de 28 de setembro de 1979, que é o documento hoje em vigor. A Convenção estabelece:

- o que é obra literária e artística: todas as produções no campo literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou forma de expressão;
- critérios para proteção: protege-se a manifestação concreta do espírito criador;
- obra publicada: aquelas que foram editadas com o consentimento do autor qualquer que seja o modo de fabricação dos exemplares, sempre que a quantidade posta à disposição do público satisfaça razoavelmente suas necessidades;
- declara que o gozo e exercício desses direitos não estão subordinados a nenhuma formalidade, o autor é indicado perante os tribunais pelo seu nome apostado à obra, mesmo que seja um pseudônimo; ele está livre do controle governamental;
- fixa e define o país de origem: aquele em que a obra foi publicada pela primeira vez;
- assegura os direitos de adaptação, tradução autorizada, os direitos sobre obras dramáticas e dramático-musicais;
- fixa o prazo de vigência dos direitos do autor após sua morte: 50 anos. Mas garante aos países signatários da Convenção o direito de aumentar esse prazo;
- a Convenção divide, claramente, os direitos de autor em patrimoniais e morais, estes irrenunciáveis e inalienáveis, mesmo quando o autor cede definitivamente sua obra para exploração de terceiros;
- assegura o direito à paternidade da obra e o de impedir modificações de qualquer natureza;
- fixa limitações aos direitos do autor: cópias sem fins de lucros, citações, notícias de imprensa, divulgação dos fatos e informações gerais são livres;
- assegura o chamado 'direito de suíte', ou seja, a participação do autor nos lucros da eventual venda de sua obra." CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**. Porto Alegre : Editora Sagra Luzzatto, 1998, p. 20-21.

⁶"El convenio de Berna, concluido el 9 de septiembre de 1886 y que significó la decadencia de los tratados bilaterales que resultaban insuficientes, ha sido ratificado hasta el 1 de enero de 1996 por ciento diecisiete Estados." COLOMBET, Claude. **Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo**. 3.^a ed. Madrid : Editorial CINDOC-UNESCO, 1990, p 159.

A Convenção de Berna instituiu os seguintes privilégios fundamentais, que deveriam ser respeitados pelos Estados-membros e seus nacionais:

A) Princípio da Proteção Mínima

O princípio da proteção mínima na União de Berna assegurava o cumprimento de garantias dos mínimos convencionais dispostos no Tratado, e que não poderiam ser postergadas pelas legislações nacionais dos Estados-membros.⁷

B) Princípio do Tratamento Nacional

O princípio do Tratamento Nacional da Convenção de Berna rege-se como na Convenção de Paris, passando a ser asseguradas a cada nacional de todo Estado-membro as mesmas garantias que fossem asseguradas a um deles, incluindo-se as novas adesões.

C) Princípio da Determinação do País de Origem da Obra

O princípio da determinação do país de origem da obra foi estabelecido no artigo 5.º, parágrafo 4.º da Convenção.⁸ Tratava de proteger o direito do autor a partir de sua origem. Para tanto, dispunha das seguintes hipóteses: no caso de o país da União em que a obra for publicada pela primeira vez, se publicada simultaneamente em vários países da União que concedem prazos de proteção diferentes, o que conceder prazo de proteção menos extenso; simultaneamente em país não-membro e país membro da União, este último; quando a obra não publicada ou publicada pela primeira vez num país estranho à União, sem publicação simultânea em país da União, o país a que pertence o autor.

⁷Neste sentido: *“En efecto, cabe recordar que si el Acta de 1886 incluía ya el principio de la asimilación del derecho unionista al nacional, así como algunas reglas de derecho convencional, el principio obligaba al cumplimiento de formalidades en el país de origen de la obra, y las reglas de derecho mínimo sólo se referían al derecho de traducción.”* COLOMBET, Claude. **Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo**. 3.ª ed. Madrid : Editorial CINDOC-UNESCO, 1990, p. 160.

⁸Convenção de Berna 1886 – Artigo 5.º - 4. Considera-se país de origem: a) quanto às obras publicadas pela primeira vez num dos países da União, este último país; entretanto, se se tratar de obras publicadas simultaneamente em vários países da União que concedam prazos de proteção diferentes, aquele dentre eles cuja lei conceda prazo de proteção menos extenso. B) quanto às obras publicadas pela primeira vez num país estranho à União, sem publicação simultânea num país da União, aquele a que pertence o autor; entretanto: I – se se tratar de obras cinematográficas cujo produtor tenha sua sede ou residência habitual num país da União, o país de origem será este último; e II – se se tratar de obras de arquitetura edificadas num país da União ou de obras de artes gráficas e plásticas incorporadas num imóvel situado em um país de origem, será este último. In PIMENTA, Eduardo S. **Código de Direitos Autorais e acordos internacionais**. São Paulo : LEUJS, 1998, p. 496.

D) Princípio da Conformidade da Legislação Interna

O princípio da conformidade da legislação interna pressupõe que, um Estado ao se tornar parte da Convenção, no tocante a sua legislação nacional, lhe permitiria proceder às adequações necessárias à sua aplicação no âmbito interno. Ou seja, o Estado ao ratificar a Convenção declarava-se apto a incorporar ao seu ordenamento interno as disposições da União, adequando sua legislação nacional.⁹

3 O SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL

O Sistema de proteção da propriedade intelectual no Brasil tem sido englobado complementariamente pelos ramos do Direito Civil, na propriedade artística, científica e literária; e, pelo Direito Comercial,¹⁰ na propriedade industrial ou direito industrial.

A expressão *propriedade artística, científica e literária* foi substituída pela expressão *direitos autorais*, que regulamentam as relações do autor e a sua obra.

Assim, o direito autoral surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, segundo apontam os doutrinadores GANDELMAN,¹¹ CABRAL,¹² MANSO,¹³ com a lei de 11 de agosto de 1827, que instituiu os Cursos de Direito no Brasil. Isto porque atribuía aos docentes o privilégio de 10 anos sobre os compêndios e

⁹Convenção de Berna 1886 – art. 2.º - 7. Os países da União reservam-se a faculdade de determinar, nas legislações nacionais, o âmbito de aplicação das leis referentes às obras de arte e aos desenhos e modelos industriais, assim como as condições de proteção de tais obras, desenhos e modelos, levando em conta as disposições do art. 7.4 da presente Convenção. Para as obras protegidas exclusivamente como desenhos e modelos no país de origem, não pode ser reclamada, nos outros países unionistas, senão a proteção especial concedida aos desenhos e modelos nesse país, estas obras serão protegidas como obras artísticas. In PIMENTA, Eduardo S. **Código de Direitos Autorais e acordos internacionais**. São Paulo : LEUJS, 1998, p. 494.

