

MARCOS WACHOWICZ
Organizador

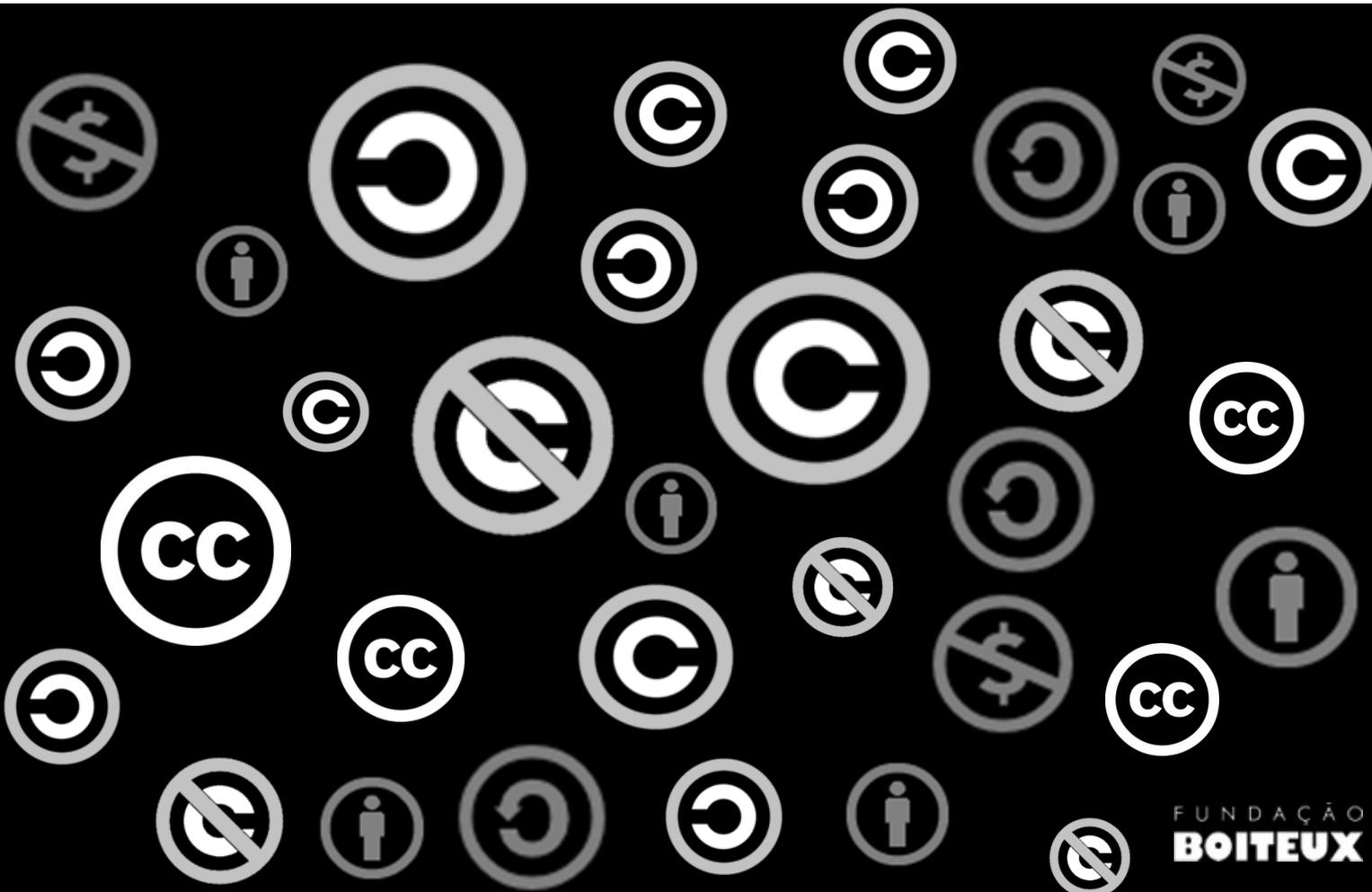
Por que mudar a Lei de Direito Autoral?

ESTUDOS E PARECERES

Versão Digital

Colaboradores

Alexandre R. Pessler
Christiano Lacorte
Denis Borges Barbosa
Gert Würtenberger
Guilherme Coutinho
José de Oliveira Ascensão
Karin Grau-Kuntz
Luiz Gonzaga S. Adolfo
Marcos Wachowicz
Newton Silveira
Rangel Trindade



MARCOS WACHOWICZ
COORDENADOR

POR QUE MUDAR A LEI DE DIREITO AUTORAL?

ESTUDOS E PARECERES

Versão Digital



Grupo de Estudos em
**Direito Autoral
e Informação**
UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina



FUNDAÇÃO
BOITEUX



FLORIANÓPOLIS
EDITORA FUNJAB
2011

[RECURSO ELETRÔNICO - EBOOK - VERSÃO ELETRÔNICA REVISADA]

P832 Por que mudar a lei de direito autoral? : estudos e pareceres / Marcos Wachowicz organizador. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2011. 280p. 2ª. Tiragem

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-7840-048-4

1. Direitos autorais. 2. Propriedade intelectual. 3. Projetos de lei.
I. Wachowicz, Marcos.

CDU: 347.78

Catálogo na publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

Editora Fundação Boiteux

Conselho Editorial

Luiz Carlos Cancellier de Olivo
Eduardo de Avelar Lamy
José Isaac Pilati

João dos Passos Martins Neto
Horácio Wanderley Rodrigues
José Rubens Morato Leite

Secretária executiva

Thálita Cardoso de Moura

Capa

Arte: Christiano Lacorte
Projeto gráfico: Studio S

Diagramação e revisão

Luiza Morena Moraes
Gabriela Arenhart
Sarah Helena Linke

Endereço UFSC – CCJ - 2º andar – Sala 216
Campus Universitário – Trindade
Caixa Postal: 6510 – CEP: 88036-970 Florianópolis – SC
E-mail: livraria@funjab.ufsc.br - Site: www.funjab.ufsc.br

Esta obra é distribuída por meio da Licença **Creative Commons 3.0**
Atribuição/Usos Não-Comerciais/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil



MARCOS WACHOWICZ
COORDENADOR

POR QUE MUDAR A LEI DE DIREITO AUTORAL?

ESTUDOS E PARECERES

Versão Digital

Colaboradores

Alexandre R. Pessler

Christiano Lacorte

Denis Borges Barbosa

Gert Würtenberger

Guilherme Coutinho

José de Oliveira Ascensão

Karin Grau-Kuntz

Luiz Gonzaga S. Adolfo

Marcos Wachowicz

Newton Silveira

Rangel Trindade

FLORIANÓPOLIS
EDITORA FUNJAB
2011

Apresentação

É com orgulho que se apresenta a construção e amadurecimento de um pensamento coletivo que agora culmina com a versão digital (eBook), revisada, sob o título “**Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres**”.

Trata-se de uma obra que reúne de forma clara e objetiva, artigo por artigo, os estudos realizados pelo **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação – GEDAI**, nos ciclos de debates ocorridos no transcorrer do último ano, somados aos pareceres dos professores **José de Oliveira Ascensão, Newton Silveira, Denis Borges Barbosa, Karin Grau-Kuntz, Gert Würtenberger e Luiz Gonzaga S. Adolfo**.

Aqui nesta obra coletiva, o leitor encontrará o trabalho organizado pelo do **Grupo de Pesquisa de Direito Autoral e Informação – GEDAI**, que viabilizou debates em inúmeros seminários, trocas de ideias nos fóruns realizados nos últimos anos, que culminaram para que determinadas questões tenham aflorado em congressos, em ciclos de debates. E, aqui destaco a participação de **Alexandre Pesserl, Guilherme Coutinho, Christiano Lacorte e Rangel Trindade**.

Agradeço em especial a dedicação e o trabalho de **Amanda Madureira, Heloisa Medeiros, Sarah Helena Linke e Gabriela Arenhart** que participaram em vários momentos, nos ciclos de debates, nos seminários e nos workshops realizados, num esforço coletivo para aprofundar as discussões e apresentar uma contribuição consistente para o avanço e modernização da legislação autoral brasileira, o que foi, efetivamente, alcançado na presente obra. Fica o agradecimento também à **Kamila Brandl e Kelly Batistella** pelo auxílio imprescindível na relatoria do Ciclo de Debates.

Esta obra, contudo, reveste-se de algumas peculiaridades que devem ser destacadas. O tema da obra vai ao encontro do eixo temático que envolve a linha de pesquisa Sociedade da Informação e Propriedade Intelectual do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Aqui consigno o esforço dos todos os professores e alunos do nosso PPGD/UFSC.

Também cabe ressaltar o apoio do **Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – IBPI, FAPEU, Fundação Boiteux, Ministério da Cultura** e os recursos recebidos da **CAPES** – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

Esta obra, revisada e agora em formato digital (eBook), visando a mais ampla difusão e acesso, se dirige ao leitor com a intenção de fomentar a reflexão sobre os novos conceitos imanentes da Sociedade Informacional, com vistas a propiciar a formulação de suas próprias conclusões e convicções, num momento em que o país vivencia um grande debate sobre a necessidade de mudança da legislação autoral.

A revisão da Lei Autoral é necessária para um novo equilíbrio entre interesses públicos e privados.

Marcos Wachowicz
Professor de Direito do PPGD/UFSC
Coordenador do GEDAI/UFSC

SUMÁRIO

PARTE I

Estudos para a revisão da Lei de Direito Autoral

Marcos Wachowicz
Guilherme Coutinho
Alexandre Pessler
Christiano Lacorte
Rangel Trindade

Introdução	13
Capítulo 1 – Estudos para a revisão da Lei de Direito Autoral	21
1.1. <i>Disposições Preliminares</i>	21
Capítulo 2 – Das obras intelectuais	37
2.1. <i>Das obras protegidas</i>	37
2.2. <i>Da autoria das obras intelectuais</i>	42
2.3. <i>Do registro das obras intelectuais.....</i>	45
Capítulo 3 – Dos Direitos do Autor	47
3.1. <i>Das obras protegidas</i>	47
3.2. <i>Dos direitos do autor</i>	47
3.3. <i>Dos direitos patrimoniais do autor e de sua duração</i>	50
3.4. <i>Das limitações aos direitos autorais</i>	58
3.5. <i>Da transferência dos direitos de autor</i>	66
3.6. <i>Da obra sob encomenda ou decorrente de vínculo</i>	69
3.7. <i>Das licenças não voluntárias</i>	71
Capítulo 4 – Da utilização de obras intelectuais e dos fonogramas	75
4.1 <i>Da edição</i>	75
4.2 <i>Da comunicação ao público</i>	77
4.3 <i>Da utilização da obra de arte plástica.....</i>	80
4.4 <i>Da utilização da obra fotográfica.....</i>	80
4.5 <i>Da utilização de fonograma.....</i>	80
4.6 <i>Da utilização da obra audiovisual.....</i>	81
4.7 <i>Da utilização de base de dados</i>	82
4.8 <i>Da utilização da obra coletiva</i>	82
4.9 <i>Da reprografia</i>	83
Capítulo 5 – Dos Direitos Conexos	85
5.1 <i>Disposições preliminares</i>	85
5.2 <i>Dos direitos dos artistas, intérpretes ou executantes</i>	85
5.3 <i>Dos direitos dos produtores fonográficos</i>	87
5.4 <i>Dos Direitos da Empresas de Radiodifusão.....</i>	88
5.5 <i>Da duração dos direitos conexos</i>	88
Capítulo 6 – Das associações de titulares de direitos de autor e dos que lhe são conexos.....	89
Capítulo 7 – Das sanções às violações dos direitos autorais.....	95
7.1 <i>Disposição preliminar</i>	95
7.2 <i>Das sanções civis.....</i>	96
7.3 <i>Da prescrição da ação.....</i>	100
Capítulo 8 – Disposições finais e transitórias.....	101

PARTE II

Pareceres sobre a revisão da Lei de Direito Autoral

Capítulo 9 – Cláusulas gerais de harmonização dos direitos autorais com outros diplomas legais (artigos 1 a 4 da proposta)	105
<i>José de Oliveira Ascensão</i>	
<i>O enquadramento geral da Proposta.....</i>	<i>105</i>
<i>Os princípios gerais reclamados.....</i>	<i>109</i>
<i>A interpretação restritiva dos negócios jurídico relativos a direitos autorais</i>	<i>110</i>
Capítulo 10 – A proposta do MinC de reforma da LDA: as limitações aos direitos autorais..	115
<i>José de Oliveira Ascensão</i>	
<i>O enquadramento geral.....</i>	<i>115</i>
<i>Matérias alheias ao direito de autor. O uso privado.....</i>	<i>118</i>
<i>As limitações à reprodução para uso privado</i>	<i>121</i>
<i>A interdependência de compensação por reprografia e liberdade da cópia privada.....</i>	<i>124</i>
<i>Obra inspirada em obra precedente e apropriação de obra alheia.....</i>	<i>125</i>
<i>Utilizações para ensino e pesquisa científica.....</i>	<i>128</i>
<i>Tentativas de ampliação dos limites além das hipóteses tipificadas na lei</i>	<i>133</i>
<i>O espírito da Proposta inicial e o da Proposta consolidada</i>	<i>137</i>
<i>A digitalização de obras.....</i>	<i>138</i>
<i>Os acervos digitais.....</i>	<i>139</i>
<i>Conclusões.....</i>	<i>142</i>
Capítulo 11 – A supervisão de gestão coletiva na reforma da LDA.....	143
<i>José de Oliveira Ascensão</i>	
<i>O enquadramento.....</i>	<i>143</i>
<i>Limitação da LDA à disciplina fundamental em matéria de gestão coletiva</i>	<i>146</i>
<i>Os pressupostos.....</i>	<i>147</i>
<i>A regulamentação das entidades</i>	<i>150</i>
<i>A supervisão.....</i>	<i>153</i>
<i>Os processos digitais e o retorno do protagonismo do autor.....</i>	<i>155</i>
Capítulo 12 – Proposta de reforma da lei dos direitos autorais do Brasil no enquadramento internacional	159
<i>José de Oliveira Ascensão</i>	
<i>Introdução.....</i>	<i>160</i>
<i>Âmbito de análise.....</i>	<i>160</i>
<i>O tratado da OMPI sobre o direito de autor.....</i>	<i>162</i>
<i>O tipo de análise a empreender.....</i>	<i>164</i>
<i>O tratado da OMPI sobre interpretações e execuções e fonogramas</i>	<i>179</i>
<i>O Acordo ADPIC/TRIPS</i>	<i>199</i>
<i>O ACTA.....</i>	<i>205</i>

Capítulo 13 – Nota ao anteprojeto de lei para reforma da lei autoral submetido à consulta pública pelo Ministério da Cultura	207
<i>Newton Silveira</i>	
<i>Denis Borges Barbosa</i>	
<i>Karin Grau-Kuntz</i>	
<i>Introdução.....</i>	207
<i>Direito de Autor e Concorrência</i>	217
<i>Direito de Autor na Constituição: sobre a utilização pública e privada</i>	219
<i>Licença não voluntária.....</i>	227
Capítulo 14 – Notas sobre os sistemas de direito de autor brasileiro e alemão, tendo em consideração a perspectiva de reforma das legislações vigentes e a procura de equilíbrio de interesses	233
<i>Gert Würtenberger</i>	
<i>Karin Grau-Kuntz</i>	
<i>Sobre as reformas das leis de direito de autor brasileira e alemã.....</i>	233
<i>Sistemática de construção e interpretação do Direito de Autor: uma comparação entre o direito brasileiro e alemão</i>	237
<i>Das chamadas “limitações” do Direito de Autor.....</i>	242
<i>Remuneração compensatória.....</i>	252
<i>Sobre o usuário da obra ou ainda sobre a “crise do direito de autor”.....</i>	253
Capítulo 15 – Breve análise do projeto de nova lei de direito autoral e sugestões do GEDAI-UFSC	263
<i>Gonzaga Adolfo</i>	
<i>Sucinta introdução, com ênfase no “espírito” que norteia o projeto</i>	263
<i>Breve análise das principais alterações sugeridas pelo GEDAI/UFSC</i>	264
Sobre os autores	277

PARTE I

ESTUDOS PARA REVISÃO DA LEI DE DIREITO AUTORAL

Aviso ao Leitor

A abordagem da primeira parte da presente obra é sistêmica, observando o texto da Lei 9.610/98, as propostas do MinC e as contribuições do GEDAI/UFSC para o aprimoramento da legislação autoral brasileira.

ESTUDOS PARA REVISÃO DA LEI AUTORAL

*Marcos Wachowicz
Guilherme Coutinho
Alexandre Pessler
Christiano Lacorte
Rangel Trindade*

INTRODUÇÃO

A necessidade de revisão da Lei de Direito Autoral brasileira é muito clara quando se percebe o desequilíbrio em relação ao sentido público e privado, e também, quando se observam manifestações positivas da sociedade civil brasileira com relação a reforma da lei.

O Direito Autoral não é um direito absoluto, cujo diapasão de análise seja eminentemente privatista ou mercantilista, nem fruto de uma visão maximalista de tutela e proteção da propriedade intelectual, cujo ideário dominante foi decisivo para consolidar o Acordo TRIPs, isto no ano de 1994, no qual se estruturou a OMC sob os alçurios do livre comércio, das reduções das barreiras alfandegárias e da promoção do desenvolvimento e cooperação internacional.

Nesta perspectiva, o Brasil, na década de 90, houve por rever todo o seu marco legal de propriedade intelectual e editar novas legislações em fiel observância aos parâmetros máximos de proteção estabelecidos no Acordo TRIPs, seja pela Lei de Propriedade Industrial publicada logo em 1996, como também, pela Lei 6.910 de 1998 que reformou a Lei Autoral brasileira que vigorava desde a década de 70.

Passados quase 20 anos do Acordo TRIPs pode-se mensurar seus efeitos no sistema internacional de proteção de propriedade intelectual, que foi homogeneizado mediante a derrocada das soberanias nacionais pela força de interesses econômicos.

No Acordo TRIPs, os bens intelectuais, nomeadamente os bens tutelados pelo direito autoral, como livros, músicas, filmes que produzidos pelas indústrias de conteúdo passam a ser tratados como mercadoria no contexto do mercado globalizado.

Assim, as diretrizes de proteção nos fóruns internacionais de solução de controvérsias que são dispensadas para um conflito de exportação/importação de algodão, são idênticas às dispensado a bens intelectuais, como uma música ou um filme.

O bem intelectual tutelado pelo direito autoral é portador de valores e significados que estão intrínsecos à sua própria essência, porém, seu valor enquanto bem cultural advém da sociedade.

A obra de arte está ligada de forma indelével ao ambiente cultural da qual a obra autoral emerge, e, uma vez que esta obra circule, ou seja, uma vez que ela se torne disponível e acessível à sociedade, é que se estabelece o diálogo do autor com o seu público.

As novas tecnologias da informação, sem dúvida ampliaram sobremaneira a difusão das obras, como a Internet, que é um veículo de aproximação ímpar do autor com o seu público. Contudo, os bens intelectuais tutelados pelo direito autoral não guardam similitude aos demais produtos que são também comercializados sob as regras ditadas pela OMC.

Neste sentido, é que as questões subjacentes ao processo de reforma da legislação autoral brasileira podem ser apontadas:

- ✓ Haver-se-á de admitir que a OMPI, paulatinamente enquanto organismo internacional por excelência para ser o grande foro de

debates sobre propriedade intelectual tenha sido subjulgada à OMC?

- ✓ Será que os primados do Direito de Autor no Brasil, passados mais de 10 anos de uma visão maximalista, não devam ser revistos em seus conceitos estruturantes?
- ✓ Será que a figura tradicional, clássica, que liga a pessoa do autor à obra por ele criada é ainda válida e adequada às novas tecnologias da informação?
- ✓ Será que as novas formas de criação, de uso compartilhado e de acesso na Internet são paradigmas de uma nova sociedade, na qual o compartilhamento e a socialização do conhecimento estão na sua gênese, e que, o Direito Autoral deve fazer uma reflexão sobre o que é uso justo e quais são os interesses públicos que envolvem as questões autorais na sociedade da informação?