¹⁰O novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) levou mais de 26 anos para ser aprovado. (...) O legislador chamou de direito de empresa aquilo que se refere ao empresário. O Código novo altera a linguagem do antigo e, parcialmente, incorpora o Código Comercial (que sobrevive para regular, parcialmente, o Direito Marítimo). Várias antigas e consagradas expressões cairão em desuso, por sua substituição e até superação conceitual. (...) O Comerciante agora é chamado de empresário”. QUINTANS, Luiz Cezar P. **Direito da empresa**. Rio de Janeiro : Freiras Bastos, 2003, p. 3.

¹¹GANDELMAN, Henrique, **De Gutemberg à Internet. Direitos autorais na era digital**. 4.ª ed. Rio de Janeiro : Editora Record, 2001, p. 33.

¹²CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**. Porto Alegre : Editora Sagra Luzzatto, 1998, p. 22.

¹³MANSO, Eduardo J.V., **O que é Direito Autoral**. São Paulo : Editora Brasiliense, 1987, p. 16.

matérias que lecionavam. Depois de aprovados pela Congregação, o teor do artigo 7.º que estabelecia:

Os lentes [sic] farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feito, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Esses compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente, e o governo fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos.

Tratava-se de um direito autoral restrito às Faculdades de Direito de Olinda e São Paulo, não alcançando os demais autores brasileiros.¹⁴

Mais tarde, o Código Criminal de 16 de dezembro de 1891, em seu artigo 261, estabeleceu penas para quem realizasse reprodução não-autorizada de obras compostas ou traduzidas por cidadão brasileiros, protegendo seus direitos enquanto vivessem, e ainda, por mais dez anos, após a sua morte, se deixassem herdeiros.¹⁵

Em 1891, com a promulgação da Carta Republicana, os direitos autorais ganharam contornos e garantias constitucionais. O artigo 7, parágrafo 26, contemplava o direito exclusivo de reprodução dos autores e a proteção aos herdeiros, quando dispunha:

Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

O comando constitucional seria cumprido cinco anos após com a edição da Lei n.º 496, de 1.º de agosto de 1896, denominada Lei Medeiros Albuquerque, que sofreu inúmeras críticas, principalmente porque exigia o registro da obra e conferia proteção pelo prazo de 50 anos a partir da primeira publicação e por 10 anos para os casos de tradução.

Inobstantemente a isso, a Lei Medeiros Albuquerque somente foi revogada com o advento do Código Civil Brasileiro de 1916.

O direito autoral brasileiro foi regulado pelo Código Civil de 1916 nos artigos 649 a 673, passando a ser protegido durante toda a vida do autor, e

¹⁴ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ª Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p 10.

¹⁵No mesmo sentido estavam as regras do Código Penal de 1890.

ainda, por um prazo de 60 anos, após a morte do autor, em benefício dos herdeiros.

CABRAL¹⁶ e ASCENSÃO¹⁷ apontam o Código Civil de 1916 como um grande marco e avanço nesta matéria, ao fixar os direitos do autor e seus limites.

Contudo GANDELMAN, ao analisar as disposições do Código Civil de 1916, ressalta os aspectos negativos desta positivação:

Então, o direito autoral brasileiro conseguiu algum progresso estrutural, embora estivesse perdido sua autonomia legislativa, porque passou a ser considerado simplesmente uma espécie de propriedade: Propriedade Literária, Científica e Artística.¹⁸

Uma nova lei, porém, somente seria editada em 1973, em decorrência das revisões das duas Convenções, de Berna e Paris, ambas de mesma data e local, quais sejam, Paris, 1971.

Todos os estados signatários, dentre os quais o Brasil, procederam a alterações em suas legislações internas em razão dos compromissos assumidos internacionalmente.

Assim, a Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973, surgiu para regulamentar os direitos autorais de forma a conferir-lhes autonomia legislativa em harmonia com o Código Civil de 1916¹⁹ e com os ditames atuais da União de Berna.²⁰

¹⁶CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**. Porto Alegre : Ed. Sagra Luzzatto, 1998, p. 23

¹⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 10.

¹⁸GANDELMAN, Henrique, **De Gutemberg à Internet. Direitos autorais na era digital**. 4.ª ed. Rio de Janeiro : Editora Record, 2001, p. 34.

¹⁹“A perda de sua autonomia legislativa atrasou o desenvolvimento científico do direito autoral no Brasil. Por isso, ainda agora, que ele já está plenamente desligado do corpo do Código Civil, a jurisprudência lhe aplica, sem nenhum temperamento, ou institutos próprios do direito civil, prejudicando, muitas vezes, a sanção que se haveria de impor às violações dos direitos autorais.” GANDELMAN, Henrique, **De Gutemberg à Internet. Direitos autorais na era digital**. 4.ª ed. Rio de Janeiro : Editora Record, 2001, p. 34.

²⁰“O Ministro da Justiça, Luiz Antonio da Gama e Silva, nomeou em maio de 1967 uma comissão encarregada de proceder à revisão daquele trabalho. Houve, porém, divergência de opiniões. O Presidente da comissão e antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cândido da Mota Filho, ofereceu um substitutivo de 98 artigos, preferindo conservar os critérios tradicionais. Os demais membros, o Desembargador Milton Sebastião e um dos maiores juristas brasileiros especializados na matéria, Antonio Chaves, ofereceram um projeto que procurava consubstanciar as conquistas das legislações mais modernas em 198 artigos, distribuídos em três partes: Direito do Autor, Transmissão e Defesa. Esse projeto foi denominado Barbosa-Chaves, mas também não prosperou. Diante do impasse criado, o Governo incumbiu de elaborar um novo projeto o renomado jurista José Carlos Moreira Alves, então Procurador-Geral da República e hoje, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Como diploma legal básico de Direito Autoral, a Lei de 1973 vigorou por 25 anos, período no qual inúmeras outras legislações de naturezas diversas a ela iriam se somar.²¹

A Constituição de 1988, seguindo a tradição²² brasileira, contemplou os Direitos de Autor no capítulo destinado aos Direitos Fundamentais do Cidadão, ao estabelecer em seu artigo 5.º, inciso XXVII: “aos autores, pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

Ressalte-se que a Constituição de 1988, ainda no artigo 5.º, expressamente no inciso XXVII,²³ ampliou tais direitos aos participantes de obras coletivas, como também garantiu às associações dos autores o privilégio de fiscalizar o aproveitamento econômico de sua produção intelectual.

Em 1998, após as novas diretrizes internacionais, desta vez em razão dos acordos firmados pelo Brasil na Organização Mundial do Comércio (OMC), foi editada a Lei n.º 9.609. Esta lei, publicada no Diário Oficial da União de 20/02/1998, dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual do programa de computador e sua comercialização no Brasil.

Na mesma data, foi editada a Lei n.º 9.610, denominada Nova Lei de Direitos Autorais e Conexos, que entrou em vigor 120 dias após sua publicação, ou seja, em 21 de julho de 1998.

Pressionado pela urgência, reduziu o projeto do Código ao projeto de uma lei que, em sua redação final, foi publicada no Diário do Congresso Nacional de 28/11/73.” COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo : FDT, 1998, p. 41.

²¹Destacamos a Lei 6.533, de 24/05/1978, que, dispoendo sobre a regulamentação das profissões de Artista e Técnico em Espetáculos de Diversões, coibiu a cessão e promessa de cessão de direitos autorais conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais; a Lei n.º 6.800, de 17/12/1980, que alterou a utilização de fonograma e fiscalização da reprodução e venda; a Lei n.º 6.895, de 17/12/1980, que deu nova redação ao Código Penal tornando as penas mais rigorosas; a Lei n.º 71213, de 12/09/1983, que criou o Fundo de Direito Autoral; a Lei n.º 7.646, de 18/12/1987, que dispôs sobre a propriedade intelectual dos programas de computador; e a Lei n.º 8.028, de 12/04/1990, que extingue o Conselho de Direito Autoral.

²²Cabe aqui ressaltar que somente a Constituição de 1937, dentre todas as Constituições brasileiras que, outorgada pelo governo de Getúlio Vargas, não dedicou nenhum dispositivo à matéria.

²³Constituição Federal, artigo 5.º, inciso XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

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

4 LIMITES NO DIREITO AUTORAL

O direito a propriedade intelectual surge como artifício para corrigir uma falha de mercado, já que os bens imateriais são bens públicos e caracterizados pela não-rivalidade de consumo e não-exclusividade de benefícios, o que torna seu conteúdo naturalmente inapropriável nos mesmos contornos da propriedade tradicional.

A obra intelectual protegida pelo direito autoral segue a expressão de tal máxima econômica e, neste plano, envolve facetas múltiplas. Tem-se, de uma lado, o direito do autor, de outro, o direito de acesso, numa interconexão entre direito privado e interesse coletivo. Em consequência disso, o direito autoral, assim como demais direitos de propriedade intelectual, sempre enfrentou o desafio do equilíbrio entre tais interesses.

Assim, comum encontrar nas legislações internacional e nacionais dispositivos legais que visam não apenas garantir direitos aos titulares de direitos de propriedade intelectual, mas também a previsão de direitos à sociedade, que deve suportar o ônus de tornar um bem público em bem privado.

É comum denominar tais direitos que tutelam interesses da coletividade nas legislações de “limitações”, a exemplo do que ocorre mesmo com a propriedade material. Porém, numa comparação entre a propriedade material e a imaterial feita por Landes e Posner, que analisam a eficiência econômica que deve ser levado em conta na formulação legislativa sobre propriedade intelectual, a previsão de limitações a está última devem ir além das estabelecidas para a primeira, sob pena da relação custo-benefício deste tipo de proteção ser muito alta para a sociedade²⁴.

As limitações reforçam o caráter não absoluto do direito autoral, pois são regras que dizem respeito a não aplicação do direito de exclusivo do autor, são regras negativas ou regras sobre utilizações livres, nos termos de José de Oliveira Ascensão:

Na realidade, assim como não há que falar de uma propriedade absoluta, também não é deslocado partir do pressuposto de um direito de autor ilimitado. Todo o direito se desenvolve em certa esfera, marcada por lei por regras positivas ou negativas. Estas

²⁴ POSNER, Richard A.; LANDES, William M. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Massachusetts: Belknap, 2003.

regras negativas são elementos constitutivos da atribuição em que o direito de autor se cifra, tanto como as regras positivas.²⁵

Mais do que limites ao direito do autor, tem-se previsão do que não é apoderável, por isso, livre. Consagra-se nas limitações o que a sociedade, por via legislativa, considera como legítimo uso pela coletividade, ao mesmo tempo em que se mantém o reconhecimento do direito daquele que produziu determinada obra. Proteção autoral e utilizações livres soam como dois lados da mesma moeda²⁶.

Existem ainda limitações de ordem intrínseca, próprias da legislação de direito de autor, e extrínseca, visto que os limites ao direito autoral também devem ser visto dentro do contexto do ordenamento jurídico ao qual se encontra subordinado²⁷. Por exemplo, no Brasil aplica-se ao direito autoral o limite encontrado no princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, Constituição Federal)²⁸.

Há duas formas mais comuns nas legislações ao se referir às limitações no direito autoral: a) a primeira forma consiste na previsão de uma cláusula geral, seguido pelos países anglo-saxões (*common law*) e pelos tratados internacionais, que costumam refletir os interesses daqueles países; e

²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 256. Para Plínio Cabral: “Essa limitações têm objetivo social e cultural. Constituem a construção jurídica que permite manter o equilíbrio entre interesse privado e o interesse público na obra de criação, que é – como já foi dito – uma propriedade com características peculiares”. CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**. Porto Alegre : Editora Sagra Luzzatto, 1998, p. 70. Para Cláudio Lins de Vasconcelos: “As chamadas limitações aos direitos autorais – hipóteses em que uma determinada obra artística ou literária, ainda no prazo de proteção legal, pode ser livremente utilizada, sem a anuência prévia de seu autor ou titular – representam um *locus* privilegiado do interesse público dentro da esfera regulatória de um direito eminentemente privado, que é a propriedade intelectual”. VANCONCELOS, Cláudio Lins. Novos rumos do direito autoral brasileiro. *In*: NALINI, José Renato (Org.). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.

²⁶ “[...] há que ter presente que os limites são constitutivos o direito autoral, exatamente nos mesmo termos e com a mesma dignidade das regras atributivas de poderes. O direito autoral é, como todos os direitos, a situação de vantagem resultante de um complexo de poderes e deveres que a constituem”. ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral em perspectiva de reforma. *In*: WACHOWICZ, Marcos; DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. (Org.). **Estudos de direito de autor: a revisão da lei de direitos autorais**. Florianópolis: Boiteux, 2010. p. 39.

²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

²⁸ Sobre este assunto ver: SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais: uma interpretação Civil-Constitucional dos limites da proteção jurídica**: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campo, 2006.

b) outra forma baseada em *numerus clausus*, que marca as legislações dos países romano-germânicos (*civil law*).²⁹

Especificamente dentre os tratados internacionais convencionou-se a expressão “limitações e exceções”³⁰. Neste âmbito, destaca-se, primeiramente, o que dispõe Convenção de Berna, no artigo 9.2, que consagra a “regra dos três passos”:

Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

Nos mesmos moldes, prevê o Acordo TRIPS, no artigo 13:

Artigo 13

Limitações e Exceções

Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.