E, quem será que deve fazer esta reflexão?

Com certeza serão aqueles que debruçam a sua capacidade intelectual no objetivo de promover um amplo debate acadêmico sobre essas questões de fundo inerentes à nova Sociedade da Informação.

Por outro lado, também é certo, que advogar as teses econômicas de clientes ou de interesses interpostos de grupos afasta uma percepção real e sistêmica da complexidade de nossa sociedade, dificultando alcançar as soluções jurídicas adequadas para a tutela do direito autoral.

O objetivo da presente obra é fornecer a nossa comunidade acadêmica e aos juristas que se dedicam ao direito de autor, um estudo sistematizado das atuais propostas de revisão da Lei Autoral, complementado com pareceres de especialistas.

A abordagem da primeira parte da presente obra é sistêmica, observando o texto da Lei 9.610/98, as propostas do MinC e as contribuições do GEDAI para o aprimoramento da legislação autoral brasileira.

Para a compreensão Direitos Intelectuais dentro do contexto da Sociedade Informacional, é preciso ter-se claro que a Revolução da Tecnologia da Informação subjacente em nossa sociedade ao transformar o homem na sociedade, transformou também o modo dele se comunicar, viver e expressar-se. Então, as obras intelectuais ganharam novos espaços, novas dimensões. É isso que deve ser repensado quando se quer buscar uma tutela adequada para o bem intelectual na Sociedade da Informacional.

Da mesma forma que os juristas do século XIX erigiram dois marcos internacionais - Convenção de Paris (1883) e de Berna (1886) -, projetando um mundo, que após cem anos apresenta uma clara dicotomia entre países desenvolvidos, que são tecnologicamente avançados de outros que não são. Alguns destes países são como o Brasil, que têm uma diversidade cultural imensa, mas que a maior parte de sua população não têm acesso aos bens intelectuais por ela produzidos, isto porque é insipiente a colocação dessa produção intelectual no mercado interno.

O Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI), vinculado ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, promoveu um ciclo de oito debates durante os meses de junho e julho de 2010, sob a coordenação científica do Prof. Dr. Marcos Wachowicz, para discussão do projeto de alteração da Lei de Direitos Autorais (LDA) promovido pelo Ministério da Cultura (MinC) e pela Casa Civil da Presidência da República.

Além dos pesquisadores vinculados ao GEDAI, bacharéis, mestres e doutores especializados em Direito Autoral, durante os debates contamos com a presença de membros da comunidade acadêmica em geral, do escritório de direito autoral da Universidade Estadual de Santa Catarina (UDESC), de advogados que prestam serviços a entidades de gestão coletiva de direitos, da Casa Civil do governo de Santa Catarina, da sociedade civil e de representantes do Ministério da Cultura.

Os resultados obtidos e aqui publicados não representam necessariamente a visão destas entidades, mas os participantes dos encontros foram de uma ou outra forma essenciais para a discussão, e agradecemos a

todos que comungaram de nossos encontros. Pelos mesmos motivos, nem todas as sugestões aqui apresentadas obtiveram o consenso do grupo; em tais casos, optou-se pela publicação dos argumentos concorrentes.

O processo de construção deste texto – obra autoral colaborativa – demonstra a evolução do processo criativo e a relevância das obras colaborativas, em especial para a pesquisa acadêmica e a efetiva construção do conhecimento, assim como evidencia o cheque em que se encontra o próprio conceito de autoria.

Os debates foram registrados em vídeo, e secretariados em duas atas simultâneas, de forma a se obter pontos de vista distintos sobre os argumentos produzidos pelo grupo.

A partir de tais registros, o GEDAI montou uma proposta para a alteração da Lei de Direitos Autorais, enviada à Casa Civil da Presidência da República. Esta proposta foi por sua vez submetida à revisão de determinados professores, pensadores do direito autoral, os quais retornaram com seus próprios comentários, que, por sua vez, foram editados e incorporados aos registros originais. Devido à oralidade dos debates – e a conseqüente dificuldade para transportá-los para o texto – as referências aqui trazidas limitam-se aos textos legais citados, com uma bibliografia referencial indicada ao final para aqueles que gostariam de se aprofundar no estudo do tema. Os textos aqui publicados são de inteira responsabilidade do GEDAI.

Esta publicação, sistematizada e com as devidas justificativas, está sendo realizada nos moldes solicitados pelo MinC para a consulta pública, ou seja, na forma de lei comentada. Optamos por reproduzir o texto da lei atual, artigo a artigo, seguido sempre das proposições do MinC e das propostas enviadas pelo GEDAI à Casa Civil, com as respectivas justificativas. Determinadas propostas enviadas pelos professores colaboradores após o envio do documento à Casa Civil foram anotadas como comentários.

Nossas contribuições não se limitaram aos pontos de reforma propostos pelo MinC, mas à uma leitura criteriosa da Lei; foram estudados também itens de

importância que não entraram na consulta pública, como a questão das obras produzidas pela administração pública – Art. 44-A – e ainda determinadas definições legais que a nosso ver solicitavam melhor redação técnica. Dois tópicos polêmicos merecem comentário, por sua relevância:

a) **dos prazos protecionais:** as conclusões obtidas foram de que não existe previsão legal nos tratados e acordos internacionais dos quais o Brasil seja signatário que exijam um prazo protetivo maior do que cinquenta anos após a morte do autor, e, neste sentido, qualquer proteção que exceda tal prazo significa um avanço desnecessário de interesses privados sobre o domínio público. Entretanto, de forma a proteger os titulares de direitos que explorem obras cujos autores tenham falecido há mais de cinquenta e menos de setenta anos, foi sugerida a criação de uma regra de transição (Art. 112-A) que garantiria a proteção de tais obras pelo seu prazo remanescente (sob a lei atual), bastando para tanto que seus titulares manifestem interesse em tal proteção.

b) **da reprografia:** a proposta do MinC prevê que os operadores de fotocopiadoras deverão não apenas obter permissões dos representantes das editoras, mas também deverão identificar quais seriam as obras para cujos usos não se reputa necessária autorização prévia (como aquelas previstas no Art. 46, por exemplo). Tal mecanismo nos parece fadado ao insucesso, pois não nos parece crível que os operadores das fotocopiadoras terão condições de decidir questões relativas ao *status* do direito autoral sobre obras fora de catálogo, por exemplo. Assim, a sugestão aposta é de inverter a lógica da operação: ao invés dos estabelecimentos terem que obter previamente inúmeras autorizações em todo o território brasileiro e decidir se determinada obra está ou não protegida, deverão obter apenas listas que centralizarão as obras protegidas, as quais serão disponibilizadas pelos interessados. A partir da consulta de tais listas, poderão praticar tabelas de preços diferenciadas, e deverão manter registro contábil de tais operações. Os interessados poderão fiscalizar estas práticas, nos moldes do que hoje ocorre com outras categorias de gestão coletiva de direitos.

As demais alterações propostas encontram-se no corpo do texto abaixo.

Gostaríamos de tornar público o nosso agradecimento a todos os coautores deste texto, e em especial à equipe de organização e secretaria dos debates realizados. Esperamos desta forma contribuir com a nova redação da Lei de Direitos Autorais, que deve almejar um equilíbrio entre os diversos interesses que são ali acomodados.

CAPITULO 1 - DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Esta publicação, sistematizada e com as devidas justificativas, está sendo realizada nos moldes solicitados pelo MinC para a consulta pública de 2010, ou seja, na forma de lei comentada. Optamos por reproduzir o texto da lei atual, artigo a artigo, seguido sempre das proposições do MinC e das propostas enviadas pelo GEDAI à Casa Civil, com as respectivas justificativas. Determinadas propostas enviadas pelos professores colaboradores após o envio do documento à Casa Civil foram anotadas como comentários.

Lei 9.610	Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, e orienta-se pelo equilíbrio entre os ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais e de garantia ao pleno exercício dos direitos culturais, educacionais e dos demais direitos fundamentais e pela promoção do desenvolvimento nacional.”
MinC	Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, e orienta-se pelo equilíbrio entre os ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais e de garantia ao pleno exercício dos direitos culturais e dos demais direitos fundamentais e pela promoção do desenvolvimento nacional.
GEDAI	Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, e orienta-se pelo equilíbrio entre os ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais e de garantia ao pleno exercício dos direitos culturais, educacionais e dos demais direitos fundamentais e pela promoção do desenvolvimento nacional.

A Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) foi resultado de um longo processo de elaboração na década de 90, tendo transcorridos quase dez anos entre sua redação inicial e sua efetiva publicação, tudo isso num contexto pré-digital. Representa uma visão oriunda da era fabril, da necessidade de grandes investimentos (em gráficas, estúdios, películas, materiais de produção) para a produção cultural, e de sua conseqüente proteção.

Logo, é uma lei que tende a superproteger os interesses do titular de direitos, que não é necessariamente o autor, e ainda se mostra excessivamente vinculada ao padrão assentado no século XIX, derivado do texto da Convenção de Berna.

Tal característica causa problemas com os usos possíveis de obras autorais no ambiente digital. O mundo digital trouxe consigo a democratização dos custos de se produzir e distribuir cultura. Ao criar travas ao acesso à cultura e ao conhecimento, gera insegurança jurídica aos usos possíveis de obras, tanto pelos usuários, como aos próprios autores, e, portanto ao próprio investidor; ou seja, à sociedade em geral. As imperfeições nessa lei geram lacunas e os usos legítimos ficam prejudicados. A Lei 9.610/98 não preenche as demandas sociais para o fim a que ela se destina, dificultando os meios de acesso, de divulgação e limitando o domínio público e por isso, sua revisão deve considerar a inclusão dos novos institutos e das novas tecnologias.

O direito autoral é uma equação de vários fatores. É preciso conciliar os interesses dos trabalhadores criativos (autores), dos investidores (parte necessária da cadeia produtiva de obras culturais) e do público, o qual detém interesses sociais legítimos no acesso à cultura, além de pagar a sua conta. A atual superproteção ao investidor termina por criar falhas de mercado e levar à ineficiência econômica – o que, em tese, é exatamente o oposto do que deveria realizar.

Alguns exemplos práticos para ilustrar o exposto acima:

A cópia para a preservação de acervos atualmente não é permitida. Com isso, está se deteriorando o patrimônio cultural, já que projetos de digitalização de acervos esbarram em problemas jurídicos impraticáveis.

A Lei não permite a cópia integral, mas somente a cópia de “pequenos trechos” para fins de citação. Essa situação é inaplicável de fato a diversos formatos de obras, como obras de arte plástica ou sonetos, mas principalmente por limitar o direito à cópia sem finalidades comerciais.

O acesso aos acervos de pesquisa normalmente é restrito e muitas delas estão esgotadas, dificultando a sua utilização para fins acadêmicos; assim, o direito autoral atua como instrumento restritivo do acesso ao conhecimento, que é fator fundamental de geração de riquezas no ambiente da sociedade informacional.

Atividades corriqueiras, como a *ripagem* de músicas de CDs para MP3s (*format shifting*) não são permitidas. Isto cria um sentimento negativo junto ao público e em especial em relação aos mais jovens, gerando uma cultura de desrespeito ao direito autoral. É o conhecido aforismo: se o direito não reflete a realidade, esta se vingará ignorando-o.

E assim verifica-se uma desnecessária judicialização dos direitos autorais: são cada vez mais frequentes as demandas judiciais sobre o tema, o que em tese não interessa a nenhuma das partes – autor, público e investidores – deste balanceamento delicado que é, ou deveria ser, o marco legal sobre o tema. Os reais beneficiários da atual situação são os atravessadores, que não representam necessariamente os trabalhadores criativos, nem o público.

Em outros instantes do texto, se avista a adequação do diploma autoral com outras áreas do Direito, como exemplificadamente quando se verifica a função social do contrato, ou sua resolução por onerosidade excessiva, institutos que constam no Digesto Civil, mas que evidentemente podem e devem aparecer na Lei Autoral.

As contribuições trazidas durante o ciclo de debates promovido pelo GEDAI não se limitaram aos pontos de reforma propostos pelo MinC. Analisamos também algumas questões de importância que não entraram na consulta pública, como a questão das obras produzidas pela administração pública – Art. 44-A – ou ainda determinadas definições legais que a nosso ver solicitavam melhor redação.

Ao observar o artigo mencionado, diante da menção aos ditames constitucionais, entende-se relevante a referência aos direitos educacionais para consideração da aplicação da proteção autoral.

Merece ser enfatizada a visão e a disposição de construção de um texto legislativo que não seja um “porto isolado” das demais áreas do ordenamento jurídico, como muitas vezes se constatava, como se o Direito Autoral (ou, em última análise, alguma área do Direito ou do conhecimento em qualquer domínio) pudesse ser um sistema autorreprodutivo, que não se comunica com as demais instâncias de formação e construção de interpretação.

Nesta linha de mira, o primeiro artigo do Projeto já sinaliza que esta nova Lei será orientada pelo equilíbrio entre os ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais e da garantia do pleno exercício dos direitos culturais e dos demais direitos fundamentais e pela promoção do desenvolvimento nacional.

A nova roupagem do artigo primeiro, mencionando os princípios norteadores da interpretação da Lei de Direito Autoral, vem em sintonia com a moderna hermenêutica do direito privado contemporâneo, determinando a sua funcionalização, baseado numa visão social constitucional. Juntamente com a defesa dos direitos do Autor, deve-se desenvolver o reconhecimento de que o mesmo está sujeito a uma vinculação social, em nome do interesse comum, do interesse público.

O novo texto proposto demonstra um fato que deveria ser óbvio: embora os Direitos Autorais tenham legislação específica e que esta exige uma interpretação restrita, ao mesmo tempo ela não está isolada do sistema jurídico. Ao contrário, a lei de Direitos Autorais deve se nortear pelos ditames constitucionais, a fim de promover na relação autoral (autor, titular e utentes) o equilíbrio necessário para coibir eventuais situações que possam violar o desenvolvimento sócio-econômico-cultural do país.

A obrigatoriedade da sujeição aos direitos fundamentais ratifica esta posição, entretanto há que se observar que os direitos fundamentais não estão previstos apenas no rol do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, mas espelhados ao longo do texto constitucional, como é o caso do direito à cultura, à educação e à informação, apenas para citar alguns exemplos, e que devem ser ponderados frente a análise de um caso concreto.

O destaque dado à “garantia ao pleno exercício dos direitos culturais” é importante e não deixa de lado a inclusão dos demais direitos fundamentais, como acima expostos. Porém, a expressão destaca a importância que os direitos autorais têm para a sociedade, além de estarem compatíveis com a Convenção da UNESCO de Diversidade Cultural de 2005, do qual o Brasil é signatário.

A referência expressa ao direito à educação se faz por ser este sabidamente um dos direitos fundamentais consagrados na Carta Política do país, e que muitas vezes é sonogado em sua forma plena por alegações meramente econômicas travestidas de direitos autorais, muitas das quais de interesses empresariais privados que se anunciam como se estes fossem.

MinC	Parágrafo único. A proteção dos direitos autorais deve ser aplicada em harmonia com os princípios e normas relativos à livre iniciativa, à defesa da concorrência e à defesa do consumidor.
GEDAI	Parágrafo único. A proteção dos direitos autorais deve ser aplicada em harmonia com os princípios e normas relativos à livre iniciativa, à defesa da concorrência, à defesa do consumidor e à função social da propriedade.

O direito autoral deve estar harmonizado aos ditames constitucionais, e entende-se importante a referência ao princípio da função social da propriedade.

A inclusão do parágrafo único é essencial para alcançar o equilíbrio entre os interesses públicos e privados que fazem parte intrínseca da relação autoral. Estão compatíveis com o novo texto do caput do artigo 1º, bem como destacam a relevância da análise dos princípios previstos no capítulo da ordem econômica da Constituição Federal, que não constituem todos eles, em direitos fundamentais.

Existe na doutrina uma discussão sobre formas pelas quais o direito autoral pode ser utilizado como forma de se afastar a concorrência, ou seja, como instrumento de táticas comerciais monopolistas. Neste contexto, esse

parágrafo procura garantir que o mercado exista de forma mais equilibrada, segura e transparente.

Quando esse dispositivo fala em harmonia, refere-se a equilibrar a livre iniciativa à defesa da concorrência e à defesa do consumidor. Os titulares do direito autoral não podem ferir o direito do consumidor de acesso. O direito autoral está relacionado também com as estruturas de distribuição, empresas editoras e entidades reguladoras. Os conteúdos autorais destinados ao mercado possuem valor econômico e circulam dentro das relações empresariais e sua regulação deve se harmonizar com as leis de mercado.

O destaque aqui é para “à livre iniciativa, à defesa da concorrência e à defesa do consumidor”, que constituem princípios da ordem econômica ao lado de outros, como o da função social da propriedade que é considerado um direito fundamental, e como tal, já previsto no artigo 1^a desta proposta de Lei.

A previsão expressa destes princípios é de extrema relevância, tendo em vista que a informatização ao promover o surgimento de diversas obras de caráter utilitário, também trouxe impacto no mercado de consumo de produtos e serviços culturais.

Por vezes, o exercício do direito exclusivo pelo titular de direito autoral é capaz de criar obstáculos ao próprio mercado, quando impede, por exemplo, o surgimento de um novo produto no mercado, quando existe dificuldade na concessão ou mesmo recusa de uma licença para uso de uma obra ou se introduzem medidas tecnológicas que impeçam a reprodução de uma obra para fins de uso privado.

Estes exemplos demonstram o prejuízo que estes atos praticados pelos titulares do direito autoral podem causar à livre iniciativa, a concorrência e o interesse dos consumidores. Por fim, o parágrafo está em sintonia com uma série de medidas incluídas no projeto de reforma da Lei Autoral, notadamente nos Capítulo VII (licenças não voluntárias), capítulo IX (da reprografia), art. 99 par. 5^o, art. 100, b), e art. 113, abaixo.

Opinião contrária ou ressalva:

O projeto, mesmo saudavelmente se referindo a princípios e normas, mormente aqueles, não faz, como a maioria avassaladora de nossos doutrinadores, a necessária e indispensável distinção entre normas, princípios e regras, bem como os delimitando, certamente quando se refere a normas querendo dizer “regras”, já que estas efetivamente são positivadas, ou em consagrada visão, as normas são o gênero, compostas pelos tipos princípio e regras.

De qualquer sorte em nenhuma delas encontrarão suporte para fundamentar proposição de tutela dos Direitos Autorais como direito de propriedade.

De acordo com a visão do professor José de Oliveira Ascensão, os Direitos Autorais se configuram em direitos exclusivos de publicação e exploração econômica por determinado período tutelado pelo Estado.

Quer isso dizer que propriedade não é, mesmo para aqueles que possam ser filiados a correntes mais conservadoras de interpretação, pois a Constituição Federal de 1988 somente se refere à propriedade de marcas em seu texto, no que diz respeito aos Direitos Intelectuais (artigo 5º, incisos XXVII a XXIX).

Se assim for necessário e indispensável, então que se adote a mesma visão do autoralista português, para se referir à “função social do Direito”, o que seria uma solução plausível.

Lei 9.610	Art. 2º Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes.
------------------	---

Lei 9.610	Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.
MinC	Art. 3o-A. Na interpretação e aplicação desta Lei atender-se-á às finalidades de estimular a criação artística e a diversidade cultural e garantir a liberdade de expressão e o acesso à cultura, à educação, à informação e ao conhecimento, harmonizando-se os interesses dos titulares de direitos autorais e os da sociedade.