²⁹ Para Cláudio Lins de Vasconcelos, além das diferenças que normalmente são apontadas em relação a esses dois sistemas, que também irão refletir no ideal utilitarista do copyright e jusnaturalista do *droit d’auteur*, a distinção maior entre os sistemas vai ocorrer justamente na esfera das limitações: “Nos sistemas civilistas, a fundamentação deontológica supõe que o direito exclusivo ‘nasce’ com o trabalho criativo e, assim sendo, a regra geral é a proteção, sendo as limitações exceções à regra. Por isso as hipóteses de limitação aos direitos exclusivos do autor são normalmente interpretadas, na tradição do *droit d’auteur*, como uma lista fechada (*numerus clausus*) ou substancialmente fechada, além da qual pouca ou nenhuma extensão hermenêutica é permitida, enquanto nos países do *copyright* ocorre precisamente o inverso. (...) O direito do autor, no *common law* contemporâneo, não é um dever da sociedade para com o autor, válido *a priori*, mas uma proposição funcional do Estado, válida por suas consequências previsíveis. O *copyright* em si é uma execução talhada para confirmar, no longo prazo, a regra geral do *free speech*. É comum entre os anglo-saxões, especialmente nos EUA, referir-se aos *fair use* como um ‘porto seguro’ (*safe harbor*) onde o direito exclusivo não se aplica. É, antes de tudo, uma *tese de defesa* que pode ser alegada em número indefinido de situações concretas. Por isso, o *fair use* não se apresenta como uma lista fechada de hipóteses, mas como um conjunto de parâmetros hermenêuticos, cujas linhas gerais foram incorporadas ao direito escrito (*statutory law*) norte-americano em meados da década de 1970, mas que têm origem na jurisprudência das cortes *case law*) e são quase tão antigos quanto o próprio instituto jurídico do *copyright*.” VANCONCELOS, Cláudio Lins. Novos rumos do direito autoral brasileiro. In: NALINI, José Renato (Org.). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 74-75.

³⁰ Generalizou-se em textos internacionais o uso da expressão “limites e exceções” para referir as restrições aos direitos autorais. A razão é facilmente perceptível. Há quem considere todas as restrições excepcionais e consequentemente sujeiras ao regime gravoso da regra excepcional; e quem entenda que se trata de simples limites de atribuição, contido em regras comuns. Os textos internacionais pretendem fugir à polêmica”. ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral em perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos; DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. (Org.). **Estudos de direito de autor: a revisão da lei de direitos autorais**. Florianópolis: Boiteux, 2010. p. 39.

Por sua vez, os Estados Unidos instituiu a cláusula do *fair use*, que pode ser traduzido como *uso justo*, semelhante a regra dos três passos encontrada em Berna e TRIPS, e baseada na interpretação jurisprudencial para determinar os limites que caracteriza o sistema jurídico anglo-saxão.

A cláusula geral permite uma adaptação e evolução constante dos limites e exceções, visto que sua extensão é moldável ao surgimento de novos casos e necessidades, e não se limita a uma lista fechada de situações. Na Sociedade da Informação estas características podem ser consideradas muito mais vantajosas do que os sistema romano-germânico de rol taxativo.

Já o sistema civilista, que inclui países como Brasil, Itália, Espanha, Portugal, dentre outros, é marcado pela existência de róis taxativos de limitações. Este sistema apresenta-se bastante hermético, que, para seus defensores, guarda maior segurança jurídica em relação à regra geral, mas completamente inadequada ao ambiente digital.

Percebe-se, no entanto, que nenhum dos sistemas é aplicado de forma pura. O sistema anglo-saxão possui parâmetros bastante concretos de avaliação da regra dos três passos realizados pelos próprios Tribunais, assim como no sistema romano-germânico várias interpretações vão além do seu rol taxativo, tendo em vista o ordenamento jurídico como um todo. E a tendência é que estes sistemas acabem se aproximando com o tempo, como já é possível observar em outros aspectos que tradicionalmente os diferenciam.³¹

No Brasil, temos como exemplo a decisão do Recurso Especial nº 964.404-ES, proferida pelo STJ, que sinalizou entendimento da aplicação direta da regra dos três passos no Brasil. Sobre a interpretação que tem se dado à lei brasileira pelos Tribunais explica Allan Rocha de Souza:

³¹ Sobre a aproximação de outras diferenças que marcam o sistema anglo-saxão e o sistema romana-germânico Dário Moura Vicente exemplifica: “Por um lado, registou-se nos sistemas romanistas uma certa padronização do direito de autor, de que é reveladora, por exemplo, a extensão da protecção jusautorais aos programas de computador, levado a cabo na Comunidade Europeia a partir de 1991, acompanhada da atribuição obrigatória do direito de autor sobre esses programas ao empregador ou ao comitente, quando os mesmos hajam criados, respectivamente, por um assalariado no exercício de sua actividade laboral ou por encomenda.

Por outro, o regime do direito de autor em Inglaterra e nos Estados Unidos foi marcado nos últimos vinte anos, como resultado do que se disse acima, por um certo alargamento do âmbito do direito de autor – decorrente, nomeadamente, da consagração legislativa de direitos morais, da redução das formalidades exigíveis como condição de protecção dos direitos patrimoniais e do prolongamento da duração destes -, o qual o aproximou consideravelmente dos sistemas continentais.” VICENTE, Dário Moura. **A tutela internacional da propriedade intelectual**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 61-62.

A interpretação extensiva dos limites estabelecidos na legislação de direitos autorais fundamenta-se mais amplamente nos direitos de liberdade, igualdade e solidariedade, convergindo para o princípio geral da ampla proteção à pessoa e ao correlato direito à vida digna.

[...] os limites expressamente estabelecidos não contemplam satisfatoriamente o conteúdo de diversos direitos fundamentais incidentes, em especial, dos direitos culturais, além do conteúdo desta exclusividade patrimonial assegurada ao autor estar sujeita às dinâmicas e circunstâncias sociais.³²

Na lei brasileira, que completa 15 anos, tem-se o artigo 46, denominado de “limitações”, que não possui uma cláusula geral, e sim rol bastante limitado de utilizações livres, que não distingue as diferentes necessidades da sociedade, como, por exemplo, a cópia privada, da reprodução para fins de conservação, ou da reprodução para fins comerciais.

Atualmente, com o projeto de reforma da lei de direito autoral brasileira, muito se discute sobre a inclusão de uma cláusula geral em conjunto com o rol que passaria a ser de cunho exemplificativo. Prática completamente desejável, recomendável e alinhada às obrigações internacionais assumidas pelo país, mas que tem se mostrado a mais polêmica.

5 LIMITAÇÕES AO DIREITO AUTORAL PARA PESSOAS CEGAS OU COM DEFICIÊNCIA VISUAL

Dentre as limitações ao direito autoral, vários avanços tem ocorrido quanto a utilização sem autorização do autor de obras adaptadas às necessidades de pessoas cegas ou com deficiência visual. Tal limitação é fundamentada no direito ao acesso à educação, à cultura e à informação, além do que, uma questão de direitos humanos.

Estima-se, de acordo com dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), que 285 milhões de pessoas sofrem de algum problema visual, das quais 39 milhões são completamente cegas, e cerca de 90% dos deficientes visuais do mundo vivem em países em desenvolvimento.³³

³² SOUZA, Allan Rocha de. Direito autorais e as obras audiovisuais: entre a proteção e o acesso. In: SCHREIBER, Anderson (Coor.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 280.

³³ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Visual impairment and blindness. **Fact Sheet N°282**. Disponível em: <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs282/en/>>. Acesso em: 12 dez 2013.

Quanto a publicação de livros adaptados para cegos e deficientes visuais a União Mundial de Cegos calcula que apenas cerca de 7% dos livros publicados são acessíveis (em formatos como Braille, áudio, caracteres ampliados) nos países mais ricos, e menos de 1% em países mais pobres.³⁴

A organização não governamental Knowledge Ecology International (KEI) coloca ainda que menos de 60 países possuem dispositivos que preveem limitações e exceções aos direitos autorais para pessoas cegas ou com deficiência visual.³⁵

Internacionalmente, no âmbito dos tratados sobre propriedade intelectual, em especial na Convenção de Berna e no Acordo TRIPS, nenhuma menção particular é feita a estes casos.

No entanto, é possível a aplicação da regra dos três passos: em determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.

Tal regra, por si só, garante que os países possam livremente criar exceções a este tipo de situação especial.

Destaca-se também, na esfera internacional, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova Iorque, assinado em 30 de Março de 2007, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009³⁶.

Tal Convenção reconhece a dificuldade que há na efetivação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais às pessoas com deficiência, e, assim, estabelece meios de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo destes direitos. Para tanto, cria regras obrigatórias para os Estados

Partes em diversas áreas, das quais destacam-se:

- (i) Acessibilidade - os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com

³⁴ WORLD BLIND UNION (WBU). **Press release 17**. Jun 2013. WIPO Negotiations Treaty for Blind people. Disponível em: <<http://www.worldblindunion.org/English/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 12 dez 2013.

³⁵ KNOWLEDGE ECOLOGY INTERNATIONAL (KEI). **KEI Statement on WIPO decision to hold June 2013 diplomatic conference for treaty on copyright exceptions for disabilities**. Dez 2012. Disponível em: <<http://keionline.org/node/1631>>. Acesso em 12 dez 2013.

³⁶ BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural.

(ii) Liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação - os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seu direito à liberdade de expressão e opinião, inclusive à liberdade de buscar, receber e compartilhar informações e ideias, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas e por intermédio de todas as formas de comunicação de sua escolha, conforme o disposto no Artigo 2 da presente Convenção, entre as quais: a) Fornecer, prontamente e sem custo adicional, às pessoas com deficiência, todas as informações destinadas ao público em geral, em formatos acessíveis e tecnologias apropriadas aos diferentes tipos de deficiência;

(iii) Educação - os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. (...) 2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que: (...) c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;

(iv) Participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte - 1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência de participar na vida cultural, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e tomarão todas as medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência possam: a) Ter acesso a bens culturais em formatos acessíveis; (...) 3.Os Estados Partes deverão tomar todas as providências, em conformidade com o direito internacional, para assegurar que a legislação de proteção dos direitos de propriedade intelectual não constitua barreira excessiva ou discriminatória ao acesso de pessoas com deficiência a bens culturais. (grifos nossos)

Observa-se repetidamente no texto que a questão relacionada a adaptação das obras em formato acessível às pessoas com deficiência é fundamental para garantia, além do próprio direito de acesso, da liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação, da educação e da participação na vida cultural.

Nota-se ainda o reconhecimento de que a propriedade intelectual pode constituir uma barreira excessiva ou discriminatória ao acesso de pessoas com deficiência a bens culturais, devendo-se, assim, orientar as legislações de forma a não anular tais garantias fundamentais.

Do exposto, tanto em relação aos dados colocados, quanto a realidade expressa na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é possível identificar nos direitos autorais entraves para a adaptação de obras em formatos mais utilizados por cegos, como o áudio book, o sistema Braille, e os livros em formato digital denominados Daisy (*Digital Accessible Information System*).

Em primeiro lugar, o direito autoral constitui em um direito de exclusivo, isto é, o autor possui o direito de explorar sozinho sua criação intelectual, ou conceder a um terceiro autorização para tanto.

Como consequência, cabe ao titular do direito estipular o preço que cobrará pelo acesso a sua obra, o que pode dar ensejo a valores bastante elevados tratando-se de obras para um público mais escasso, como o de cegos e de pessoas com deficiência visual.

O próprio tipo de mercado, acompanhado dos custos para transformar uma obra acessível, a exemplo do Braille, também pode ser uma razão para que os autores não tenham a intenção de produzir e comercializar tais obras.

No campo do direito autoral, existe ainda a necessidade de autorização para adaptação da obra do autor para os formatos citados acima, visto que, a adaptação é uma transformação, que costumam ser precedidas de tal autorização, como é o caso da exigência da lei brasileira de direito autoral, em seu artigo 29, inciso III³⁷.

Tal autorização pode ser completamente inviável em decorrência de diversos fatores, tais como, o desinteresse do próprio autor em conceder a autorização, valores muito altos cobrados pelo licenciamento, obras cuja autoria é desconhecida ou de difícil localização.

No Brasil, existe uma limitação, no artigo 46, inciso I, alínea d, que diz que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais,

³⁷ Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...) III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

Para Plínio Cabral: Não há dúvida, portanto: a utilização da obra, seja de que forma for, depende da autorização 'prévia e expressa do autor', cujos privilégios legais não se alteram nem desaparecem em face dos meios utilizados para sua reprodução ou adaptação."

sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários.

Apesar da iniciativa de prevê exceção para deficientes visuais, José de Oliveira Ascensão, alerta para o fato de que a lei, que mantém de forma próxima tal redação no seu projeto de reforma, não permite o intuito de lucro direto ou indireto. Como diz o autor:

Pensamos que esta limitação é mesquinha. É verdade que não é mais o uso privado que está em causa, mas não é isto que vai de qualquer modo prejudicar a exploração normal da obra, dada a franja reduzida de mercado que pode ser afetada. Mas vai, isso sim, encarecer a adaptação às necessidades dos deficientes e com isto agravar a condição destes. Um objetivo de solidariedade deveria antes deixar funcionar a livre concorrência, assegurando a disponibilidade destas obras para colher o benefício da redução de preços que pode trazer. A este propósito convém recordar que o Brasil tomou como objetivo prioritário da sua política externa em tema de Direito Autoral a aprovação de um tratado internacional nesta matéria de proteção dos deficientes. É o objetivo que tem prosseguido tenazmente junto da OMPI. Com que coerência se poderia defender esta política no foro externo, se na ordem interna as necessidades dos deficientes são subordinadas a interesses de ordem mercantil, sem nenhum caráter de essencialidade?³⁸

Outros problemas deste inciso são reconhecidos pelo próprio Ministério da Cultura, órgão que lidera a reforma da lei:

Com a modernização, a ideia é ampliar essa possibilidade para pessoas com qualquer tipo de deficiência, garantindo assim uma lei mais justa ao cidadão. Esta autorização faz parte das limitações encontradas no texto atual, presentes no artigo 46 dessa legislação, que diz não consistir ofensa aos direitos autorais a reprodução de obras em formatos acessíveis, para uso exclusivo de pessoas com deficiência visual, desde que tal uso não tenha fins comerciais. Porém, para realizar uma reprodução em um formato acessível (braille, audiolivro ou outro) é quase sempre necessário fazer uma adaptação e, muitas vezes, uma distribuição, ou uma comunicação, ao público. Isso a lei atual não contempla.³⁹

Apesar de várias legislações nacionais, a exemplo da brasileira, preverem limitações de direito autoral para cegos e pessoas com deficiência,

³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. A proposta do MinC de reforma da LDA: as limitações aos direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos. **Por que mudar a lei de direito autoral?** Estudos e pareceres. Florianópolis: Boiteux, 2011. p. 121.