O artigo sugerido pelo MinC ratifica, mais uma vez, a intenção da Lei Autoral em garantir determinados direitos fundamentais ao determinar estes como pilares da interpretação das normas autorais, a fim de alcançar o equilíbrio da relação autoral. Nota-se que o artigo está em consonância com a ideia de harmonização do direito privado do autor com os interesses da sociedade para uso da obra protegida.

Lei 9.610	Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.
MinC	Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais, visando ao atendimento de seu objeto.
GEDAI	<p>Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais, visando ao atendimento de sua finalidade.</p> <p>Art. 4º-A Nos contratos realizados com base nesta Lei, as partes contratantes são obrigadas a observar, durante a sua execução, bem como em sua conclusão, os princípios da probidade e da boa-fé, cooperando mutuamente para o cumprimento da função social do contrato e para a satisfação de sua finalidade e das expectativas comuns e de cada uma das partes.</p> <p>§ 1º Nos contratos de execução continuada ou diferida, qualquer uma das partes poderá pleitear sua revisão ou resolução, por onerosidade excessiva, quando para a outra parte decorrer extrema vantagem em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.</p> <p>§ 2º É anulável o contrato quando o titular de direitos autorais, sob premente necessidade, ou por inexperiência, tenha se obrigado a prestação</p>

<p>manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, podendo não ser decretada a anulação do negócio se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.</p>
--

Deve-se buscar a interpretação teleológica do negócio jurídico, ainda que restritiva. Portanto, a alteração do termo “objeto” pela “finalidade” do negócio jurídico, bem como o acréscimo da expressão “visando ao atendimento de sua finalidade” protegem diretamente os interesses do autor, que é o criador da obra e titular originário desta.

Vale destacar que a interpretação restritiva é típica dos negócios jurídicos de propriedade intelectual, que são especialíssimos. Por esta razão, interpretar restritivamente quer dizer, interpretar de acordo com os princípios deste ramo do direito.

É necessário o deslocamento do art. 6º A e seus pará grafos, ora propostos pelo MinC, para imediatamente seguirem o art. 4º, vez que falar em contrato é falar em negócio jurídico; assim, torna-se art. 4º A, seu §1º e §2º.

Opinião contrária ou ressalva:

Manifesta-se pela discordância quanto à técnica de redação como inicialmente “artigo 4º-A”, indiscutivelmente sendo mais adequado que se construam parágrafos artigo 4º.

Este artigo adéqua o Direito Autoral a princípios consignados na parte atinente aos Contratos do Código Civil vigente, especialmente à necessária boa-fé objetiva antes, durante e após a consecução contratual, ainda ali prevendo outros institutos trazidos pelo Digesto Civil, como a resolução por onerosidade excessiva e a anulação de contrato formulado em estado de perigo pelo autor.

Os contratos de execução continuada, ao contrário daqueles de execução instantânea, se prolongam no tempo. Pode-se citar, como exemplo, o contrato de um autor com uma editora, que promete pagar àquele um valor percentual sobre as vendas; assim, o valor será pago enquanto perdurar a venda dos livros.

Dessa forma, esse artigo pode ser aplicado, por exemplo, a uma ocasião em que o livro de um autor desconhecido se torne um *best-seller*.

No início foi feito um contrato por um valor baixo, em razão de tratar-se de um autor desconhecido e com probabilidade de poucos lucros; após a publicação, o livro torna-se um grande sucesso e a editora passa a ter grandes lucros com a sua venda, sendo um caso de revisão contratual. Aplica-se ao caso a teoria da onerosidade excessiva ou teoria da imprevisão, já existente no art. 478 do Código Civil e no art. 6º, V do Código de Defesa do Consumidor e que agora vem para o Direito Autoral.

O disposto no art. 157 do Código Civil (teoria da lesão por vício da vontade) está disposto no parágrafo segundo supramencionado, já que existe a previsão de anulabilidade do contrato quando o contratante, por inexperiência ou necessidade, submete-se a uma situação desfavorável, sendo muitas vezes explorado pela outra parte, que tem conhecimento da situação e utiliza-se dela para ganhar vantagem manifestamente desproporcional sobre o autor. Está se buscando evitar a repetição dos conhecidos exemplos de autores que perderam o controle de suas obras por conta de contratos leoninos.

Lei 9.610	<p>Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:</p> <p>I - publicação - o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo;</p> <p>II - transmissão ou emissão - a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético;</p> <p>III - retransmissão - a emissão simultânea da transmissão de uma empresa por outra;</p> <p>IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;</p> <p>V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;</p> <p>VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;</p> <p>VII - contrafação - a reprodução não autorizada;</p> <p>VIII - obra:</p>
------------------	---

	<p>a) em coautoria - quando é criada em comum, por dois ou mais autores;</p> <p>b) anônima - quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido;</p> <p>c) pseudônima - quando o autor se oculta sob nome suposto;</p> <p>d) inédita - a que não haja sido objeto de publicação;</p> <p>e) póstuma - a que se publique após a morte do autor;</p> <p>f) originária - a criação primigênia;</p> <p>g) derivada - a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária;</p> <p>h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;</p> <p>i) audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação;</p> <p>IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;</p> <p>X - editor - a pessoa física ou jurídica à qual se atribui o direito exclusivo de reprodução da obra e o dever de divulgá-la, nos limites previstos no contrato de edição;</p> <p>XI - produtor - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;</p> <p>XII - radiodifusão - a transmissão sem fio, inclusive por satélites, de sons ou imagens e sons ou das representações desses, para recepção ao público e a transmissão de sinais codificados, quando os meios de decodificação sejam oferecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com seu consentimento;</p> <p>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.</p>
<p>MinC</p>	<p>II – emissão – a difusão de sons, de sons e imagens ou das representações desses, sem fio, por meio de sinais ou ondas radioelétricas ou qualquer outro processo eletromagnético, inclusive com o uso de satélites;</p> <p>III – transmissão – a difusão de sons, de sons e imagens ou das representações desses, por fio, cabo ou outro condutor elétrico; fibra, cabo ou outro condutor ótico, ou ainda qualquer outro processo análogo;</p> <p>IV – retransmissão – a emissão ou transmissão simultânea da transmissão ou emissão de uma empresa por outra;</p> <p>V – distribuição – a oferta ao público de original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;</p> <p>VI – comunicação ao público – ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;</p>

	<p>VII – reprodução – a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;</p> <p>VIII – contrafação – a reprodução não autorizada, ressalvados os casos em que a Lei dispensa a autorização;</p> <p>IX – obra:</p> <p>a) em coautoria – quando é criada em comum, por dois ou mais autores;</p> <p>b) anônima – quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido;</p> <p>c) pseudônima – quando o autor se oculta sob nome suposto;</p> <p>d) inédita – a que não haja sido objeto de publicação;</p> <p>e) póstuma – a que se publique após a morte do autor;</p> <p>f) originária – a criação primigênia;</p> <p>g) derivada – a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária;</p> <p>h) coletiva – a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;</p> <p>i) audiovisual – a obra criada por um autor ou a obra em coautoria que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação;</p> <p>X – fonograma – toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons;</p> <p>XI – editor – a pessoa física ou jurídica à qual se atribui o direito exclusivo de reprodução da obra e o dever de divulgá-la, nos limites previstos no contrato de edição;</p> <p>XII – produtor – a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;</p> <p>XIII – radiodifusão – a emissão cuja recepção do sinal ou onda radioelétrica pelo público ocorra de forma livre e gratuita, ressalvados os casos em que a Lei exige a autorização;</p> <p>XIV – artistas intérpretes ou executantes – todos os atores, cantores, músicos, bailarinos, dubladores ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem, em qualquer forma, obras literárias ou artísticas, ou expressões culturais tradicionais;</p> <p>XV – licença – a autorização dada à determinada pessoa, mediante remuneração ou não, para exercer certos direitos de explorar ou utilizar a obra intelectual, nos termos e condições fixados no contrato, sem que se caracterize transferência de titularidade dos direitos.</p>
<p>GEDAI</p>	<p>VI – comunicação ao público – ato mediante o qual a obra é colocada ao conhecimento do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;</p> <p>i) colaborativa – a obra criada pelas contribuições de diversos autores sem a presença necessária de um organizador, e sem a necessária identificação</p>

<p>de todos seus autores ou de suas contribuições;</p> <p>XVI – cessão – a transferência de titularidade de direitos patrimoniais à determinada pessoa, que passa a ter o direito de explorar ou utilizar a obra intelectual;</p> <p>XVII – disponibilização pela internet – a oferta ao público de materiais ou arquivos descritos no inciso V desta Lei, pela rede mundial de computadores;</p> <p>XVIII – transformação criativa – utilização de trecho ou trechos de obra ou obras existentes para criação de obra intelectual original, que não constitua plágio ou reprodução da mesma.</p>

As alterações constantes no artigo 5º são oportunas, tendo em vista que corrigiram erros conceituais importantes, que se conciliarão com àqueles previstos nos Acordos Internacionais e com o momento atual.

No que se refere à sugestão do GEDAI para o inciso sexto do presente artigo, é necessária a substituição do termo “alcance” por “conhecimento”, vez que colocar ao alcance não é o mesmo que comunicar. A expressão proposta é mais ampla e adequada que a anterior.

Quanto às obras anônimas e a referência do MinC sobre o assunto, é interessante para a sociedade que se proteja o direito à expressão de ideias que trariam graves consequências a seus autores, caso fossem identificados, em homenagem ao princípio da liberdade de expressão. Não se deve confundir obra anônima com obra apócrifa, entretanto; assim, aquele que responde por sua publicação há de ser necessariamente o titular para eventual reparação civil, ou mesmo penal em casos de crimes contra a honra.

Opinião contrária ou ressalva:

Se um dos objetivos do projeto, aliás, seu cerne magnificamente pensado, como ficou dito na introdução desta análise, era a adequação da legislação autoral à Carta Magna, esta veda expressamente o anonimato, não sendo crível que uma lei infraconstitucional proteja o que o ordenamento constitucional proíbe, logo inexistindo desde 05 de outubro de 1988 proteção às obras anônimas em nosso país, para todos os fins.

Réplica:

A responsabilização civil da editora da obra anônima conjuga-se com a sua entrada imediata no domínio público, nos termos do Art. 45. II; garante-se a liberdade de expressão e simultaneamente a reparação do ato.

Seguindo as alterações sugeridas pelo GEDAI, na alínea “i” do inciso IX, o que se busca proteger são as obras criadas de forma colaborativa, tais como o presente trabalho, cuja autoria não é prontamente identificável.

Ainda, se faz imprescindível o acréscimo do conceito de cessão de direitos no inciso XVI, expediente utilizado para as obras intelectuais cotidianamente, mas que não contém expressa previsão legal na 9.610/98.

No que diz respeito ao inciso XVII, existe confusão entre os conceitos de “distribuição” e “disponibilização”. É preciso construir um conceito de disponibilização do que se descreve na nova sugestão do inciso V, com oferta ao público via internet.

A transformação criativa, a transformação de obra intelectual existente, deve constar no rol dos conceitos da Lei como sugestão de inserção no inciso XVIII, devido a sua importância e utilização atuais. Exemplos disso são os *samples*, os *mash-ups*, as colagens e tantas outras formas de expressão artística que surgiram a partir da manipulação de artefatos culturais pré-existentes.

Com a publicação de uma obra, ela se torna parte do domínio público (no sentido amplo) e pode – em si mesma – se constituir num fator determinante em sua época e espaço social.

A própria obra, protegida pelo direito de autor, pode tornar-se o ponto de partida para uma nova discussão artística; e tal integração social justificaria esta limitação ao direito autoral original.

Em especial, quando o uso realizado não traga consigo a existência do perigo de desvantagens econômicas consideráveis para seu titular – e este o

motivo da ressalva na parte final da redação sugerida – prevalecem os interesses do público em fazer uso (não autorizado) de obras protegidas pelo direito autoral, com o objetivo de permitir discussão artísticas num ambiente livre.

Lei 9.610	Art. 6º Não serão de domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles simplesmente subvencionadas.
MinC	<p>Art. 6o-A Nos contratos realizados com base nesta Lei, as partes contratantes são obrigadas a observar, durante a sua execução, bem como em sua conclusão, os princípios da probidade e da boa-fé, cooperando mutuamente para o cumprimento da função social do contrato e para a satisfação de sua finalidade e das expectativas comuns e de cada uma das partes.</p> <p>§ 1o Nos contratos de execução continuada ou diferida, qualquer uma das partes poderá pleitear sua revisão ou resolução, por onerosidade excessiva, quando para a outra parte decorrer extrema vantagem em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.</p> <p>§ 2o É anulável o contrato quando o titular de direitos autorais, sob premente necessidade, ou por inexperiência, tenha se obrigado a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, podendo não ser decretada a anulação do negócio se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.</p>
GEDAI	Art. 6º Não serão de titularidade da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles simplesmente subvencionadas, ressalvadas as disposições em editais.

A mudança no dispositivo reside na necessidade de utilização do termo “titular”, conceito instrumental da Lei que é trazido pelo art. 5º e mais adequado ao que se quer dizer neste artigo.

A ressalva das disposições em editais deve constar aqui por ser praxe na Administração Pública. A previsão de ressalva ao que dispõem os editais de concursos públicos que redundem em obras desta natureza é salutar.

Do mesmo modo, a troca da expressão “domínio” por “titularidade”, como proposto. Aliás, veja-se que, além de propriedade, como antes mencionado e criticado, o texto agora fala em “domínio”.

O artigo 6º-A sugerido pelo MinC quebra a hermenêutica tradicional de interpretação de artigos, pois não diz respeito às obras subvencionadas mencionadas no art. 6º, mas sim a todos os contratos entre particulares

regulamentados por esta lei. Por tal razão, entende-se de transferir este artigo para o 4º-A ou na forma de parágrafos, onde faz menção aos mesmos objetos de proteção.

CAPÍTULO 2 – DAS OBRAS INTELECTUAIS

2.1. Das Obras Protegidas

O texto da Lei Autoral protege as criações do espírito de qualquer forma materializada, não se confunde com a invenção técnica, como se refere o artigo 7º relativo às obras protegidas. A proposta do MinC busca avançar mais do que a lei atual em vigor.

Lei 9.610	<p>Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:</p> <p>I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;</p> <p>II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza;</p> <p>III - as obras dramáticas e dramático-musicais;</p> <p>IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;</p> <p>V - as composições musicais, tenham ou não letra;</p> <p>VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;</p> <p>VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;</p> <p>VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;</p> <p>IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;</p> <p>X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;</p> <p>XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;</p> <p>XII - os programas de computador;</p> <p>XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.</p> <p>§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.</p> <p>§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.</p> <p>§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.</p>
------------------	---

MinC	XI – as adaptações, os arranjos, as orquestrações, as traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
GEDAI	Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte tangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

Por uma questão de clareza legislativa, faz-se necessária a retirada do termo “intangível” do *caput* do artigo, vez que todo o suporte é tangível, em última análise.

Opinião contrária ou ressalva:

Há um excesso nesta proposta de alteração. Sabidamente ao se referir à expressão “intangível” em sede de Direitos Autorais, se está falando de obras cujos substratos materiais de fixação não são essencialmente materiais, como aqueles do meio digital; ainda que haja verdade no fato de que todo suporte é tangível, a lei cumpre sua função didática ao ser redundante.

O inciso XI da proposta do MinC acaba por deixar explicitado, como obra, os arranjos e orquestrações, o que atende a demanda dos autores destas criações, o que é louvável.

O inciso XIII da Lei 9.610/98 merece o seguinte comentário: Ainda que a previsão disposta no art. 7º seja não exauriente das obras protegidas, pois que meramente exemplificativo, todavia, entende-se existir uma flagrante lacuna na lei no tocante às obras publicitárias. Muito embora sejam "criações do espírito", não são referidas no rol do art. 7º, carecendo para o seu efetivo reconhecimento como obra protegida dos requisitos de criatividade e originalidade, conforme reiteradas decisões dos Tribunais do País.

Entretanto, tal exigência com relação às criações publicitárias se mostra notadamente discricionária, não sendo razoável em relação ao tratamento assegurado às demais obras. Atualmente não existe garantia efetiva do

reconhecimento da titularidade das obras publicitárias, ficando seus criadores à mercê da própria sorte.

Visando harmonizar as relações jurídicas e assegurar o direito aos titulares de criações publicitárias sugere-se a inclusão do inciso abaixo no rol de obras protegidas pelo art. 7º:

"Art. 7º (...)

XIV - as obras publicitárias, sinal ou expressão empregada como meio de propaganda, apresentados como criação intelectual nova."

Opinião contrária ou ressalva:

Discorda-se da necessidade de garantia da proteção autoral para o mercado publicitário; trata-se de um mercado que não necessita de proteção adicional, pois a criação é remunerada diretamente; além disso, o que o anunciante deseja é justamente a disseminação de sua publicidade, ou seja, a ele interessa que sua peça publicitária seja copiada. A motivação e a lógica diferem do mercado editorial.

Estender a proteção autoral, com seus longos prazos protecionais e suas regras de direitos morais (extrapatrimoniais), para peças publicitárias, tenderia a meramente aumentar custos e diminuir a eficiência do mercado. Sua consequência prática seria que os anunciantes (de mercadorias e serviços) tornar-se-iam também titulares de direitos autorais sobre as obras publicitárias contratadas e alijaríamos do domínio público porções ainda maiores de construtos culturais. O discurso de apelo aos criadores "à mercê da própria sorte" sem a proteção autoral não é de prosperar, já que os profissionais da área de criação continuariam a não ganhar em nada: o regime de obras produzidas sob encomenda prevê o deslocamento da titularidade ao pagador.

Comentário:

Inserção da técnica de "grafite" no rol exemplificativo de obras protegidas do artigo 7º: mesmo sendo notório que a previsão legislativa dos incisos do

artigo 7º não é *numerus clausus*, mas meramente exemplificativa, sugere-se a inclusão de obras feitas pelo processo de “grafite” em inciso próprio.

Demanda judicial da década de 1990 em nosso país pôs em confronto grafiteiro do Bairro de Perdizes em São Paulo com empresa que produz e vende cadernos acadêmicos (cadernos de aula), tendo utilizado sem menção de autoria e sem autorização fotografia de obra deste naipe elaborada por jovem em parede de prédio.

A previsão somente soma ao tratar-se de uma linha mais produtiva dos autores em geral, mormente daqueles que sobrevivem de suas criações artísticas.

Lei 9.610	Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.
MinC	V – as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas informativas ou explicativas; VII – o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras; VIII – as normas técnicas em si mesmas, ressalvada a sua proteção em legislação específica; IX – as notícias diárias que têm o caráter de simples informações de imprensa.
GEDAI	IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais, petições, pareceres e demais atos oficiais; VIII – as normas técnicas;

Sugere-se, no inciso IV, a inclusão dos termos “petições, pareceres”, de forma a pacificar a questão sobre os usos possíveis de tais documentos. A jurisprudência é pacífica sobre os usos de tais documentos, e de como não lhes

cabe proteção autoral por terem sido apresentados perante a Administração Pública.

Opinião contrária ou ressalva:

A petição em processos judiciais pode ser obra literária de titularidade do advogado, seu autor. Aqui há uma confusão que muitos (inclusive a referida jurisprudência “pacífica” da justificativa) fazem, pois o que é oficial e assim público é o acesso aos autos, por qualquer forma, inclusive fotocópia, para exercício pleno do direito ao contraditório e a ampla defesa.

Réplica:

Talvez a inclusão das peças citadas nas hipóteses do Art. 45, II (inclusão no domínio público) solucionasse a questão, já que garantiria as defesas contra o plágio (obrigatoriedade de citação da fonte), ao mesmo tempo em que permite o uso por terceiros das teses jurídicas apresentadas ao Poder Judiciário.