³⁹ MINISTÉRIO DA CULTURA. Uma lei para todos: Revisão da LDA quer ampliar acesso de pessoas com deficiência a conteúdos culturais. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/tag/acessibilidade/>>. Acesso em: 12 dez 2013.

ressalta-se, no entanto, que a troca de cópias já adaptadas para deficientes visuais entre países não ocorre, o que facilitaria o acesso, principalmente entre países que falam a mesma língua.⁴⁰

6 O TRATADO DE MARRAKESH

6.1 *Background*

As preocupações aventadas sobre limitações ao direito de autor para pessoas cegas ou com deficiência visual foram objeto de intenso debate, nos últimos 5 anos (2009-2013), na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que culminou com o Tratado de Marrakesh, assinado em 28 de junho de 2013.

O Tratado de Marrakesh, que tem o objetivo de facilitar o acesso às obras publicadas para as pessoas cegas, deficientes visuais, ou com outra forma de deficiência, foi proposto pela primeira vez em maio de 2009 pelo Brasil, Equador e Paraguai, no âmbito do *Standing Committee on Copyright and Related Rights* (SCCR) da OMPI, e foi baseado em texto criado pela União Mundial de Cegos.⁴¹ Posteriormente, tornou-se uma ação conjunta entre as Delegações do Brasil, do Paraguai, do Equador, Argentina e México, apoiada pelo Grupo de países da América Latina e do Caribe.

As negociações envolveram, de um lado, o problema de todos os países do globo, principalmente dos em desenvolvimento, em ter poucas publicações em formato acessível a pessoas cegas e com deficiência visual, e, do outro, a indústria editorial. Interessante notar que o Tratado de Marrakesh foi precedido e acompanhado pelas negociações de outros dois acordos, um sobre radiodifusão, que ocupou espaço no SCCR/OMPI dez anos sem nunca ter chegado a uma Conferência Diplomática por falta de consenso em alguns termos pelos países, e, outro, sobre performances audiovisuais consubstanciado no Tratado de Pequim⁴².

⁴⁰ KNOWLEDGE ECOLOGY INTERNATIONAL (KEI). **KEI Statement on WIPO decision to hold June 2013 diplomatic conference for treaty on copyright exceptions for disabilities.** Dez 2012. Disponível em: <<http://keionline.org/node/1631>>. Acesso em 12 dez 2013

⁴¹ http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_18/sccr_18_5.pdf

⁴² As negociações do Tratado de Marrakesh ocorriam paralelamente, e eram realizadas no mesmo Comitê que discutia proteção de organismos de radiodifusão e da proteção das performances audiovisuais.

Inicialmente a maior oposição às negociações ocorreu por parte da União Europeia, que julgava ser necessário ter mais dados sobre a relação entre direito autoral e falta de livros acessíveis a pessoas cegas e com deficiência.

O Grupo Africano temiam que tais negociações minassem outras tratativas no campo das limitações e exceções, como para arquivos de bibliotecas, educação ou pesquisa, propondo, em seguida, um texto de limitação e exceções que tratavam também destes outros temas.

Por outro lado, ouve o apoio do Estados Unidos para levar a questão adiante, apesar da sua proposta inicial ter sido completamente refutada pelo Brasil por apresentar apenas soluções intermediárias (*soft law solution*).⁴³

Ao final da vigésima sessão do SCCR/OMPI, ocorrida entre 21 a 24 de junho, em Genebra, já haviam 4 propostas para o Tratado, a saber, a primeira feita pelo Brasil, Equador e Paraguai, outra feita pelo Grupo Africano, outra dos Estados Unidos (*consensus instrument*), e outra da União Europeia (*draft joint recommendation*) que recomendava a melhoria do acesso a obras protegidas por direitos de autor para pessoas com deficiência de impressão aumentando o número e a variedade de obras em formato acessível na medida em que não existe um produto comercial apropriado em oferta.⁴⁴

As negociações que seguiram nas demais sessões levaram em consideração em como realizar um tratado sobre limitações e exceções em equilíbrio com os direitos dos autores.

Assim, muito se discutiu sobre a interpretação da regra dos três passos presente na Convenção de Berna e no Acordo TRIPS, o que foi denominado de *Berna Gap* ou *three-step test gap*. Levantado por países desenvolvidos, o *Berna Gap* diz respeito aos países que não são parte de nenhum dos tratados internacionais de direitos autorais e como garantir que esses países ofereçam garantias se receberem obras em formato acessível.

⁴³ INTELLECTUAL PROPERTY WATCH. Disponível em: <<http://www.ip-watch.org/2009/12/22/big-step-forward-on-treaty-for-the-visually-impaired-at-wipo/>> e <<http://www.ip-watch.org/2010/06/22/high-expectations-this-week-for-progress-on-exceptions-and-limitations-at-wipo/>>. Acesso em 15 dez 2013.

⁴⁴ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Disponível em: <http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=20200>. Acesso em 15 dez 2013. Lista comparando as diversas propostas pode ser encontrado em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_22/sccr_22_8.pdf>. Tais propostas foram a base para toda a discussão sobre a matérias nas demais sessões do SCCR/OMPI.

Buscava-se trazer para o Tratado a regra dos três passos, complementando o que já havia na Convenção de Berna e no Acordo TRIPS ou de forma a criar um novo padrão para este teste⁴⁵. Outros grandes temas relacionavam-se a disponibilidade comercial, troca transfronteiriça de cópias em formato acessível, medidas tecnológica de proteção, e a inclusão do conceito de *fair use*.⁴⁶

Em novembro de 2012, o SCCR/OMPI aprovou o documento denominado "Projeto de texto de um instrumento internacional / tratado sobre limitações e exceções para pessoas com deficiência visual / pessoas com deficiência de impressão" (documento SCCR/25/2)⁴⁷, e concordou em recomendar que a Assembleia Geral da OMPI, que seria convocada em Sessão Extraordinária em 17 e 18 de dezembro do mesmo ano, avaliasse o texto desse documento e decidisse pela convocação de uma conferência diplomática em 2013 para adotar tal proposta de tratado.⁴⁸

Assim, na décima segunda Assembleia Geral da OMPI, houve a decisão de convocar uma Conferência Diplomática para negociar e adotar um tratado sobre limitações e exceções para pessoas com deficiência visual, que seria realizada em junho de 2013, em Marrakesh, no Marrocos.⁴⁹ E no último dia da Conferência Diplomática desta Organização o Tratado foi assinado.