Ainda, no que se refere ao inciso VIII, é necessária a retirada da parte “ressalvada a sua proteção em legislação específica”, pois isso limita e restringe o acesso da sociedade às normas técnicas. Igualmente, retira-se a expressão “em si mesmas”, para evitar desentendimentos.

Lei 9.610	Art. 9º À cópia de obra de arte plástica feita pelo próprio autor é assegurada a mesma proteção de que goza o original. Art. 10. A proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor. Parágrafo único. O título de publicações periódicas, inclusive jornais, é protegido até um ano após a saída do seu último número, salvo se forem anuais, caso em que esse prazo se elevará a dois anos.
------------------	--

A lei estende a proteção ao título do trabalho, no entanto, há que se observar que o título deve ser original e inconfundível: o título “direito autoral”, ou “curso de direito autoral”, por exemplo, não são originais e inconfundíveis; agora, se o título trazer elementos que o diferencie dos demais, marcando sua originalidade, será, então, protegido pela lei.

2.2. Da Autoria das Obras Intelectuais

A Lei de Direito Autoral define o autor como sendo uma pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica.

Lei 9.610	Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.
GEDAI	Art. 11. Autor é a pessoa natural criadora de obra literária, artística ou científica.

É indispensável a adequação da nomenclatura aos modernos meios regulatórios em sede legislativa, já que o vigente Código Civil se refere à pessoa “natural” em vez de pessoa física, nomenclatura já superada.

Lei 9.610	Art. 12. Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional. Art. 13. Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização.
------------------	--

Presume-se que o nome que estiver na obra é o do autor; caso haja divergência, aquele que a suscitou deverá prová-la. Trata-se de presunção relativa.

Lei 9.610	Art. 14. É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orchestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua. Art. 15. A coautoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada. § 1º Não se considera coautor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio. § 2º Ao coautor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, porém, a utilização que possa acarretar prejuízo à exploração da obra comum.
------------------	--

GEDAI	<p>§ 1º Não se considera coautor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, orientando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio.</p> <p>§ 2º Ao coautor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, porém, a utilização que acarrete prejuízo à exploração da obra comum.</p>
--------------	---

Inclui-se o termo “orientando-a” no parágrafo primeiro, para explicitar a função do orientador acadêmico, que igualmente não é coautor de produção da obra literária. A inserção da orientação acadêmica em qualquer esfera de ensino como atividade que não é considerada coautoria, vem ao encontro de tema bastante polêmico, mas equivocadamente interpretado por alguns, já que de fato o orientador não participa nesta condição da feitura de trabalhos científicos.

No parágrafo segundo, faz-se necessária a substituição do termo “que possa acarretar” por “acarrete”, vez que qualquer utilização pode causar prejuízo à exploração da obra comum, mas nem todo uso é prejudicial. O coautor tem todos os direitos sobre sua obra quando sua contribuição é passível de individualização, não podendo, no entanto, prejudicar o todo. Deve limitar-se tal vedação àquela utilização que acarrete dano certo, para que tenhamos assim clareza legislativa.

Lei 9.610	<p>Art. 16. São coautores da obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor.</p> <p>Parágrafo único. Consideram-se coautores de desenhos animados os que criam os desenhos utilizados na obra audiovisual.</p>
MinC	<p>Art. 16. São coautores da obra audiovisual o diretor realizador, o roteirista e os autores do argumento literário e da composição musical ou lítero-musical criados especialmente para a obra.</p>

O texto normatiza demanda antiga deste setor da indústria cultural. Ao artigo da lei foi acrescentado o roteirista e o diretor realizador, sendo assim, o dispositivo legal ficou melhor especificado e mais claro. Cabe lembrar que o filme não é obra coletiva, e sim obra audiovisual.

Lei 9.610	<p>Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.</p> <p>§ 1º Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada.</p> <p>§ 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.</p> <p>§ 3º O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução.</p>
MinC	<p>§ 4º Ao autor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, porém, a utilização que possa acarretar prejuízo à exploração da obra coletiva.</p>
GEDAI	<p>§ 4º Ao autor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, porém, a utilização que acarrete prejuízo à exploração da obra coletiva.</p>

Repetem-se aqui os mesmos argumentos relativos ao Art. 15, § 2º: Necessária a substituição do termo “que possa acarretar” por “acarrete”, vez que qualquer utilização pode causar prejuízo à exploração da obra comum, mas nem todo uso é prejudicial.

O autor individual de obra coletiva tem todos os direitos sobre sua obra quando sua contribuição é passível de individualização, não podendo, no entanto, prejudicar o todo. Deve limitar-se tal vedação àquela utilização que acarrete dano certo, para que tenhamos assim clareza legislativa.

A inserção do parágrafo 4º reforça o exercício das prerrogativas dos autores de forma individualizada.

De modo que, mesmo garantindo-se esta individualização, o exercício de uma destas faculdades não pode acarretar prejuízo à obra coletiva.

2.3. Do Registro das Obras Intelectuais

A inclusão da Lei 9.610/98 de disposições sobre o registro de foi polêmica à época da publicação da lei, Plínio Cabral asseverava que “o registro de obras intelectuais é um absurdo para a qual não se encontra qualquer explicação.

Lei 9.610	Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro. Art. 19. É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no caput e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.
MinC	Art. 19. É facultado ao autor registrar a sua obra na forma desta Lei. Parágrafo único. Compete ao Poder Executivo federal dispor sobre a forma e as condições para o registro da obra, especificando os órgãos ou entidades responsáveis por esse registro.

A proposta atual procura eliminar referências à lei 5.988/73, e a criação do parágrafo único dispõe sobre a competência sobre a forma e as condições para o registro das obras intelectuais para o Poder Executivo. Remeter a questão ao Ministério de Estado da Cultura também representa colocar em prática a ideia de que direito de autor também é direito de cultura.

O disposto no artigo deve ser interpretado com a previsão do artigo 113-B, desta lei, que trata do local competente para registro até a implementação de órgão ou entidade responsável.

Mas não há motivo claro para o artigo 19 remeter para regulamentação posterior de forma e condições do registro, como vem em seu parágrafo único. Por que não regular desde já este tema?

Lei 9.610	Art. 20. Para os serviços de registro previstos nesta Lei será cobrada retribuição, cujo valor e processo de recolhimento serão estabelecidos por ato do titular do órgão da administração pública federal a que estiver vinculado o registro das obras intelectuais. Art. 21. Os serviços de registro de que trata esta Lei serão organizados conforme preceitua o § 2º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.
------------------	--

MinC	Art. 20. Para os serviços de registro previstos nesta Lei será cobrada retribuição, cujo valor e processo de recolhimento serão estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Cultura. Art. 21. Revogado
-------------	---

CAPÍTULO 3 – DOS DIREITOS DO AUTOR

Trata-se aqui de analisar-se as questões relativas a titularidade do Direito de Autor e de seus Direitos Morais.

3.1. Disposições Preliminares

Lei 9.610	<p>Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.</p> <p>Art. 23. Os co-autores da obra intelectual exercerão, de comum acordo, os seus direitos, salvo convenção em contrário.</p>
------------------	--

3.2. Dos Direitos Morais do Autor

Lei 9.610	<p>Art. 24. São direitos morais do autor:</p> <p>I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;</p> <p>II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;</p> <p>III - o de conservar a obra inédita;</p> <p>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;</p> <p>V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;</p> <p>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;</p> <p>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.</p> <p>§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.</p> <p>§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.</p> <p>§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.</p>
MinC	<p>§ 1o Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I, II, III, IV e VII.</p> <p>§ 2o Compete aos entes federativos, aos órgãos e às entidades previstas no caput do art. 5o da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.</p> <p>§ 3o Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as indenizações a terceiros, quando couberem.</p>

GEDAI	§ 1o Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I, II, III, IV e VII, por cinquenta anos contados de 1o de janeiro do ano subseqüente ao do falecimento do autor.
--------------	---

Do Projeto de Lei Autoral se labora com a discutida e tão criticada expressão “direitos morais” de autor. Autores de nomeada, como Ascensão, a criticam, referindo expressamente este autor que foi mal traduzida da língua francesa.

Constata-se que a referida expressão serve para todos os tipos de confusão, como a que empresta à interpretação análise valorativa (moralidade), o que sabidamente não corresponde a realidade.

Então, se é o momento histórico de construir uma diploma legal que seja considerado de vanguarda no mundo inteiro para seu tempo, pode ser a oportunidade também de utilizar-se o termo mais adequado para referir-se aos direitos autorais (prerrogativas) que não são patrimoniais, sugerindo a substituição pela a expressão “extrapatrimoniais”.

Em relação ao parágrafo primeiro, a limitação temporal da transmissão dos direitos morais aos herdeiros, além de não contrariar a Convenção de Berna ou outros tratados, permite o fortalecimento do domínio público, sem que haja prejuízo ao autor, pois a proteção da integridade e da autoria das obras em domínio público continua a ser da competência do Estado, por força do §2º do artigo 24, estando legitimados ainda todos aqueles entes constantes no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

Sobre o segundo parágrafo, a redação é excelente, pois deixa claro que após determinado lapso de tempo, com o domínio público, a obra passa a ser defendida pelo Poder Público, que tem constitucionalmente o dever da defesa à cultura; obrigação esta contraída também pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Sugere-se a menção dos termos “nas suas esferas federal, estadual e municipal, e em nível de atuação do Ministério Público”, o que ampliará

sobremaneira a tutela e especialmente a defesa de autoria, integridade e demais direitos extrapatrimoniais de obras caídas em domínio público, quando cabível.

O parágrafo terceiro preserva a garantia da devida indenização em caso de prejuízos a terceiros para que o autor possa exercer o seu direito moral nos casos citados, após o devido processo legal.

Lei 9.610	Art. 25. Cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual.
MinC	Art. 25. Os direitos morais da obra audiovisual serão exercidos sobre a versão acabada da obra, pelo diretor realizador, em comum acordo com seus coautores. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos I, II e VII do art. 24 poderão ser exercidos de forma individual pelos coautores, sobre suas respectivas participações.

O art. 25 referia-se apenas ao autor; agora, o artigo refere-se ao autor e seus coautores; o artigo passa, também, a fazer referência à obra acabada. A boa técnica legislativa exige que se conceitue “obra acabada”, ou seja, a obra apresentada comercialmente ao público após sua revisão e edição.

Lei 9.610	Art. 26. O autor poderá repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão da construção Parágrafo único. O proprietário da construção responde pelos danos que causar ao autor sempre que, após o repúdio, der como sendo daquele a autoria do projeto repudiado. Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.
------------------	---

Sugere a inclusão do termo “impenhoráveis” nas características dos direitos extrapatrimoniais.

3.3. Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração

O direito patrimonial do autor está ligado a noção de propriedade e a idéia de possuir o autor um direito real sobre sua obra. Contudo o caráter desta propriedade é peculiar, pois o seu valor aumenta na medida obra é percebida por um número maior de pessoas na sociedade as quais lhe reconhecem significados e valores culturais intrinsecos em determinada obra.

Lei 9.610	<p>Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.</p> <p>Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:</p> <ul style="list-style-type: none">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;VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:<ul style="list-style-type: none">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; REVOGADOi) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; REVOGADOj) 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.
--	---

Há um equívoco conceitual no inciso IV, que reclama enfrentamento e correção: a tradução da obra para qualquer idioma não prescinde de autorização do autor da obra traduzida.

O que requer autorização é a publicação da tradução.

Trata-se de equívoco que vem sendo reiterado nas consecutivas legislações autorais pátrias. A questão que se põe é que se o objetivo geral da lei é equilibrar interesses em jogo a facilitar de forma mais concreta e plena o direito à educação e à cultura, não tem sentido esta interpretação.

Lei 9.610	<p>Art. 30. No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito.</p> <p>§ 1º O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular.</p> <p>§ 2º Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração.</p>
MinC	<p>Art. 30. Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de cópias, realizadas por qualquer meio ou processo, será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração.</p> <p>§ 2o No caso da inserção tratar-se de uma fixação efêmera de obra, fonograma ou interpretação, realizada por um organismo de radiodifusão, pelos seus próprios meios e para suas próprias emissões ao vivo ou suas retransmissões, não se aplica o direito de exclusividade de reprodução.</p> <p>Art. 30-A. Quando a distribuição for realizada pelo titular dos direitos da obra ou fonograma, ou com o seu consentimento, mediante venda, em qualquer Estado membro da Organização Mundial do Comércio, exaure-se o direito patrimonial de distribuição no território nacional do objeto da venda.</p> <p>Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput aos direitos de locação de programas de computador e de obras audiovisuais e ao direito de sequência de que trata o art. 38.</p>

A possibilidade de fiscalização é extremamente importante para o autor e titular de direito, tendo em vista as muitas práticas abusivas que acarretam prejuízo a estes pela falta de controle do uso de suas obras.

Lei 9.610	Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.
GEDAI	Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo titular, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.

O termo “titular”, ao invés de “produtor”, torna o texto mais completo, pois há situações em que o produtor possa ter transferido os direitos patrimoniais sobre determinados usos, situação em que caberá ao novo titular autorizar novas utilizações daquele tipo.

Lei 9.610	<p>Art. 32. Quando uma obra feita em regime de coautoria não for divisível, nenhum dos coautores, sob pena de responder por perdas e danos, poderá, sem consentimento dos demais, publicá-la ou autorizar-lhe a publicação, salvo na coleção de suas obras completas.</p> <p>§ 1º Havendo divergência, os coautores decidirão por maioria.</p> <p>§ 2º Ao coautor dissidente é assegurado o direito de não contribuir para as despesas de publicação, renunciando a sua parte nos lucros, e o de vedar que se inscreva seu nome na obra.</p> <p>§ 3º Cada coautor pode, individualmente, sem aquiescência dos outros, registrar a obra e defender os próprios direitos contra terceiros.</p> <p>Art. 33. Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor.</p> <p>Parágrafo único. Os comentários ou anotações poderão ser publicados separadamente.</p> <p>Art. 34. As cartas missivas, cuja publicação está condicionada à permissão do autor, poderão ser juntadas como documento de prova em processos administrativos e judiciais.</p> <p>Art. 35. Quando o autor, em virtude de revisão, tiver dado à obra versão definitiva, não poderão seus sucessores reproduzir versões anteriores.</p>
------------------	--

Lei 9.610	<p>Art. 36. O direito de utilização econômica dos escritos publicados pela imprensa, diária ou periódica, com exceção dos assinados ou que apresentem sinal de reserva, pertence ao editor, salvo convenção em contrário.</p> <p>Parágrafo único. A autorização para utilização econômica de artigos assinados, para publicação em diários e periódicos, não produz efeito além do prazo da periodicidade acrescido de vinte dias, a contar de sua publicação, findo o qual recobra o autor o seu direito.</p>
MinC	<p>Art. 36. O direito de utilização econômica dos escritos publicados pela imprensa, diária ou periódica, com exceção dos assinados ou que apresentem sinal de reserva, pertence ao editor, salvo convenção em contrário, assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas de que trata o art. 17.</p>

O artigo 37 da Lei 9.610 trata dos direitos de aquisição das obras de arte que gera para o adquirente um direito de uso exclusivo, porém limitado, na medida que não lhe transfere os direitos patrimoniais.

Lei 9.610	<p>Art. 37. A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei.</p>
MinC	<p>Art. 37. A aquisição do original de uma obra, ou de sua cópia obtida licitamente por qualquer meio ou processo, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei.</p>

A proposta do MinC ao artigo 37 da Lei 9.610 vem alterar apenas para atualizar e corrigir a terminologia “exemplar” por “cópia lícita”, a fim de que as novas modalidades de cópia em meio digitais sejam também contempladas neste dispositivo.

Lei 9.610	<p>Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.</p> <p>Parágrafo único. Caso o autor não perceba o seu direito de sequência no ato da revenda, o vendedor é considerado depositário da quantia a ele devida, salvo se a operação for realizada por leiloeiro, quando será este o depositário.</p>
MinC	<p>Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, três por cento sobre o preço de venda verificado em estabelecimentos comerciais, em leilões ou em quaisquer outras transações em que haja intervenção de um intermediário ou agente comercial em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.</p>

É o mesmo direito de sequência, no entanto agora o autor receberá sobre todas as vendas posteriores de sua obra; antes, o autor só recebia sobre a diferença de valor, quando houvesse.

Corrige falha presente na redação anterior, pois o direito de sequência agora incidirá sobre a revenda da obra e não mais estará atrelada ao “aumento” do preço da obra, e trará benefícios ao autor da obra.

Lei 9.610	Art. 39. Os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo pacto antenupcial em contrário.
MinC	Art. 39. Os direitos patrimoniais do autor não se comunicam, salvo disposição em contrário firmada em pacto antenupcial ou contrato escrito entre os companheiros. Parágrafo único. Tampouco se comunicam, no regime da comunhão parcial aplicável ao casamento ou à união estável, os rendimentos resultantes da exploração dos direitos patrimoniais, salvo disposição em contrário firmada em pacto antenupcial ou contrato escrito entre os companheiros.

A modificação diz respeito à inserção da situação de união estável, modernizando o texto da lei, a fim de adequá-la à equiparação da união estável ao casamento com o regime de comunhão parcial de bens, já existente no Código Civil no seu artigo 1.725.

É, na verdade, um alongamento do já disposto no Código Civil, a respeito da incomunicabilidade dos rendimentos trabalhistas no casamento com regime da comunhão parcial de bens, nos termos do artigo 1.659, inciso VI.

Aqui, trata-se de um rendimento em razão do trabalho despendido pelo autor na obra por ele produzida.

Opinião contrária ou ressalva:

O artigo 39 repete dispositivos que apareceram nas últimas codificações autorais brasileiras e é totalmente desnecessário e sem sentido. Isso é matéria afeita ao Direito das Sucessões e não ao Direito Autoral. E configura-se como desnecessária repetição (para não dizer redundância) legislativa, já que não se transmite ao cônjuge nenhum direito patrimonial que tenha anterior ao casamento, salvo pacto antenupcial em contrário.

Lei 9.610	Art. 40. Tratando-se de obra anônima ou pseudônima, caberá a quem publicá-la o exercício dos direitos patrimoniais do autor. Parágrafo único. O autor que se der a conhecer assumirá o exercício dos direitos patrimoniais, ressalvados os direitos adquiridos por terceiros.
Lei 9.610	Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o <i>caput</i> deste artigo.
MinC	Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor duram por toda a sua vida e por mais setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.
GEDAI	Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor duram por toda a sua vida e por mais cinquenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

A redução do prazo de proteção para cinquenta anos, que não encontra impedimento na Convenção de Berna, permite a ampliação do domínio público, favorecendo a disseminação da cultura e do conhecimento para a sociedade.

A instituição de uma regra de transição permite aos atuais titulares de direitos continuarem a explorar as obras que desejarem, sem prejuízo do domínio público sobre as obras não exploradas, assim observando de modo adequado a Convenção de Berna e fixando prazo condizente com uma proteção exequível e que de certo modo possibilite o acesso vinte anos antes dos interessados às obras caídas em domínio público.

Os países da União Européia adotaram em suas legislações nacionais o prazo de 70 anos, o que gerou inúmeros questionamentos de obras que já haviam entrado em domínio público, que com o elástico do prazo de 50 para 70 anos, alguns herdeiros de alguns autores pleitearam seus direitos.

Lei 9.610	Art. 42. Quando a obra literária, artística ou científica realizada em coautoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos coautores sobreviventes. Parágrafo único. Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do coautor que falecer sem sucessores.
------------------	--

De igual modo o prazo é aqui questionado no art. 43 da Lei 9.610.

	Art. 43. Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre
--	---

Lei 9.610	as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação. Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, sempre que o autor se der a conhecer antes do termo do prazo previsto no caput deste artigo.
GEDAI	Art. 43. Será de cinquenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1o de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.

A redução do prazo de proteção para cinquenta anos, que não encontra impedimento na Convenção de Berna, permite a ampliação do domínio público, favorecendo a disseminação da cultura e do conhecimento para a sociedade.