O sentimento de entusiasmo e felicidade tomou conta de todos os participantes da Conferência, e foi possível acompanhar de todo o globo a empolgação dos que trabalharam e conseguiram alcançar o resultado

⁴⁵ KNOWLEDGE ECOLOGY INTERNATIONAL (KEI). **What does the Three Step Test NOT apply to, under the Berne Convention and the TRIPS Agreement? Marrakesh Note 6.** Disponível em: <<http://keionline.org/sites/default/files/Provisionsnotsubjecttothreestepstest.pdf>>. Acesso em 16 dez 2013.

⁴⁶ INTELLECTUAL PROPERTY WATCH. Disponível em: <<http://www.ip-watch.org/2013/06/14/test-of-political-flexibility-in-final-lap-for-wipo-treaty-for-the-blind/>>. Acesso em: 15 dez 2013.

⁴⁷ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Draft text of an international instrument/treaty on limitations and exceptions for visually impaired persons/persons with print disabilities. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_25/sccr_25_2_rev.pdf>. Acesso em 15 dez 2013.

⁴⁸ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Draft Report. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_25/sccr_25_3_prov.pdf>. Acesso em 15 dez 2013.

⁴⁹ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Draft Report. Report: adopted by the General Assembly. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_42/wo_ga_42_3.pdf>. Acesso em 15 dez 2013.

consolidado no Tratado, uma vitória dos direitos humanos. Mas, apesar de ter sido assinado por mais de 50 países, para que o Tratado se torne efetivo, é necessário que ao menos 20 destes países o ratifiquem.

6.2 O Tratado

Além de objetivar o fim da “fome de livro”, termo utilizado pela União Mundial de Cegos e pela delegação brasileira sobre a situação de escassez de obras em formatos acessíveis para pessoas cegas e com deficiência visual, o grande marco deste Tratado deve-se ao fato de ser o primeiro acordo internacional sobre limitações e exceções aos direitos de propriedade intelectual no âmbito do regime multilateral de propriedade intelectual.⁵⁰

Após os considerando, que explicam a conjuntura que levou a feitura do Tratado, os artigos 2 e 3 trazem definições fundamentais para os termos utilizados no Tratado, como o de “obras”, “cópia em formato acessível”, “entidade autorizada”, e “pessoa beneficiária” (cego, deficiente visual e outra deficiência),

A limitação criada no artigo 4 diz respeito a possibilidade das leis nacionais das Partes Contratantes, com bastante autonomia, permitirem o direito de reprodução, de distribuição, bem como o de colocar à disposição do público, nos termos do Tratado de Direitos Autorais da OMPI (WCT), a fim de facilitar a disponibilidade de trabalhos em cópias de formato acessível. E poderá ser cumprida por meio de uma entidade autorizada, nos termos do artigo 4.2(a), ou a pessoa beneficiário ou alguém agindo em seu nome pode fazer uma cópia em formato acessível para o uso da pessoa beneficiária [artigo 4.2(b)], ou o país poderá estabelecer outras limitações ou exceções em sua legislação nacional de direitos de autor nos termos dos artigos 10 e 11, que serão analisados adiante.

Ainda sobre uso doméstico, o artigo 4(4) e 4(5) colocam que os países poderão restringir as limitações ou exceções às obras que, no formato

⁵⁰ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas para Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou outras Deficiências para o Acesso ao Texto Impresso. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/tratado-de-marraqueche-para-facilitar-o-acesso-a-obras-publicadas-para-pessoas-cegas-com-deficiencia-visual-ou-outras-deficiencias-para-o-acesso-ao-texto-impresso>>. Acesso em: 14 dez 2013.

acessível de forma privada, não podem ser obtidos comercialmente sob condições razoáveis para as pessoas beneficiária nesse mercado, e que deve consistir em uma questão de direito nacional determinar se as limitações ou exceções previstas no artigo 4 são objeto de remuneração.

O artigo 5 diz respeito a formas de implementação do artigo 4 por meio troca transfronteiriça de cópias em formato acessível, isto é, a possibilidade das legislações nacionais permitirem uma entidade autorizada a exportar uma cópia em formato acessível a uma pessoa beneficiária ou a uma entidade autorizada em outra Parte Contratante, que podem realizar isto tanto como sugere o artigo 5.1, como por outros meios.

Da mesma forma como é possível exporta obras em formato acessível, o artigo 6 torna possível a importação de tais obras, nos mesmo termos do artigo 5. Assim, as legislações nacionais poderão permitir que entidades autorizadas ou pessoas beneficiárias importem cópias em formato acessível a partir de outras Partes Contratantes.

Outra assunto que era de preocupação na época das negociações diz respeito às medidas tecnológicas de proteção, objeto do artigo 7, deixando claro que medidas de neutralização não poderão impedir as pessoas beneficiárias de desfrutar das limitações e exceções previstas no Tratado.

O artigo 8 preocupa-se em garantir o respeito a privacidade das pessoas beneficiárias da mesma forma que é garantido a outros. E o artigo 9 procura delimitar formas de facilitar o intercâmbio de obras adaptadas entre as Partes Contratantes para a realização dos objetivos do Tratado.

Já quanto a implementação destacam-se os artigos 10 (Princípios gerais sobre a Implementação) e 11 (Obrigações gerais sobre Limitações e Exceções).

No primeiro, as Partes Contratantes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para assegurar a aplicação do Tratado, sendo livres para determinar a forma apropriada para tanto dentro do seu próprio sistema e

prática jurídicas, podendo incluir determinações judiciais, administrativas ou regulamentares para o benefício das pessoas beneficiárias assim como para práticas justas, negociações ou usos para atender suas necessidades consistentes com os direitos e as obrigações das Partes Contratantes nos termos da Convenção de Berna, de outros tratados internacionais, e no artigo 11.

O artigo 11, que basicamente repete o artigo 1, e que reflete a situação provocada pelo *Berna Gap*, prevê que ao adotar as medidas necessárias para assegurar a aplicação do Tratado, uma Parte Contratante poderá exercer os direitos e deverá cumprir com as obrigações que essa Parte Contratante tem no âmbito da Convenção de Berna, do Acordo TRIPS e do Tratado de Direitos Autorais da OMPI (WCT), incluindo seus acordos interpretativos.