A instituição de uma regra de transição permite aos atuais titulares de direitos continuarem a explorar as obras que desejarem, sem prejuízo do domínio público sobre as obras não exploradas.

Lei 9.610	Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.
MinC	Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais, fotográficas e coletivas será de setenta anos, a contar de 1o de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação. Parágrafo único. Decorrido o prazo de proteção previsto neste artigo, a utilização ou exploração por terceiros da obra audiovisual ou da obra coletiva não poderá ser impedida pela eventual proteção de direitos autorais de partes que sejam divisíveis e que são também objeto de exploração comercial em separado.
GEDAI	Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais, fotográficas e coletivas será de cinquenta anos, a contar de 1o de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação. Art. 44-A. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras produzidas no âmbito da Administração Pública será de dez anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação.

A redução do prazo de proteção para cinquenta anos, que não encontra impedimento na Convenção de Berna, permite a ampliação do domínio público, favorecendo a disseminação da cultura e do conhecimento para a sociedade.

A instituição de uma regra de transição permite aos atuais titulares de direitos continuarem a explorar as obras que desejarem, sem prejuízo do domínio público sobre as obras não exploradas.

O prazo de proteção para obras criadas no âmbito da Administração deve ser menos restritivo, de modo que esse conteúdo possa integrar o acervo cultural amplo disponível à sociedade, representado pelo domínio público, de forma mais breve.

Ademais, esse prazo protetivo reduzido e diferenciado já era previsto nas legislações nacionais anteriores que tratavam do tema.

Lei 9.610	<p>Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:</p> <p>I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;</p> <p>II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.</p>
MinC	<p>II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aplicável às expressões culturais tradicionais.</p> <p>Parágrafo único. O exercício dos direitos reais sobre os suportes materiais em que se fixam as obras intelectuais pertencentes ao domínio público não compreende direito exclusivo à sua imagem ou reprodução, garantindo-se o acesso ao original, mediante as garantias adequadas e sem prejuízo ao detentor da coisa, para que o Estado possa assegurar à sociedade a fruição das criações intelectuais.</p>

O artigo, ao remeter para a ordem sucessória da lei civil (leia-se Direito das Sucessões, principalmente no artigo 1.829 do atual Digesto), nada refere com relação a possibilidade de transferência ou não aos entes públicos previstos (Municípios e Distrito Federal) como herança jacente, de obras de autores que hajam falecido sem deixar sucessores.

Sugere-se aqui que o inciso I do artigo 45 da novel legislação seja completado com a seguinte expressão: “não se aplicando aqui e para o fim de sucessão de Direitos Autorais as previsões da lei própria atinentes à herança jacente e herança vacante”.

Em relação ao inciso II, propõe-se a inclusão de petições e pareceres entre as hipóteses do referido artigo, o que garantiria as defesas contra o plágio (obrigatoriedade de citação da fonte), ao mesmo tempo em que permitiria o uso por terceiros das teses jurídicas apresentadas ao Poder Judiciário.

Ainda, sugere-se a inclusão de outro inciso, prevendo expressamente a possibilidade de doação por parte dos autores ou titulares de suas obras para o domínio público: “III – aquelas doadas por seus autores ou titulares, bastando para tanto declaração simples e inequívoca de vontade de sua parte.”

3.4. - Das Limitações aos Direitos Autorais

A Convenção de Berna estabelece limitações ao Direito Autoral e a Legislação brasileira, justamente nesta área é que verifica os maiores conflitos de interesses públicos e privados.

Lei 9.610	<p>Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:</p> <p>I - a reprodução:</p> <p>a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;</p> <p>b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;</p> <p>c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;</p> <p>d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;</p> <p>II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;</p> <p>III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;</p> <p>IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;</p> <p>V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;</p> <p>VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;</p> <p>VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;</p>
------------------	---

	<p>VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.</p>
<p>MinC</p>	<p>Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais a utilização de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, nos seguintes casos:</p> <p>I – a reprodução, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra legitimamente adquirida, desde que feita em um só exemplar e pelo próprio copista, para seu uso privado e não comercial;</p> <p>II – a reprodução, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra legitimamente adquirida, quando destinada a garantir a sua portabilidade ou interoperabilidade, para uso privado e não comercial;</p> <p>III – a reprodução na imprensa, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;</p> <p>IV – a utilização na imprensa, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza ou de qualquer obra, quando for justificada e na extensão necessária para cumprir o dever de informar sobre fatos noticiosos;</p> <p>VI – a representação teatral, a recitação ou declamação, a exibição audiovisual e a execução musical, desde que não tenham intuito de lucro e que o público possa assistir de forma gratuita, realizadas no recesso familiar ou, nos estabelecimentos de ensino, quando destinadas exclusivamente aos corpos discente e docente, pais de alunos e outras pessoas pertencentes à comunidade escolar;</p> <p>VIII – a utilização, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes visuais, sempre que a utilização em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores;</p> <p>IX – a reprodução, a distribuição, a comunicação e a colocação à disposição do público de obras para uso exclusivo de pessoas portadoras de deficiência, sempre que a deficiência implicar, para o gozo da obra por aquelas pessoas, necessidade de utilização mediante qualquer processo específico ou ainda de alguma adaptação da obra protegida, e desde que não haja fim comercial na reprodução ou adaptação;</p> <p>X – a reprodução e a colocação à disposição do público para inclusão em portfólio ou currículo profissional, na medida justificada para este fim, desde que aquele que pretenda divulgar as obras por tal meio seja um dos autores ou pessoa retratada;</p> <p>XI – a utilização de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou, se morta ou ausente, de seu cônjuge, seus ascendentes ou descendentes;</p> <p>XII – a reprodução de palestras, conferências e aulas por aqueles a quem elas se dirigem, vedada a publicação, independentemente do intuito de lucro, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;</p> <p>XIII – a reprodução necessária à conservação, preservação e arquivamento de qualquer obra, sem finalidade comercial, desde que realizada por bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições</p>

	<p>museológicas, na medida justificada para atender aos seus fins;</p> <p>XIV – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;</p> <p>XV – a representação teatral, a recitação ou declamação, a exibição audiovisual e a execução musical, desde que não tenham intuito de lucro, que o público possa assistir de forma gratuita e que ocorram na medida justificada para o fim a se atingir e nas seguintes hipóteses:</p> <p>a) para fins exclusivamente didáticos;</p> <p>b) com finalidade de difusão cultural e multiplicação de público, formação de opinião ou debate, por associações cineclubistas, assim reconhecidas;</p> <p>c) estritamente no interior dos templos religiosos e exclusivamente no decorrer de atividades litúrgicas; ou</p> <p>d) para fins de reabilitação ou terapia, em unidades de internação médica que prestem este serviço de forma gratuita, ou em unidades prisionais, inclusive de caráter socioeducativas;</p> <p>XVI – a comunicação e a colocação à disposição do público de obras intelectuais protegidas que integrem as coleções ou acervos de bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, para fins de pesquisa, investigação ou estudo, por qualquer meio ou processo, no interior de suas instalações ou por meio de suas redes fechadas de informática;</p> <p>XVII – a reprodução, sem finalidade comercial, de obra literária, fonograma ou obra audiovisual, cuja última publicação não estiver mais disponível para venda, pelo responsável por sua exploração econômica, em quantidade suficiente para atender à demanda de mercado, bem como não tenha uma publicação mais recente disponível e, tampouco, não exista estoque disponível da obra ou fonograma para venda; e</p> <p>XVIII – a reprodução e qualquer outra utilização de obras de artes visuais para fins de publicidade relacionada à exposição pública ou venda dessas obras, na medida em que seja necessária para promover o acontecimento, desde que feita com autorização do proprietário do suporte em que a obra se materializa, excluída qualquer outra utilização comercial.</p> <p>Parágrafo único. Além dos casos previstos expressamente neste artigo, também não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, quando essa utilização for:</p> <p>I – para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo; e</p> <p>II – feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.</p>
	<p>I – a reprodução, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra legitimamente adquirida, para uso privado e não comercial;</p> <p>III – a reprodução em veículos jornalísticos, de relato noticioso ou de artigo informativo, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; publicado em diários, periódicos e em outros veículos jornalísticos.</p> <p>IV – a utilização em veículos jornalísticos, de discursos pronunciados em</p>

GEDAI	<p>reuniões públicas de qualquer natureza ou de qualquer obra, quando for justificada e na extensão necessária para cumprir o dever de informar sobre fatos noticiosos;</p> <p>V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos, inclusive sítios eletrônicos, comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;</p> <p>VI – a representação, a recitação, declamação, a exibição audiovisual e a execução musical, ou outras formas de exibição artística, desde que não tenham intuito de lucro e que o público possa assistir de forma gratuita, realizadas no recesso familiar ou nos estabelecimentos de ensino, quando destinadas exclusivamente aos corpos discente e docente, pais de alunos e outras pessoas pertencentes à comunidade escolar;</p> <p>VIII – a utilização, em quaisquer obras, de partes de obras preexistentes, de qualquer natureza, na medida justificada, ou de obra integral, quando de artes visuais, sempre que a utilização em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores;</p> <p>IX – a reprodução, a distribuição, a comunicação, a disponibilização e a colocação à disposição do público de obras para uso exclusivo de pessoas portadoras de deficiência, sempre que a deficiência implicar, para o gozo da obra por aquelas pessoas, necessidade de utilização mediante qualquer processo específico ou ainda de alguma adaptação da obra protegida.</p> <p>XII – a reprodução e fixação de palestras, conferências e aulas por aqueles a quem elas se dirigem, vedada a publicação, independentemente do intuito de lucro, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;</p> <p>XV – a representação, a recitação ou declamação, a exibição audiovisual e a execução musical, ou qualquer forma de utilização de obra autoral, desde que não tenham intuito de lucro, que o público possa assistir de forma gratuita e que ocorram na medida justificada para o fim a se atingir e nas seguintes hipóteses</p>
--------------	--

A redação do artigo 46 contempla novas hipóteses de limites ao direito patrimonial do autor, o que constitui um importante avanço para a legislação, além de corrigir erros presentes na lei autoral em vigor que proíbe a cópia integral de obra para fins de uso privado.

Foi proposta a alteração do título do capítulo IV para “Das utilizações livres dos Direitos Autorais”. Tal denominação reforçaria que nem todos os usos são restritos, além de facilitar o caráter didático da legislação e a interpretação por leigos.

Cabe salientar que hoje em dia todo o arcabouço legal em torno do direito autoral impossibilita a maioria dos usos das obras protegidas, restando alguns

limites, ou exceções, que no caso da lei nº 9.610/1998 fazem parte de um rol taxativo.

O cenário ideal para a sociedade seria que essa situação se invertesse e a maioria das utilizações das obras fosse livre, enquanto que os limites seriam os casos excepcionais, mormente aqueles com fins lucrativos, em que se necessitaria de autorização do autor ou titular da obra para a sua utilização.

Aqui é muito importante a explicitação: “dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular”, visto que havia doutrinadores que entendiam não ser necessária apenas a remuneração, persistindo a necessidade de autorização do autor mesmo para utilizações inclusas neste artigo.

A alteração no inciso primeiro questiona o trecho “um só exemplar e pelo próprio copista”, pois se entendeu que se o uso é privado e não comercial e a obra foi legitimamente adquirida, não haveria necessidade de ser feita pelo próprio copista.

Além disso, a terminologia “exemplar” é dúbia, pois arquivos digitais não são necessariamente “exemplares”, além do que este termo não tem definição precisa na própria lei. Tal proposta já englobaria as hipóteses da proposta para o inciso II, a seguir, mas não impediria a redação de ambos, já que o próximo inciso trata de uma situação específica.

A lei moderniza, repetindo o que a anterior lei 5988/73 já permitia, ou seja, a cópia em único exemplar para uso privado do copista. Esta autorização de uso já era de muito reivindicada, muito especialmente, em razão da atual tecnologia que permite as cópias de CDs e, muito especialmente, com relação à cópia para fins educacionais.

Ainda, não é possível que seja considerado infração ao direito autoral, pela atual legislação, atitudes triviais como o *format shifting*, como a passagem de músicas de um CD ou de um texto impresso para o meio digital, para uso próprio.

No inciso terceiro, a palavra notícia pode sugerir a proteção a um fato, informação ou conteúdo. Assim, sugere-se a substituição da palavra notícia por relato. Pertinente também questionar-se aqui o que seria a “imprensa”. Este termo abrangeria blogs e veículos exclusivamente digitais? Seria necessário incluir qualquer veículo com caráter jornalístico.

Sugere-se, no inciso quarto, substituir a expressão “imprensa” por “veículos jornalísticos”, no inciso quarto. Questiona-se aqui o que seria a “imprensa”? Este termo abrangeria blogs e veículos exclusivamente digitais? Seria necessário incluir qualquer veículo com caráter jornalístico.

O anterior inciso IV era mais específico ao fim que buscava proteger, que eram as lições em estabelecimentos de ensino. Entretanto, entende-se que a atual redação do inciso XII permite a mesma proteção do objeto protegido no anterior inciso mencionado.

Ao incluir no inciso quinto a expressão “inclusive sítios eletrônicos”, expressamente se protegem os *websites* que comercializam obras autorais da necessidade de buscar licenças específicas para demonstração de tais obras.

Se o objetivo é ampliar o acesso ao conhecimento, à educação e à informação como objetivo geral que perpassa todo o texto legislativo, é de se acrescentar que possam ser disponibilizadas inclusive capas (ilustrações na capa, ou a capa completa em sua forma estética) e índices de livros (sumário), mormente por editoras e livrarias. Com isso, além de se fazer notar uma prática comercial que é consuetudinária, se atentar para a facilitação do acesso às obras pelos interessados.

Não há necessidade de se restringir o inciso sexto deste artigo de sobremaneira. Assim sugere-se a supressão da palavra “teatral” e a inclusão de “qualquer outra forma de utilização”.

No inciso oitavo, mantém-se a terminologia “pequenos trechos”, a qual é bem imprecisa. Sugere-se a inclusão da expressão: “partes de obras preexistentes, na medida justificada”.

Em relação ao disposto no inciso nono, discute-se a condição de que “não haja fim comercial na reprodução ou adaptação”. Isto significa que as obras não poderiam ser vendidas? Sabe-se que a adaptação de uma obra escrita para o braile, por exemplo, é muito custosa, assim dificilmente haveria interesse em promover tal adaptação de forma totalmente gratuita.

Sugere-se incluir no inciso doze, além da reprodução, o termo “fixação”, de forma a permitir, por exemplo, ao aluno que grave uma aula ou uma palestra, vedada sua reprodução, como forma de permitir ao aluno a utilização do conteúdo discutido.

Opinião contrária ou ressalva:

Além de ser nova utilização (o aluno é matriculado e tem direito de assistir e anotar aulas e não gravá-las), envolve o Direito Autoral em outras esferas desnecessárias e conflitantes, como o Direito Educacional em sentido estrito (contratos com instituições de ensino, que não possibilitam gravar aulas) e direito de imagem dos professores, que além do mais perderiam toda sua espontaneidade ao saber que suas aulas estarão sendo indistintamente gravadas.

Ou seja, o espaço da sala de aula como locus privilegiado da informalidade e até da descontração muitas vezes deve ser preservado, e a possibilidade ampla de gravação fará com que as aulas sejam como são as palestras em eventos, onde se utiliza um linguajar mais formal e se toma cuidado extremo com cada palavra pronunciada.

Até onde isso vai contribuir com um maior e mais eficaz acesso à educação é a pergunta que deve ser feita.

Réplica:

É de se arguir que toda pessoa tem o direito de gravar as comunicações das quais toma parte; ou seja, o aluno já possui, em tese, o direito de gravar toda conversa da qual participe.

É o caso de se regular tal conduta, vedando sua publicação de forma desautorizada.

A permissão de uso que trata o inciso XIII do projeto apresentado pelo MinC já era reivindicada há bastante tempo, a fim de conservação da própria obra, para fins culturais, educacionais e informacionais; inclusive encontra previsões semelhantes na legislação comparada.

Ao tratar do mencionado no inciso XV, novamente esclarece-se que não há necessidade de se restringir o artigo de sobremaneira, assim sugere-se a supressão da palavra “teatral” e a inclusão de “qualquer outra forma de utilização”.

Aqui cabe saudar a inclusão deste inciso, principalmente em relação aos usos didáticos e os cineclubes, que muitas vezes são inviabilizados pela cobrança de valores relativos a direito autoral ou pela recusa de autorização por parte dos titulares das obras.

Não fica claro no artigo se será autorizada a digitalização dos acervos ou coleções mencionados no inciso XVI.

Além disso, as redes fechadas pressuporiam o mero uso de senha e cadastro ou seria apenas para os membros da instituição?

Contrapõe-se aqui o direito de acesso ao conhecimento com os direitos patrimoniais de editoras e autores; por um lado, as bibliotecas possuem a missão de fornecer acesso à cultura e ao patrimônio histórico, e não está claro como tais projetos conviverão com iniciativas privadas destinadas ao nascente mercado de *e-books*.

Opinião contrária ou ressalva:

A expressão no “interior de suas instalações ou por meio de suas redes de informática”, ao contrário da justificativa, deve ser melhor esclarecida, ficando restrita ao âmbito exclusivo daqueles acessos possibilitados no interior dos espaços físicos das Bibliotecas, estritamente, e nada mais.

Réplica:

Resultados preliminares de pesquisas do GEDAI apontam no sentido de políticas de licenciamentos específicos das editoras para bibliotecas digitais, que utilizem o potencial de distribuição da rede ao mesmo tempo em que preservam os direitos de titulares.

Lei 9.610	Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito. Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.
MinC	Art. 48. As obras de artes visuais e arquitetônicas permanentemente perceptíveis em logradouros públicos podem ser livremente representadas, por qualquer meio ou processo, inclusive fotográfico.
GEDAI	Art. 48. As obras de artes visuais e arquitetônicas permanentemente perceptíveis em logradouros públicos podem ser livremente representadas, por qualquer meio ou processo, inclusive fotográfico ou audiovisual.

Sugere-se a inclusão do termo “audiovisual” nesse artigo, de forma a imprimir clareza ao texto legal.

3.5. Da Transferência dos Direitos de Autor

No artigo 49 e seguintes a lei trata sobre a transferência dos Direitos de Autor, utilizando o termo em sentido abrangente, o que tem gerado desde então críticas por diversos doutrinadores.

Lei 9.610	Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será
------------------	--

	<p>de cinco anos;</p> <p>IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;</p> <p>V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;</p> <p>VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.</p>
MinC	<p>Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, por prazo determinado ou em definitivo, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, pelos meios admitidos em direito, obedecidas as seguintes regras e especificações:</p> <p>I – a cessão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;</p> <p>Art. 49-A. O autor ou titular de direitos patrimoniais poderá conceder a terceiros, sem que se caracterize transferência de titularidade dos direitos, licença que se regerá pelas estipulações do respectivo contrato e pelas disposições previstas neste capítulo, quando aplicáveis.</p> <p>§1º Salvo estipulação contratual expressa em contrário, a licença se presume não exclusiva.</p>
GEDAI	<p>VII – aquele que receber os direitos patrimoniais por cessão somente poderá contratar com terceiros nos limites do contrato pelo qual recebeu tais direitos, sob pena de responder por perdas e danos.</p> <p>§2º O autor ou titular de direitos patrimoniais poderá, na publicação da obra ou posteriormente, disponibilizar a obra por meio de uma licença geral pública que garanta a liberdade de compartilhamento e/ou modificação da obra por terceiros sem autorização expressa prévia ou necessidade de remuneração.</p>

O texto do anteprojeto deixa mais clara a possibilidade de transferência definitiva dos direitos do autor, haja vista que o traz de forma expressa no seu *caput*, o que no texto da atual lei vinha disposto no seu inciso II.

A revogação do atual inciso II entende-se tranquila, haja vista que o *caput* do artigo já o refere, além de que na redação do inciso III já há previsão da exigência de contrato escrito quando o prazo for superior a cinco anos. Logo, se for em definitivo, como prevê o atual inciso II, por óbvio da necessidade de ser por estipulação contratual escrita.

A inclusão do referido inciso VII tem como escopo aumentar a segurança jurídica daquele que contrata com o cessionário parcial.

Em outras palavras, aquele que recebe parcialmente direitos patrimoniais não poderá contratar os referidos direitos com terceiros ultrapassando os limites do contrato de cessão pelo qual recebeu os direitos.

Exemplificando: o cessionário parcial não poderá conceder uma licença a terceiro que ultrapasse o tempo do contrato de cessão que recebeu; ou, caso tenha recebido todos os direitos exceto aquele que permita que a obra seja adaptada, não poderá permitir que terceiros adaptem a obra protegida por direito autoral.

A respeito do parágrafo segundo, foi defendido que as licenças públicas, a exemplo daquelas conhecidas como *copyleft*, devem ser tipificadas, destacando-se na lei a característica benéfica de abertura para o comum pela lei.

Atende-se, com esta previsão, os princípios estabelecidos pelos arts. 1º e 3º da Revisão da LDA. Tais licenças podem ser usadas para negócios. Foi sugerido ainda que o referido parágrafo deveria remeter à observação do art. 6º da lei, onde prevê a possibilidade de anulação do contrato.

Ademais, sugeriu-se criar uma espécie de registro onde tais licenças gerais públicas poderiam estar cadastradas.

Lei 9.610	Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa. § 1º Poderá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o art. 19 desta Lei, ou, não estando a obra registrada, poderá o instrumento ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos. § 2º Constarão do instrumento de cessão como elementos essenciais seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço.
MinC	Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por estipulação contratual escrita, presume-se onerosa. § 1º Poderá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o art. 19 desta Lei, ou, não estando a obra registrada, poderá o instrumento ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos. § 3o Decorrido o prazo previsto no instrumento, os direitos autorais retornam obrigatoriamente ao controle econômico do titular originário ou de seus sucessores, independentemente de possíveis dívidas ou outras obrigações pendentes entre as partes contratantes.

A nova redação passa a tornar obrigatória tanto a averbação da cessão dos direitos de autor à margem do registro a que se refere o artigo 19, no caso da obra encontrar-se registrada, como também tornou obrigatório o registro no Cartório de Títulos e Documentos da cessão dos direitos do autor da obra não registrada.

Entende-se que tal exigência de averbação ou registro possui o objetivo de dar maior publicidade às cessões envolvendo os direitos do autor, a fim de acautelar direitos de terceiros que pretendam utilizar a obra, para que possam tomar ciência da titularidade derivada da obra.

A inclusão do parágrafo 3º dá clareza e segurança ao intérprete, não deixando dúvidas que transcorrido o prazo contratado a exploração econômica volta ao autor.

Lei 9.610	<p>Art. 51. A cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos.</p> <p>Parágrafo único. O prazo será reduzido a cinco anos sempre que indeterminado ou superior, diminuindo-se, na devida proporção, o preço estipulado.</p> <p>Art. 52. A omissão do nome do autor, ou de coautor, na divulgação da obra não presume o anonimato ou a cessão de seus direitos.</p>
MinC	<p>Art. 51. A cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos, contado a partir da data de assinatura do contrato.</p>

3.6. Da Obra sob Encomenda ou Decorrente de Vínculo

MinC	<p>Art. 52-A. Salvo convenção em contrário, caberá ao empregador, ente público, ou comitente, exclusivamente para as finalidades que constituam o objeto do contrato ou das suas atividades, o exercício da titularidade dos direitos patrimoniais das obras:</p> <p>I – criadas em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho;</p> <p>II – criadas em cumprimento de contrato de encomenda, inclusive para os efeitos dos art. 54 e 55 desta Lei.</p> <p>§ 1º O autor conservará seus direitos patrimoniais com relação às demais modalidades de utilização da obra, podendo assim explorá-la livremente.</p> <p>§ 2º A liberdade conferida ao autor de explorar sua obra, na forma deste artigo, não poderá importar em prejuízo injustificado para o empregador, ente público ou comitente na exploração da obra.</p> <p>§ 3º A retribuição pelo trabalho ou encomenda esgota-se com a remuneração ou com o salário convencionado, salvo disposição em contrário.</p>
-------------	---

<p>§ 4o Será restituída ao autor a totalidade de seus direitos patrimoniais sempre que a obra objeto de contrato de encomenda não se iniciar dentro do termo inicial contratualmente estipulado, nas seguintes condições:</p> <p>I – quando houver retribuição condicionada à participação na exploração econômica da obra, não sendo neste caso o autor obrigado a restituir as quantias recebidas a título de adiantamento de tal modalidade de retribuição;</p> <p>II – quando houver retribuição não condicionada à participação na exploração econômica da obra, desde que o autor restitua as quantias recebidas a título de tal modalidade de retribuição.</p> <p>§ 5o Para efeitos do § 4o, no caso de não haver termo contratualmente estipulado para a exploração econômica da obra, o autor recobrará a totalidade de seus direitos patrimoniais, no prazo de um ano da entrega da obra, obedecidos os critérios de restituição previstos nos incisos I e II do § 4o.</p> <p>§ 6o Os contratos de obra sob encomenda far-se-ão sempre por escrito.</p> <p>§ 7o O autor terá direito de publicar, em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano do início de sua comercialização pelo encomendante, salvo convenção em contrário.</p> <p>§ 8o Não havendo termo fixado para a entrega da obra, entende-se que o autor pode entregá-la quando lhe convier.</p> <p>§ 9o Serão nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que limitem o exercício dos direitos morais pelo autor da obra encomendada, observado o disposto no art. 24 § 3o.</p> <p>§ 10. As disposições deste artigo não se aplicam:</p> <p>I – aos radialistas, aos autores e aos artistas intérpretes ou executantes cujo exercício profissional é regido pelas Leis no 6.533, de 24 de maio de 1978, e no 6.615, de 16 de dezembro de 1978, sendo-lhes devidos os direitos autorais e conexos em decorrência de cada publicação, execução ou exibição da obra e vedada a cessão ou a promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços ou da relação de emprego;</p> <p>II – às relações que digam respeito à utilização econômica dos artigos publicados pela imprensa, regidas pelo art. 36 desta Lei</p> <p>III – às relações decorrentes de contrato ou vínculo de professores ou pesquisadores com instituição que tenha por finalidade o ensino ou a pesquisa;</p> <p>IV – quando a criação exceder claramente o desempenho da função, ou tarefa ajustada, ou quando forem feitos usos futuros da obra que não haviam sido previstos no contrato;</p> <p>V – aos profissionais regidos pela Lei no 5.194, de 24 de dezembro de 1966;</p> <p>VI – às produções de obra audiovisual de natureza não publicitária.</p>
--

Trata-se de redação inovadora e necessária para cumprir os objetivos traçados no artigo 1º da lei autoral. A licença compulsória é remédio que deve ser utilizado contra as práticas abusivas praticadas por titulares de direito que acabam por impedir o desenvolvimento econômico e cultural da sociedade.

A União Europeia e os Estados Unidos, apenas para citar alguns exemplos, já preveem tal medida no casos de excesso no exercício do direito exclusivo por parte dos titulares.

3.7 Das Licenças Não Voluntárias

A proposta do MinC de revisão da Lei 9.610 vem inovar no tocante ao tópico das licenças não voluntárias, dispositivos (52-B e 52-C) que inexistiam na legislação brasileira.

MinC	<p>Art. 52-B. O Presidente da República poderá, mediante requerimento de interessado legitimado nos termos do § 3o, conceder licença não voluntária e não exclusiva para tradução, reprodução, distribuição, edição e exposição de obras literárias, artísticas ou científicas, desde que a licença atenda necessariamente aos interesses da ciência, da cultura, da educação ou do direito fundamental de acesso à informação, nos seguintes casos:</p> <p>I – Quando, já dada a obra ao conhecimento do público há mais de cinco anos, não estiver mais disponível para comercialização em quantidade suficiente para satisfazer as necessidades do público;</p> <p>II – Quando os titulares, ou algum deles, de forma não razoável, recusarem ou criarem obstáculos à exploração da obra, ou ainda exercerem de forma abusiva os direitos sobre ela;</p> <p>III – Quando não for possível obter a autorização para a exploração de obra que presumivelmente não tenha ingressado em domínio público, pela impossibilidade de se identificar ou localizar o seu autor ou titular; ou</p> <p>IV – Quando o autor ou titular do direito de reprodução, de forma não razoável, recusar ou criar obstáculos ao licenciamento previsto no art. 88-A.</p> <p>§ 1o No caso das artes visuais, aplicam-se unicamente as hipóteses previstas nos incisos II e III.</p> <p>§ 2o Todas as hipóteses de licenças não voluntárias previstas neste artigo estarão sujeitas ao pagamento de remuneração ao autor ou titular da obra, arbitrada pelo Poder Público em procedimento regular que atenda os imperativos do devido processo legal, na forma do regulamento, e segundo termos e condições que assegurem adequadamente os interesses morais e patrimoniais que esta Lei tutela, ponderando-se o interesse público em questão.</p> <p>§ 3o A licença de que trata este artigo só poderá ser requerida por pessoa com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente da obra, que deverá destinar-se ao mercado interno.</p> <p>§ 4o Sempre que o titular dos direitos possa ser determinado, o requerente deverá comprovar que solicitou previamente ao titular a licença voluntária para exploração da obra, mas que esta lhe foi recusada ou lhe foram criados obstáculos para sua obtenção, de forma não razoável, especialmente quando o preço da retribuição não tenha observado os usos e costumes do mercado.</p> <p>§ 5o Salvo por razões legítimas, assim reconhecidas por ato do Ministério da Cultura, o licenciado deverá obedecer ao prazo para início da exploração da</p>
-------------	---

	<p>obra, a ser definido na concessão da licença, sob pena de caducidade da licença obtida.</p> <p>§ 6o O licenciado ficará investido de todos os poderes para agir em defesa da obra.</p> <p>§ 7o Fica vedada a concessão da licença nos casos em que houver conflito com o exercício dos direitos morais do autor.</p> <p>§ 8o As disposições deste capítulo não se aplicam a programas de computador.</p> <p>Art. 52-C. O Poder Executivo, observado o disposto nesta Lei, disporá, em regulamento, sobre o procedimento e as condições para apreciação e concessão da licença não voluntária de que trata o art. 52-B, com obediência aos preceitos do devido processo legal.</p> <p>§ 1o O requerimento de licença não voluntária será dirigido ao Ministério da Cultura, acompanhado da documentação necessária, nos termos do regulamento.</p> <p>§ 2o Caberá ao Ministério da Cultura, na forma do regulamento, oportunizar ao autor ou titular da obra o direito à ampla defesa e ao contraditório.</p> <p>§ 3o Se não houver necessidade de diligências complementares ou após a realização destas, o Ministério da Cultura elaborará parecer técnico, não vinculativo, e o encaminhará, juntamente com o processo administrativo referente ao requerimento, para apreciação do Presidente da República.</p> <p>§ 4o Da decisão que conceder a licença não voluntária caberá pedido de reconsideração, recebido apenas no efeito devolutivo, para que, no prazo de até quinze dias contado do recebimento desse pedido, seja proferida decisão definitiva.</p> <p>§ 5o O ato de concessão da licença não voluntária deverá estabelecer, no mínimo, as seguintes condições, além de outras previstas em regulamento:</p> <p>I – o prazo de vigência da licença;</p> <p>II – a possibilidade de prorrogação; e</p> <p>III – a remuneração ao autor ou titular da obra pelo licenciado.</p> <p>§ 6o O regulamento deverá estabelecer a forma de recolhimento e destinação dos recursos pagos pelo licenciado a título de remuneração, na hipótese de licença não voluntária decorrente do inciso III do art. 52-B.</p> <p>§ 7o É vedada a cessão, a transferência ou o substabelecimento da licença não voluntária.</p> <p>§ 8o As obrigações remuneratórias do licenciado para com o autor ou titular cessam quando a obra cair em domínio público.</p>
<p>GEDAI</p>	<p>§ 2o Compete ao Ministério da Cultura, na forma do regulamento, oportunizar ao autor ou titular da obra o direito à ampla defesa e ao contraditório.</p>

Não se trata de discricionariedade por parte do MinC, mas de obrigação constitucional do contraditório; portanto, a substituição do termo “caberá” por “compete” no parágrafo segundo do art. 52-C.

É pertinente adotar tal recomendação de redação, tendo em vista que a ampla defesa e o contrário são direitos fundamentais, assim, trata-se de obrigação e não de ato discricionário do órgão.

Opinião contrária ou ressalva:

A palavra “competete” ao MinC, como ali constou, absolutamente não condiz com o espírito da Lei Suprema quando esta efetivamente determina a todas as instâncias, é claro inclusive as administrativas como é o caso, que deem o mais amplo e possível direito de defesa e ao contraditório, constituindo-se em verdadeira “marca” de um Estado de Direito plena e eficazmente democrático. A expressão correta então deve ser “Deverá o Ministério da Cultura...”.

MinC	Art. 52-D. Durante o período de sua vigência, a licença não voluntária poderá ser revogada quando: I – o licenciado deixar de cumprir com as condições que o qualificaram; ou II – houver descontinuidade do pagamento da remuneração ao autor ou titular da obra. Parágrafo único. A revogação da licença poderá ser de ofício ou mediante requerimento do autor ou titular da obra ou do Ministério Público, na forma definida em regulamento.
-------------	---

CAPÍTULO 4 – DA UTILIZAÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS E DOS FONOGRAMAS

4.1. Da Edição

O Contrato de Edição é a base das relações comerciais entre o autor e o terceiro que irá realizar a comercialização da obra, sendo típicamente um contrato de Direito Autoral.

Lei 9.610	<p>Art. 53. Mediante contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor.</p> <p>Parágrafo único. Em cada exemplar da obra o editor mencionará:</p> <p>I - o título da obra e seu autor;</p> <p>II - no caso de tradução, o título original e o nome do tradutor;</p> <p>III - o ano de publicação;</p> <p>IV - o seu nome ou marca que o identifique.</p>
MinC	<p>Art. 53. Mediante contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade e em atendimento aos legítimos interesses do autor, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor.</p> <p>§ 1º contrato de edição não poderá conter cláusula de cessão dos direitos patrimoniais do autor.</p> <p>§ 2º Em cada exemplar da obra o editor mencionará:</p> <p>§ 3º O autor poderá requerer a resolução do contrato quando o editor, após notificado pelo autor, obstar a circulação da obra em detrimento dos legítimos interesses do autor.</p>
Lei 9.610	<p>Art. 54. Pelo mesmo contrato pode o autor obrigar-se à feitura de obra literária, artística ou científica em cuja publicação e divulgação se empenha o editor.</p> <p>Art. 55. Em caso de falecimento ou de impedimento do autor para concluir a obra, o editor poderá:</p> <p>I - considerar resolvido o contrato, mesmo que tenha sido entregue parte considerável da obra;</p> <p>II - editar a obra, sendo autônoma, mediante pagamento proporcional do preço;</p> <p>III - mandar que outro a termine, desde que consintam os sucessores e seja o fato indicado na edição.</p> <p>Parágrafo único. É vedada a publicação parcial, se o autor manifestou a vontade de só publicá-la por inteiro ou se assim o decidirem seus sucessores.</p> <p>Art. 56. Entende-se que o contrato versa apenas sobre uma edição, se não houver cláusula expressa em contrário.</p> <p>Parágrafo único. No silêncio do contrato, considera-se que cada edição se constitui de três mil exemplares.</p>
GEDAI	<p>Parágrafo único. No silêncio do contrato, considera-se que cada edição se constitui de três mil exemplares, salvo prova em contrário.</p>

No parágrafo único do art.56 deve ser incluída a expressão “salvo prova em contrário”, como possibilidade de exercício de um direito baseado na prova testemunhal ou documental.

Lei 9.610	<p>Art. 57. O preço da retribuição será arbitrado, com base nos usos e costumes, sempre que no contrato não a tiver estipulado expressamente o autor.</p> <p>Art. 58. Se os originais forem entregues em desacordo com o ajustado e o editor não os recusar nos trinta dias seguintes ao do recebimento, ter-se-ão por aceitas as alterações introduzidas pelo autor.</p> <p>Art. 59. Quaisquer que sejam as condições do contrato, o editor é obrigado a facultar ao autor o exame da escrituração na parte que lhe corresponde, bem como a informá-lo sobre o estado da edição.</p> <p>Art. 60. Ao editor compete fixar o preço da venda, sem, todavia, poder elevá-lo a ponto de embaraçar a circulação da obra.</p> <p>Art. 61. O editor será obrigado a prestar contas mensais ao autor sempre que a retribuição deste estiver condicionada à venda da obra, salvo se prazo diferente houver sido convencionado.</p> <p>Art. 62. A obra deverá ser editada em dois anos da celebração do contrato, salvo prazo diverso estipulado em convenção.</p> <p>Parágrafo único. Não havendo edição da obra no prazo legal ou contratual, poderá ser rescindido o contrato, respondendo o editor por danos causados.</p> <p>Art. 63. Enquanto não se esgotarem as edições a que tiver direito o editor, não poderá o autor dispor de sua obra, cabendo ao editor o ônus da prova.</p> <p>§ 1º Na vigência do contrato de edição, assiste ao editor o direito de exigir que se retire de circulação edição da mesma obra feita por outrem.</p> <p>§ 2º Considera-se esgotada a edição quando restarem em estoque, em poder do editor, exemplares em número inferior a dez por cento do total da edição</p> <p>Art. 64. Somente decorrido um ano de lançamento da edição, o editor poderá vender, como saldo, os exemplares restantes, desde que o autor seja notificado de que, no prazo de trinta dias, terá prioridade na aquisição dos referidos exemplares pelo preço de saldo.</p> <p>Art. 65. Esgotada a edição, e o editor, com direito a outra, não a publicar, poderá o autor notificá-lo a que o faça em certo prazo, sob pena de perder aquele direito, além de responder por danos.</p> <p>Art. 66. O autor tem o direito de fazer, nas edições sucessivas de suas obras, as emendas e alterações que bem lhe aprouver.</p> <p>Parágrafo único. O editor poderá opor-se às alterações que lhe prejudiquem os interesses, ofendam sua reputação ou aumentem sua responsabilidade.</p>
GEDAI	Art. 60. Ao editor compete fixar o preço da venda, sem, todavia, poder elevá-lo a ponto de prejudicar a circulação da obra.

É necessária a troca do termo “embaraçar” por prejudicar, no art. 60, primando pela clareza legislativa.

Lei 9.610	Art. 67. Se, em virtude de sua natureza, for imprescindível a atualização da obra em novas edições, o editor, negando-se o autor a fazê-la, dela poderá encarregar outrem, mencionando o fato na edição.
MinC	Art. 67-A. As regras relativas à edição de que trata este capítulo aplicam-se a todas as obras protegidas e suscetíveis de serem publicadas em livros, jornais, revistas ou outros periódicos, tais como as traduções, as fotografias, os desenhos, as charges e as caricaturas. Art. 67-B. São aplicáveis aos contratos de edição de obra musical as disposições contidas no art. 53 desta Lei e nos demais artigos deste capítulo, no que couber.
GEDAI	Art. 67-A. As regras relativas à edição de que trata este capítulo aplicam-se a todas as obras protegidas e suscetíveis de serem publicadas.(retirada do presente artigo)

A melhor técnica legislativa recomenda a retirada do rol exemplificativo do art. 67-A, já que estamos tratando de todas as obras suscetíveis de publicação, inclusive as obras musicais, justificando a retirada.

A inclusão do art. 67-B não se justifica em face da redação proposta para o artigo 67-A, acima.