Por fim, o artigo 12 estabelece que as Partes Contratantes reconhecem que uma Parte Contratante poderá implementar no seu direito interno outras limitações e exceções em direito autoral para o benefício de pessoas beneficiária que são fornecidos pelo Tratado tendo em conta que a situação económica da Parte Contratante, e suas necessidades sociais e culturais, em conformidade com os direitos e obrigações da Partes Contratantes, e no caso de países menos desenvolvidos levando em conta suas necessidades especiais e particularmente os seus direitos e obrigações internacionais e flexibilidades dos mesmos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Limitações para cegos e pessoas com deficiência visual corroboram com a perspectiva de que não cabe pensar uma propriedade intelectual desvencilhada dos problemas sofridos por todo o globo, como a falta de alimento, a morte de milhões por não possuírem recursos para pagar

tratamentos médicos caros, e, na perspectiva deste artigo, a exclusão de deficientes por não poderem ter acesso à obras não adequadas às suas necessidades.

Estes são desafios transnacionais e o avanço tecnológico supostamente deveria levar a humanidade à superação destes problemas e ao desenvolvimento conjunto de todas as nações, garantindo a própria sustentabilidade dos seres humanos.

É inconcebível a criação de tecnologias, como o áudio book ou o sistema Daisy, que não possam ser utilizadas por estarem indisponíveis no mercado por questões de interesses monopolísticos injustificados.

Ressalta-se que o Tratado foi alcançado em um fórum multilateral com transparência e acesso aos textos e negociações tanto pelos países como por organizações não governamentais, contrariamente ao que se observa no cenário internacional com as negociações do *Anti-counterfeiting Trade Agreement* (ACTA) e do *Trans Pacific Partnership* (TPP). Isto garante a legitimidade do Tratado e é uma das características que o torna equilibrado.

O Tratado também inaugura outra fase de implementação da Agenda do Desenvolvimento da OMPI, e abre espaço para negociação de outros tratados no SCCR sobre limitações e exceções, particularmente, um para bibliotecas e arquivos, e o outro no ensino, instituições de ensino e pesquisa, e pessoas com outras deficiências.

O Brasil, como Parte Contratante e como um dos maiores atores para consecução do Tratado de Marrakesh, deverá urgentemente providenciar a ratificação do referido Tratado, bem como levar em conta na formulação da revisão da lei de direitos autorais o conteúdo adotado.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.^a Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

_____. O direito autoral em perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos; DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. (Org.). **Estudos de direito de autor: a revisão da lei de direitos autorais**. Florianópolis: Boiteux, 2010.

- _____. A proposta do MinC de reforma da LDA: as limitações aos direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos. **Por que mudar a lei de direito autoral?** Estudos e pareceres. Florianópolis: Boiteux, 2011.
- BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.
- CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais.** Porto Alegre : Editora Sagra Luzzatto, 1998.
- COLOMBET, Claude. **Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo.** 3.ª ed. Madrid : Editorial CINDOC-UNESCO, 1990.
- COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil.** São Paulo : FDT, 1998.
- GANDELMAN, Henrique, **De Gutemberg à Internet. Direitos autorais na era digital.** 4.ª ed. Rio de Janeiro : Editora Record, 2001.
- INTELLECTUAL PROPERTY WATCH. Disponível em: <<http://www.ip-watch.org/2009/12/22/big-step-forward-on-treaty-for-the-visually-impaired-at-wipo/>> e <<http://www.ip-watch.org/2010/06/22/high-expectations-this-week-for-progress-on-exceptions-and-limitations-at-wipo/>>. Acesso em 15 dez 2013.
- _____. Disponível em: <<http://www.ip-watch.org/2013/06/14/test-of-political-flexibility-in-final-lap-for-wipo-treaty-for-the-blind/>>. Acesso em: 15 dez 2013.
- KNOWLEDGE ECOLOGY INTERNATIONAL (KEI). **KEI Statement on WIPO decision to hold June 2013 diplomatic conference for treaty on copyright exceptions for disabilities.** Dez 2012. Disponível em: <<http://keionline.org/node/1631>>. Acesso em 12 dez 2013.
- _____. **What does the Three Step Test NOT apply to, under the Berne Convention and the TRIPS Agreement?** Marrakesh Note 6. Disponível em: <<http://keionline.org/sites/default/files/Provisionsnotsubjecttothreestepstest.pdf>>. Acesso em 16 dez 2013.
- MANSO, Eduardo J.V., **O que é Direito Autoral.** São Paulo : Editora Brasiliense, 1987.
- MINISTÉRIO DA CULTURA. **Uma lei para todos:** Revisão da LDA quer ampliar acesso de pessoas com deficiência a conteúdos culturais. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/tag/acessibilidade/>>. Acesso em: 12 dez 2013.
- MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas para Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou outras Deficiências para o Acesso ao Texto Impresso. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/tratado-de-marraqueche-para-facilitar-o-acesso-a-obras-publicadas-para-pessoas-cegas-com-deficiencia-visual-ou-outras-deficiencias-para-o-acesso-ao-texto-impresso>>. Acesso em: 14 dez 2013.
- OLAGNIER, Paul. **Ledroit d'auteur.** Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudende. Tomo II, 1934, p. 4; STOYANOVITCH. **Le droit d'auteur dans les rapports entre la France et les pays socialistes.** Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1959.

PIMENTA, Eduardo S. **Código de Direitos Autorais e acordos internacionais**. São Paulo : LEUJS, 1998.

POSNER, Richard A.; LANDES, William M. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Massachusetts: Belknap, 2003.

SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais: uma interpretação Civil-Constitucional dos limites da proteção jurídica**: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campo, 2006.

_____. **Direito autorais e as obras audiovisuais: entre a proteção e o acesso**. In: SCHREIBER, Anderson (Coor.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

QUINTANS, Luiz Cezar P. **Direito da empresa**. Rio de Janeiro : Freiras Bastos, 2003.

VANCONCELOS, Cláudio Lins. **Novos rumos do direito autoral brasileiro**. In: NALINI, José Renato (Org.). **Propriedade Intelectual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VICENTE, Dário Moura. **A tutela internacional da propriedade intelectual**. Coimbra: Almedina, 2008.

WORLD BLIND UNION (WBU). **Press release 17**. Jun 2013. WIPO

Negotiations Treaty for Blind people. Disponível em:

<<http://www.worldblindunion.org/English/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 12 dez 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Visual impairment and blindness**.

Fact Sheet N°282. Disponível em:

<<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs282/en/>>. Acesso em: 12 dez 2013.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Disponível em:

<http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=20200>. Acesso em

15 dez 2013. Lista comparando as diversas propostas pode ser encontrado em:

<http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_22/sccr_22_8.pdf>. Tais

propostas foram a base para toda a discussão sobre a matérias nas demais sessões do SCCR/OMPI.

_____. **Draft text of an international instrument/treaty on limitations and exceptions for visually impaired persons/persons with print disabilities**. Disponível em: <

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_25/sccr_25_2_rev.pdf>.

Acesso em 15 dez 2013.

_____. **Draft Report**. Disponível em:

<http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_25/sccr_25_3_prov.pdf>.

Acesso em 15 dez 2013.

_____. **Draft Report. Report: adopted by the General Assembly**.

Disponível em:

<http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_42/wo_ga_42_3.pdf>.

Acesso em 15 dez 2013.