4.2. Da Comunicação ao Público

A obra intelectual é criada para estabelecer um diálogo entre o autor e seu público. A Lei de Direito Autoral estabelece que é necessária prévia e expressa autorização do autor ou titular do direito para que a comunicação seja levada ao público.

Lei 9.610	Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas. § 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica. § 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica. § 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros
------------------	---

	<p>terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.</p> <p>§ 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.</p> <p>§ 5º Quando a remuneração depender da frequência do público, poderá o empresário, por convênio com o escritório central, pagar o preço após a realização da execução pública.</p> <p>§ 6º O empresário entregará ao escritório central, imediatamente após a execução pública ou transmissão, relação completa das obras e fonogramas utilizados, indicando os nomes dos respectivos autores, artistas e produtores.</p> <p>§ 7º As empresas cinematográficas e de radiodifusão manterão à imediata disposição dos interessados, cópia autêntica dos contratos, ajustes ou acordos, individuais ou coletivos, autorizando e disciplinando a remuneração por execução pública das obras musicais e fonogramas contidas em seus programas ou obras audiovisuais.</p>
<p>MinC</p>	<p>Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais, fonogramas e obras audiovisuais em representações, exibições e execuções públicas.</p> <p>§ 1o Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e emissão.</p> <p>§ 2o Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão, a transmissão ou a emissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.</p> <p>§ 3o Considera-se exibição pública a utilização de obras audiovisuais em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão, transmissão ou emissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.</p> <p>§ 4o Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem, exibam ou haja recepção de transmissões ou emissões de obras literárias, artísticas ou científicas.</p> <p>§ 5o Previamente à realização da execução ou exibição pública, o usuário deverá apresentar à entidade responsável pela arrecadação dos direitos relativos à execução ou exibição pública a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.</p> <p>§ 6o Quando a remuneração depender da frequência do público, poderá o usuário, por convênio com a entidade responsável pela arrecadação dos direitos relativos à execução ou exibição pública, pagar o preço após a realização da execução ou exibição pública.</p> <p>§ 7o O usuário entregará à entidade responsável pela arrecadação dos direitos relativos à execução ou exibição pública, imediatamente após a representação, exibição ou execução pública, relação completa das obras e fonogramas utilizados, indicando os nomes dos respectivos autores, artistas e produtores.</p> <p>§ 8o As empresas responsáveis pela representação, exibição, radiodifusão,</p>

	emissão ou transmissão de obras e fonogramas manterão à imediata disposição dos interessados, cópia autêntica dos contratos, ajustes ou acordos, individuais ou coletivos, autorizando e disciplinando a remuneração por representação, execução ou exibição públicas das obras e fonogramas utilizados em seus programas ou obras audiovisuais.
GEDAI	§ 4o Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem, ou exibam transmissões ou emissões de obras literárias, artísticas ou científicas.

O trecho “exibam” já contemplaria também a “recepção de transmissões”. Assim, para evitar redundância, merece ser retirada a parte “haja recepção” do parágrafo quarto do art. 68.

Lei 9.610	<p>Art. 69. O autor, observados os usos locais, notificará o empresário do prazo para a representação ou execução, salvo prévia estipulação convencional.</p> <p>Art. 70. Ao autor assiste o direito de opor-se à representação ou execução que não seja suficientemente ensaiada, bem como fiscalizá-la, tendo, para isso, livre acesso durante as representações ou execuções, no local onde se realizam.</p> <p>Art. 71. O autor da obra não pode alterar-lhe a substância, sem acordo com o empresário que a faz representar.</p> <p>Art. 72. O empresário, sem licença do autor, não pode entregar a obra a pessoa estranha à representação ou à execução.</p> <p>Art. 73. Os principais intérpretes e os diretores de orquestras ou coro, escolhidos de comum acordo pelo autor e pelo produtor, não podem ser substituídos por ordem deste, sem que aquele consinta.</p> <p>Art. 74. O autor de obra teatral, ao autorizar a sua tradução ou adaptação, poderá fixar prazo para utilização dela em representações públicas.</p> <p>Parágrafo único. Após o decurso do prazo a que se refere este artigo, não poderá opor-se o tradutor ou adaptador à utilização de outra tradução ou adaptação autorizada, salvo se for cópia da sua.</p> <p>Art. 75. Autorizada a representação de obra teatral feita em coautoria, não poderá qualquer dos coautores revogar a autorização dada, provocando a suspensão da temporada contratualmente ajustada.</p> <p>Art. 76. É impenhorável a parte do produto dos espetáculos reservada ao autor e aos artistas.</p>
------------------	---

No tocante aos dispositivos 69 até 76 da Lei 9.610 nenhuma proposta de mudança foi apresentada.

4.3. Da Utilização da Obra de Arte Plástica

No tocante aos dispositivos 77 até 78 da Lei 9.610 nenhuma proposta de mudança foi apresentada. O artigo 77 deixa claro que salvo estipulação em contrário o autor da obra poderá aliar sem que isso implique ao adquirente o direito de reproduzi-la. O artigo 78 simplesmente disciplina a forma de autorização para reproduzir a obra de arte plástica.

Lei 9.610	Art. 77. Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la. Art. 78. A autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer processo, deve se fazer por escrito e se presume onerosa.
------------------	--

4.4. Da Utilização da Obra Fotográfica

No tocante ao artigo 79 da Lei 9610 nenhuma proposta de mudança foi apresentada.

Lei 9.610	Art. 79. O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra fotografada, se de artes plásticas protegidas. § 1º A fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor. § 2º É vedada a reprodução de obra fotográfica que não esteja em absoluta consonância com o original, salvo prévia autorização do autor.
------------------	--

4.5. Da Utilização de Fonograma

No totante ao artigo 80 da Lei 9.610 nenhuma proposta de alteração foi aventada. O fonograma é a gravação de sons em um suporte tecnicamente desenvolvido para tal finalidade.

Lei 9.610	Art. 80. Ao publicar o fonograma, o produtor mencionará em cada exemplar: I - o título da obra incluída e seu autor; II - o nome ou pseudônimo do intérprete; III - o ano de publicação; IV - o seu nome ou marca que o identifique.
------------------	--

4.6. Da Utilização da Obra Audiovisual

No tocante a obra audiovisual o MinC apresentou propostas de alteração buscando atualizar a legislação.

<p>Lei 9.610</p>	<p>Art. 81. A autorização do autor e do intérprete de obra literária, artística ou científica para produção audiovisual implica, salvo disposição em contrário, consentimento para sua utilização econômica.</p> <p>§ 1º A exclusividade da autorização depende de cláusula expressa e cessa dez anos após a celebração do contrato.</p> <p>§ 2º Em cada cópia da obra audiovisual, mencionará o produtor:</p> <p>I - o título da obra audiovisual;</p> <p>II - os nomes ou pseudônimos do diretor e dos demais coautores;</p> <p>III - o título da obra adaptada e seu autor, se for o caso;</p> <p>IV - os artistas intérpretes;</p> <p>V - o ano de publicação;</p> <p>VI - o seu nome ou marca que o identifique.</p> <p>VII - o nome dos dubladores. (Incluído pela Lei nº 12.091, de 2009)</p>
<p>MinC</p>	<p>Art. 81. A autorização do autor e do intérprete de obra literária, artística ou científica para produção audiovisual implica, salvo disposição em contrário, consentimento para sua utilização econômica pelo produtor.</p>
<p>Lei 9.610</p>	<p>Art. 82. O contrato de produção audiovisual deve estabelecer:</p> <p>I - a remuneração devida pelo produtor aos co-autores da obra e aos artistas intérpretes e executantes, bem como o tempo, lugar e forma de pagamento;</p> <p>II - o prazo de conclusão da obra;</p> <p>III - a responsabilidade do produtor para com os co-autores, artistas intérpretes ou executantes, no caso de co-produção.</p> <p>Art. 83. O participante da produção da obra audiovisual que interromper, temporária ou definitivamente, sua atuação, não poderá opor-se a que esta seja utilizada na obra nem a que terceiro o substitua, resguardados os direitos que adquiriu quanto à parte já executada.</p> <p>Art. 84. Caso a remuneração dos coautores da obra audiovisual dependa dos rendimentos de sua utilização econômica, o produtor lhes prestará contas semestralmente, se outro prazo não houver sido pactuado.</p> <p>Art. 85. Não havendo disposição em contrário, poderão os coautores da obra audiovisual utilizar-se, em gênero diverso, da parte que constitua sua contribuição pessoal.</p> <p>Parágrafo único. Se o produtor não concluir a obra audiovisual no prazo ajustado ou não iniciar sua exploração dentro de dois anos, a contar de sua conclusão, a utilização a que se refere este artigo será livre.</p>

Lei 9.610	Art. 86. Os direitos autorais de execução musical relativos a obras musicais, lítero-musicais e fonogramas incluídos em obras audiovisuais serão devidos aos seus titulares pelos responsáveis dos locais ou estabelecimentos a que alude o § 3o do art. 68 desta Lei, que as exibirem, ou pelas emissoras de televisão que as transmitirem.
MinC	<p>Art. 86. Os direitos autorais, decorrentes da exibição pública de obras audiovisuais e da execução pública de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas pré-existentis incluídos em obras audiovisuais, serão devidos aos seus titulares pelos responsáveis dos locais ou estabelecimentos a que alude o § 4o do art. 68 desta Lei, que as exibirem, ou pelas empresas de comunicação que as transmitirem ou emitirem.</p> <p>Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 81, os proventos pecuniários resultantes de cada exibição pública de obras audiovisuais serão repartidos entre seus autores, artistas intérpretes e produtores, na forma convencionada entre eles ou suas associações.</p> <p>Art. 86-A. Os responsáveis pelas salas de exibição cinematográfica deverão deduzir cinquenta por cento do montante total dos direitos autorais, devidos em razão do caput do art. 86, do valor a ser pago às empresas distribuidoras das obras audiovisuais.</p>

4.7. Da Utilização de Base de Dados

No totante ao artigo 87 da Lei 9.610 nenhuma proposta de alteração foi aventada.

Lei 9.610	<p>Art. 87. O titular do direito patrimonial sobre uma base de dados terá o direito exclusivo, a respeito da forma de expressão da estrutura da referida base, de autorizar ou proibir:</p> <ul style="list-style-type: none">I - sua reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo;II - sua tradução, adaptação, reordenação ou qualquer outra modificação;III - a distribuição do original ou cópias da base de dados ou a sua comunicação ao público;IV - a reprodução, distribuição ou comunicação ao público dos resultados das operações mencionadas no inciso II deste artigo.
------------------	---

4.8. Da Utilização da Obra Coletiva

No totante ao artigo 88 da Lei 9.610 nenhuma proposta de alteração foi aventada.

Lei 9.610	<p>Art. 88. Ao publicar a obra coletiva, o organizador mencionará em cada exemplar:</p> <ul style="list-style-type: none">I - o título da obra;II - a relação de todos os participantes, em ordem alfabética, se outra não houver sido convencionada;
------------------	--

	<p>III - o ano de publicação;</p> <p>IV - o seu nome ou marca que o identifique.</p> <p>Parágrafo único. Para valer-se do disposto no § 1º do art. 17, deverá o participante notificar o organizador, por escrito, até a entrega de sua participação.</p>
--	---

Contudo, caaberia incluir dispositivo acerca das obras colaborativas, como o Wikipédia, em que não se sabe ao certo quem são os autores.

4.9. Da Reprografia

A reprografia é uma questão importante e a proposta do MinC nos arts. 88-A e seguintes, introduz a possibilidade da chamada compensação por reprografia, submetendo a autorização prévia a atividade com intuito de lucro de reprodução por meio de fotocopiadora ou processos assemelhados.

MinC	<p>Art. 88-A. A reprodução total ou parcial, de obras literárias, artísticas e científicas, realizada por meio de fotocopiadora ou processos assemelhados com finalidade comercial ou intuito de lucro, deve observar as seguintes disposições:</p> <p>I – A reprodução prevista no caput estará sujeita ao pagamento de uma retribuição aos titulares dos direitos autorais sobre as obras reproduzidas, salvo quando estes colocarem à disposição do público a obra, a título gratuito, na forma do parágrafo único do art. 29;</p> <p>II – Os estabelecimentos que ofereçam serviços de reprodução reprográfica mediante pagamento pelo serviço oferecido deverão obter autorização prévia dos autores ou titulares das obras protegidas ou da associação de gestão coletiva que os representem.</p> <p>§ 1o Caberá aos responsáveis pelos estabelecimentos citados no inciso II do caput manter o registro das reproduções, em que conste a identificação e a quantidade de páginas reproduzidas de cada obra, com a finalidade de prestar tais informações regularmente aos autores, de forma a permitir-lhes a fiscalização e o controle do aproveitamento econômico das reproduções.</p> <p>§ 2o A arrecadação e distribuição da remuneração a que se refere este capítulo serão feitas por meio das entidades de gestão coletiva constituídas para este fim, as quais deverão unificar a arrecadação, seja delegando a cobrança a uma delas, seja constituindo um ente arrecadador com personalidade jurídica própria, observado o disposto no Título VI desta Lei.</p> <p>§ 3o Cabe ao editor receber dos estabelecimentos previstos no inciso II do caput os proventos pecuniários resultantes da reprografia de obras literárias, artísticas e científicas e reparti-los com os autores na forma convencionada entre eles ou suas associações, sendo que a parcela destinada aos autores não poderá ser inferior a cinquenta por cento dos valores arrecadados.</p> <p>§ 4o Os titulares dos direitos autorais poderão praticar, pessoalmente, os atos referidos neste artigo, mediante comunicação prévia à entidade a que estiverem filiados.</p>
-------------	--

GEDAI	Art. 88-A. A reprodução total ou parcial, de obras literárias, artísticas e científicas, realizada por meio de fotocopiadora ou processos assemelhados com finalidade comercial ou intuito de lucro, deve observar, com base numa lista previamente disponibilizada, as seguintes disposições, ressalvadas as hipóteses do art. 46: II - Os estabelecimentos que ofereçam serviços de reprodução reprográfica mediante pagamento pelo serviço oferecido deverão obter lista previamente disponibilizada pelas editoras, autores e associações, onde constarão as obras protegidas e que não estão alcançadas pelo inciso XVII do art. 46.
--------------	--

Considerando a dificuldade dos operadores de máquinas fotocopiadoras, na sua maioria leigos em matéria de direito autoral, de identificarem quais as reproduções que se encontram dentro das definidas no artigo supra, bem como as permissões do art.46, as obras estrangeiras, dentre outras hipóteses permissíveis, necessário a confecção de uma lista das obras protegidas pelo referido artigo 88-A, realizada, disponibilizada e atualizada pelos interessados, ou seja, autores, titulares, editoras, associações, etc. Tais listas poderiam inclusive ser disponibilizadas na Internet.

A medida prevista na sugestão do inciso II visa facilitar e tornar efetiva a proteção do direito autoral e o cumprimento do respectivo dispositivo legal.

Ao invés dos estabelecimentos terem que obter previamente inúmeras autorizações em todo o território brasileiro, deverão obter apenas listas que centralizarão as obras protegidas e serão disponibilizadas pelos interessados.

Capítulo 5 – Dos Direitos Conexos

Os Direitos Conexos visam proteger o artista que interpreta ou executa uma obra de arte, cujo marco regulatório internacional está na Convenção de Roma, de outubro de 1961, o texto da Lei 9.610/98 segue em linhas gerais o texto da Convenção de Roma.

5.1. Disposições Preliminares

O artigo 89 da Lei 9.610 ao afirmar que 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. Ocorre que na prática esses direitos explicitados no artigo 89, correspondem aos direitos de autor em geral. A proposta do MinC de revisão vem atender a demanda de setores ainda não devidamente protegidos.

Lei 9.610	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. Parágrafo único. A proteção desta Lei aos direitos previstos neste artigo deixa intactas e não afeta as garantias asseguradas aos autores das obras literárias, artísticas ou científicas.
------------------	---

5.2. Dos Direitos dos Artistas, Intérpretes ou Executantes

Os Direitos Conexos dos Artistas, Intérpretes ou Executantes não são sobre a obra em sí, pois este é o direito exclusivo atribuído ao seu autor, criador da obra.

A proposta do MinC de alteração do artigo 90 singe-se apenas ao seu inciso II, com o a intensão de corrigir a redação anterior.

Lei 9.610	<p>Art. 90. Tem o artista intérprete ou executante o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir:</p> <p>I - a fixação de suas interpretações ou execuções;</p> <p>II - a reprodução, a execução pública e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas;</p> <p>III - a radiodifusão das suas interpretações ou execuções, fixadas ou não;</p> <p>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;</p> <p>V - qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções.</p> <p>§ 1º Quando na interpretação ou na execução participarem vários artistas, seus direitos serão exercidos pelo diretor do conjunto.</p> <p>§ 2º A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações.</p>
MinC	<p>II – a reprodução, a execução ou exibição públicas e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas;</p>

No totante aos artigos 91 e 92 da Lei 9.610 nenhuma proposta de alteração foi aventada.

Lei 9.610	<p>Art. 91. As empresas de radiodifusão poderão realizar fixações de interpretação ou execução de artistas que as tenham permitido para utilização em determinado número de emissões, facultada sua conservação em arquivo público.</p> <p>Parágrafo único. A reutilização subsequente da fixação, no País ou no exterior, somente será lícita mediante autorização escrita dos titulares de bens intelectuais incluídos no programa, devida uma remuneração adicional aos titulares para cada nova utilização.</p> <p>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.</p> <p>Parágrafo único. O falecimento de qualquer participante de obra audiovisual, concluída ou não, não obsta sua exibição e aproveitamento econômico, nem exige autorização adicional, sendo a remuneração prevista para o falecido, nos termos do contrato e da lei, efetuada a favor do espólio ou dos sucessores.</p>
------------------	---

5.3. Dos Direitos dos Produtores Fonográficos

A produção de fonogramas envolvem interesses econômicos extraordinários, daí a importância dos produtores de fonogramas no processo de criação.

No totante ao artigo 93 da Lei 9.610 nenhuma proposta de alteração foi aventada.

Lei 9.610	<p>Art. 93. O produtor de fonogramas tem o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar-lhes ou proibir-lhes:</p> <p>I - a reprodução direta ou indireta, total ou parcial;</p> <p>II - a distribuição por meio da venda ou locação de exemplares da reprodução;</p> <p>III - a comunicação ao público por meio da execução pública, inclusive pela radiodifusão;</p> <p>IV - (VETADO)</p> <p>V - quaisquer outras modalidades de utilização, existentes ou que venham a ser inventadas.</p>
------------------	---

O artigo 94 da Lei 9.610 trata da questão remuneratória do produtor fonográfico, podendo autorizar e proibir sua transmissão, daí decorre o direito de perceber proventos decorrentes de sua execução, devendo contudo, reparti-los com os artistas.

A proposta do MinC ao artigo 94 é de ampliar a proteção autoral.

Lei 9.610	<p>Art. 94. Cabe ao produtor fonográfico perceber dos usuários a que se refere o art. 68, e parágrafos, desta Lei os proventos pecuniários resultantes da execução pública dos fonogramas e reparti-los com os artistas, na forma convencionada entre eles ou suas associações.</p>
MinC	<p>Art. 94-A. Cabe ao produtor responsável pela primeira fixação de obra audiovisual perceber uma remuneração referente à exibição pública a que se refere o art. 68, na forma convencionada com os autores e artistas intérpretes da obra audiovisual, ou suas associações.</p>

5.4. Dos Direitos das Empresas de Radiodifusão

No totante ao artigo 95 da Lei 9.610 nenhuma proposta de alteração foi aventada.

Lei 9.610	Art. 95. Cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação.
------------------	---

5.5. Da Duração dos Direitos Conexos

A questão da duração dos Direitos Conexos tem sido objeto de muita polêmica a nível internacional, a tendência Estadunidense aponta para a ampliação do prazo, para proteção dos ativos intangíveis de sua indústria de conteúdos.

Lei 9.610	Art. 96. É de setenta anos o prazo de proteção aos direitos conexos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; e à execução e representação pública, para os demais casos.
MinC	Art. 96. É de setenta anos o prazo de proteção aos direitos conexos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à emissão, para as empresas de radiodifusão; e à execução, exibição ou representação públicas, para os demais casos.
GEDAI	Art. 96. É de cinquenta anos o prazo de proteção aos direitos conexos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à emissão, para as empresas de radiodifusão; e à execução, exibição ou representação públicas, para os demais casos.

A redução do prazo de proteção para cinquenta anos, que não encontra impedimento na Convenção de Berna, permite a ampliação do domínio público, favorecendo a disseminação da cultura e do conhecimento para a sociedade.

A instituição de uma regra de transição permite aos atuais titulares de direitos continuarem a explorar as obras que desejarem, sem prejuízo do domínio público sobre as obras não exploradas.

CAPÍTULO 6 – DAS ASSOCIAÇÕES DE TITULARES DE DIREITOS DE AUTOR E DOS QUE LHE SÃO CONEXOS

As primeiras Associações de Titulares de Direitos de Autor foram criadas na França em 1777, desde então um longo percurso foi empreendido, tendo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI, reconhecido a necessidade da existência das associações gestoras de direitos autorais.

Na prática estas organizações gestoras tem sua maior abrangência no que tange aos Direitos Conexos e Direitos Reprográficos, embora outros setores também estejam nela incluídos.

As propostas apresentadas pelo MinC apontam uma dimensão social da sociedades de gestão coletiva, bem como, contemplam o contexto atual da sociedade e das novas tecnologias da informação e comunicação.

Lei 9.610	<p>Art. 97. Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro.</p> <p>§ 1º É vedado pertencer a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza.</p> <p>§ 2º Pode o titular transferir-se, a qualquer momento, para outra associação, devendo comunicar o fato, por escrito, à associação de origem.</p> <p>§ 3º As associações com sede no exterior far-se-ão representar, no País, por associações nacionais constituídas na forma prevista nesta Lei.</p>
MinC	<p>§ 4o As associações poderão destinar até vinte por cento de sua arrecadação em benefício de seus associados, de forma direta ou por meio de outras entidades, para a promoção e o fomento à produção de obras, capacitação e formação, bem como outras atividades de finalidade cultural, social e assistencial.</p>
GEDAI	<p>§ 4o As associações poderão destinar até vinte por cento de sua arrecadação em benefício de seus associados, de forma direta ou por meio de outras entidades, para a promoção e o fomento à produção de obras, capacitação e formação, bem como outras atividades de finalidade educacional e de formação.</p>

Este parágrafo autoriza as sociedades de autores a atuarem em uma dimensão social, seguindo o modelo de outras legislações, como a espanhola;

mas convém limitar a atuação de tais órgãos para a finalidade primordialmente educacional e formativa, de forma a evitar desvios de função.

Lei 9.610	<p>Art. 98. Com o ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança.</p> <p>Parágrafo único. Os titulares de direitos autorais poderão praticar, pessoalmente, os atos referidos neste artigo, mediante comunicação prévia à associação a que estiverem filiados.</p>
MinC	<p>Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de gestão coletiva de direitos autorais de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos.</p> <p>§ 1o Os titulares de direitos autorais poderão praticar, pessoalmente, os atos referidos neste artigo, mediante comunicação prévia à associação a que estiverem filiados.</p> <p>§ 2o O exercício da atividade de cobrança citada no caput somente será lícito para as associações que obtiverem registro no Ministério da Cultura, nos termos do artigo 98-A.</p> <p>Art. 98-A. O exercício da atividade de cobrança de que trata o art. 98 dependerá de registro prévio no Ministério da Cultura, conforme disposto em regulamento, cujo processo administrativo observará:</p> <p>I – o cumprimento, pelos estatutos da entidade solicitante, dos requisitos estabelecidos na legislação para sua constituição.</p> <p>II – a demonstração documental de que a entidade solicitante reúne as condições necessárias de representatividade para assegurar uma administração eficaz e transparente dos direitos a ela confiados em parte significativa do território nacional, mediante comprovação dos seguintes documentos e informações:</p> <ul style="list-style-type: none">a) os cadastros das obras e titulares que representam;b) contratos e convênios mantidos com usuários de obras de seus repertórios;c) estatutos e respectivas alterações;d) atas das assembleias ordinárias ou extraordinárias;e) acordos de representação recíproca com entidades congêneres estrangeiras, quando existentes;f) relatório anual de suas atividades, quando aplicável;g) demonstrações contábeis anuais, quando aplicável; eh) relatório anual de auditoria externa de suas contas, desde que sua elaboração seja demandada pela maioria de seus associados ou por sindicato ou associação profissional, nos termos do art. 100. <p>III – outras informações consideradas relevantes pelo Ministério da Cultura, na forma do regulamento, como as que demonstrem o cumprimento de suas obrigações internacionais contratuais que possam ensejar questionamento ao Estado Brasileiro no âmbito dos acordos internacionais dos quais é parte.</p> <p>§ 1o Os documentos e informações a que se referem os incisos II e III deste artigo deverão ser apresentados anualmente ao Ministério da Cultura.</p> <p>§ 2o O registro de que trata o § 2o do art. 98 deverá ser anulado quando for constatado vício de legalidade, ou poderá ser cancelado administrativamente</p>

	<p>pelo Ministério da Cultura quando verificado que a associação não atende corretamente ao disposto neste artigo, assegurado sempre o contraditório e a ampla defesa.</p> <p>§ 3o A ausência de uma associação que seja mandatária de determinada categoria de titulares em função da aplicação do § 2o deste artigo não isenta os usuários das obrigações previstas no art. 68, que deverão ser quitadas em relação ao período compreendido entre o indeferimento do pedido de registro, a anulação ou o cancelamento do registro e a obtenção de novo registro ou constituição de entidade sucessora nos termos do art. 98.</p> <p>§ 4o As associações de gestão coletiva de direitos autorais que estejam, desde 1o de janeiro de 2010, legalmente constituídas e arrecadando e distribuindo os direitos autorais de obras e fonogramas considerar-se-ão, para todos os efeitos, registradas para exercerem a atividade econômica de cobrança, devendo obedecer às disposições constantes deste artigo.</p>
<p>GEDAI</p>	<p>Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de gestão coletiva de direitos autorais de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança e distribuição desses direitos.</p> <p>§ 2o O exercício das atividades de cobrança e distribuição citadas no caput somente será lícito para as associações que obtiverem registro no Ministério da Cultura, nos termos do artigo 98-A, observadas as disposições deste artigo.</p> <p>§ 3o Associações de autores cujo registro, nos termos do artigo 98-A, seja nulo, inexistente, pendente de apreciação pela autoridade competente ou apresente qualquer outra forma de irregularidade, não poderão utilizar tais fatos como impedimento para distribuição de eventuais valores já arrecadados, sob pena de responsabilização direta de seus dirigentes nos termos do artigo 100-A.</p> <p>Art. 98-A. O exercício das atividades de cobrança e distribuição de que trata o art. 98 dependerá de registro prévio no Ministério da Cultura, conforme disposto em regulamento, cujo processo administrativo observará:</p>

No caput do art. 98 se faz necessária a inclusão da expressão “e distribuição”, posto que as associações de autores poderiam argumentar que não precisam estar sujeitas às regras de fiscalização propostas, pois quem faz a cobrança é o escritório central (ECAD).

No parágrafo segundo sugerido, é necessária a inclusão da expressão “e distribuição”, tendo em vista a mesma justificativa utilizada para o *caput*.

O texto do parágrafo terceiro faz corolário ao parágrafo anterior, protegendo os autores e garantindo o recebimento das retribuições devidas mesmo quando a associação à qual ele pertença esteja em situação irregular.

A associação em questão deverá suspender as atividades de cobrança e distribuição até regularização, exceto em relação aos valores já arrecadados, os quais deverão ser distribuídos aos associados.

No art. 98-A, também é necessária a inclusão da expressão “e distribuição”, baseada na mesma justificativa anteriormente mencionada.

MinC	Art. 98-B. As associações de gestão coletiva de direitos autorais, no desempenho de suas funções, deverão: I – Dar publicidade e transparência, por meio de sítios eletrônicos próprios, às formas de cálculo e critérios de cobrança e distribuição dos valores dos direitos autorais arrecadados; II – Dar publicidade e transparência, por meio de sítios eletrônicos próprios, aos estatutos, regulamentos de arrecadação e distribuição e às atas de suas reuniões deliberativas; e III – Buscar eficiência operacional, por meio da redução de seus custos administrativos e dos prazos de distribuição dos valores aos titulares de direitos.
GEDAI	Art. 98-B. As associações de gestão coletiva de direitos autorais, sempre que desejarem obter o registro convencionado no art. 98, §2º, no desempenho de suas funções, deverão:
MinC	Art. 98-C. As associações de gestão coletiva de direitos autorais deverão manter atualizados e disponíveis aos associados os documentos e as informações previstas nos incisos II e III do art. 98-A.
GEDAI	Art. 98-C. As associações de gestão coletiva de direitos autorais, sempre que desejarem obter o registro convencionado no art. 98, §2º, deverão manter atualizados e disponíveis aos associados os documentos e as informações previstas nos incisos II e III do art. 98-A.
MinC	Art. 98-D. As associações de gestão coletiva de direitos autorais deverão prestar contas dos valores devidos, em caráter regular e de modo direto, aos seus associados.
GEDAI	Art. 98-D. As associações de gestão coletiva de direitos autorais, sempre que desejarem obter o registro convencionado no art. 98, §2º, deverão prestar contas dos valores devidos, em caráter regular e de modo direto, aos seus associados.

A liberdade associativa é plena, nos termos previstos na Constituição Federal. Entretanto, aquelas associações que almejarem obter o registro autorizador das atividades de cobrança e distribuição de direitos, deverão sujeitar-se às regras de fiscalização e transparência estipuladas neste artigo. A mesma justificativa aplica-se também ao art. 98-C e ao art. 98-D.

Os referidos dispositivos traduzem um clamor dos próprios autores e titulares de direito, bem como da sociedade. Inovaram ao obrigar o ECAD à fiscalização de órgão administrativo, que como tal deve se ater ao devido processo legal. Este aspecto traduz que o referido órgão é do Estado, e não do governo.

<p>Lei 9.610</p>	<p>Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.</p> <p>§ 1º O escritório central organizado na forma prevista neste artigo não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado pelas associações que o integrem.</p> <p>§ 2º O escritório central e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados.</p> <p>§ 3º O recolhimento de quaisquer valores pelo escritório central somente se fará por depósito bancário.</p> <p>§ 4º O escritório central poderá manter fiscais, aos quais é vedado receber do empresário numerário a qualquer título.</p> <p>§ 5º A inobservância da norma do parágrafo anterior tornará o faltoso inabilitado à função de fiscal, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.</p>
<p>MinC</p>	<p>Art. 99. As associações que reúnam titulares de direitos sobre as obras musicais, lítero-musicais e fonogramas manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à sua execução pública, observado o disposto no art. 99-A.</p> <p>§ 4o O escritório central poderá manter fiscais, aos quais é vedado receber do usuário numerário a qualquer título.</p> <p>§ 6o O escritório central deverá observar as disposições do artigo 98-B e apresentar ao Ministério da Cultura, no que couber, a documentação prevista no art. 98-A.</p> <p>Art. 99-A. As associações que reúnam titulares de direitos sobre as obras audiovisuais e o escritório central a que se refere o art. 99 deverão unificar a arrecadação dos direitos relativos à exibição e execução pública, inclusive por meio de radiodifusão, transmissão ou emissão por qualquer modalidade, quando essa arrecadação recair sobre um mesmo usuário, seja delegando a cobrança a uma delas, seja constituindo um ente arrecadador com personalidade jurídica própria.</p> <p>§ 1o Até a implantação da arrecadação unificada prevista neste artigo, a arrecadação e distribuição dos direitos sobre as obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, referentes à exibição audiovisual, será feita pelo escritório central previsto no art. 99, quer se trate de obras criadas especialmente para as obras audiovisuais ou obras pré-existentes às mesmas.</p> <p>§ 2o A organização da arrecadação unificada de que trata o caput deste artigo deverá ser feita de comum acordo entre as associações de gestão coletiva de direitos autorais correspondentes e o escritório central, inclusive no que concerne à definição dos critérios de divisão dos valores arrecadados entre as associações</p>

	<p>e o escritório central.</p> <p>§ 3o Os autores e titulares de direitos conexos das obras musicais criadas especialmente para as obras audiovisuais, considerados coautores da obra audiovisual nos termos do caput do art. 16, poderão confiar o exercício de seus direitos a associação de gestão coletiva de direitos musicais ou a associação de gestão coletiva de direitos sobre obras audiovisuais.</p> <p>§ 4o O prazo para a organização e implantação da arrecadação unificada de que trata este artigo, nos termos do § 2o, será de seis meses contado da data do início da vigência desta Lei.</p> <p>§ 5o Ultrapassado o prazo de que trata o § 4o sem que tenha sido organizada a arrecadação unificada ou havido acordo entre as partes, o Ministério da Cultura poderá, na forma do regulamento, atuar administrativamente na resolução do conflito, objetivando a aplicação do disposto neste artigo, sem prejuízo da apreciação pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.</p>
Lei 9.610	<p>Art. 100. O sindicato ou associação profissional que congregue não menos de um terço dos filiados de uma associação autoral poderá, uma vez por ano, após notificação, com oito dias de antecedência, fiscalizar, por intermédio de auditor, a exatidão das contas prestadas a seus representados.</p>
MinC	<p>Art. 100. O sindicato ou associação profissional que congregue não menos do que cinco por cento dos filiados de uma associação de gestão coletiva de direitos autorais poderá, uma vez por ano, após notificação, com oito dias de antecedência, fiscalizar, por intermédio de auditor, a exatidão das contas prestadas por essa associação autoral a seus representados.</p> <p>Art. 100-A. Os dirigentes, diretores, superintendentes ou gerentes das associações de gestão coletiva de direitos autorais e do escritório central respondem solidariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com os associados, por dolo ou culpa.</p> <p>Art. 100-B. Eventuais denúncias de usuários ou titulares de direitos autorais acerca de abusos cometidos pelas associações de gestão coletiva de direitos autorais ou pelo escritório central, em especial as relativas às fórmulas de cálculo e aos critérios de cobrança e distribuição que norteiam as atividades de arrecadação, poderão ser encaminhadas aos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa do Consumidor e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, conforme o caso, sem prejuízo da atuação administrativa do Ministério da Cultura na resolução de conflitos no que tange aos direitos autorais, na forma do regulamento.</p>

A proposta do MinC nos artigos 100, 100-A e 100-B, como já dito, traduzem um clamor dos próprios autores e titulares de direito, bem como da sociedade de maior transparência e responsabilidade das organizações gestoras de direito autoral no país.

CAPÍTULO 7 – DAS SANÇÕES ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS AUTORAIS

As violações ao Direito Autoral já estão suficientemente asseguradas nas normas de carácter não penal. O Direito Penal somente deve ser utilizado em *ultima ratio*, quando as demais medidas não possuem eficácia.

7.1. Disposição Preliminar

A princípio destaca-se que as sanções civis jamais obtaculizaram a aplicação de sanções penais.

Lei 9.610	Art. 101. As sanções civis de que trata este Capítulo aplicam-se sem prejuízo das penas cabíveis.
MinC	Art. 101. As sanções civis de que trata este Capítulo aplicam-se sem prejuízo das sanções penais.
GEDAI	Art. 101. As sanções civis de que trata este Capítulo aplicam-se sem prejuízo de outras sanções.

As condutas tipificadas como crimes contra o direito autoral poderiam ser descriminalizadas, pois são suficientemente protegidas pelas normas civis e administrativas, bem como instituições de carácter privado.

Nelson Hungria já advertia que “somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade da enérgica sanção penal”.

No aspecto teórico penal não se encontra cristalizado o dano social relevante a justificar a proteção penal do bem jurídico do direito autoral e no aspecto processual se aplica, na maioria dos casos, os institutos dirigidos à diversificação.

7.2. Das Sanções Civas

A violação de direito autoral atingindo o patrimônio do titular pode causar-lhe danos materiais, o artigo 102 instrumentaliza a proteção da obra que seja fraudulentamente reproduzida.

Lei 9.610	Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.
MinC	Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a busca e apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

No tocante a fixação do quantum indenizatório a proposta do MinC vem atender o princípio da proporcionalidade do dano com a indenização devida, ao estabelecer que pagará o transgressor “até três mil exemplares”.

Lei 9.610	Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido. Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.
MinC	Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de até três mil exemplares, além dos apreendidos.
GEDAI	Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de até três mil exemplares, além dos apreendidos, salvo produção de prova que caracterize uma edição superior.

Com esta alteração proposta, o juiz pode estipular uma indenização individualizada ao caso, usando sua própria métrica; e se abre espaço para a produção da prova testemunhal ou documental neste sentido.

A redação sugerida dá maleabilidade ao julgador no momento da aplicação da multa.

Lei 9.610	Art. 104. Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.
GEDAI	Art. 104. Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com finalidade comercial ou intuito de lucro, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.

O intuito principal é a prevenção e repressão aos atos de comércio ilegal, conduta ilícita que se torna uma prática corriqueira e expõe não apenas os comerciantes legais como também os consumidores.

Lei 9.610	Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.
MinC	Art. 105. A emissão, a transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, poderão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.
GEDAI	Art. 105. A emissão, a transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, poderão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.

A retirada das sanções de ordem penal segue o mesmo raciocínio desenvolvido no art.101, permanecendo coerente no sentido de evitar inflacionar o direito penal penalizando os violadores de outras formas.

No tocante ao artigo 106 da Lei 9.610 embora inexista proposta do MinC o GEDAI apresenta uma contribuição para o aperfeiçoamento da lei.

Lei 9.610	Art. 106. A sentença condenatória poderá determinar a destruição de todos os exemplares ilícitos, bem como as matrizes, moldes, negativos e demais elementos utilizados para praticar o ilícito civil, assim como a perda de máquinas, equipamentos e insumos destinados a tal fim ou, servindo eles unicamente para o fim ilícito, sua destruição.
GEDAI	Art. 106. A sentença condenatória poderá determinar a destruição de todos os exemplares ilícitos, bem como as matrizes, moldes, negativos e demais elementos utilizados para praticar o ilícito civil, assim como a perda para o poder público de máquinas, equipamentos e insumos destinados a tal fim ou, servindo eles unicamente para o fim ilícito, sua destruição.

O direcionamento para o poder público de qualquer bem apreendido em violação ao direito autoral está em consonância à figura do confisco previsto em vários ordenamentos pátrios.

Lei 9.610	<p>Art. 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem:</p> <p>I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia;</p> <p>II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia;</p> <p>III - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos;</p> <p>IV - distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.</p>
MinC	<p>§ 1o Incorre na mesma sanção, sem prejuízo de outras penalidades previstas em lei, quem por qualquer meio:</p> <p>a) dificultar ou impedir os usos permitidos pelos artigos 46, 47 e 48 desta Lei; ou</p> <p>b) dificultar ou impedir a livre utilização de obras, emissões de radiodifusão e fonogramas caídos em domínio público.</p> <p>§ 2o O disposto no caput não se aplica quando as condutas previstas nos incisos I, II e IV relativas aos sinais codificados e dispositivos técnicos forem realizadas para permitir as utilizações previstas nos artigos 46, 47 e 48 desta Lei ou quando findo o prazo dos direitos patrimoniais sobre a obra, interpretação, execução, fonograma ou emissão.</p> <p>§ 3o Os sinais codificados e dispositivos técnicos mencionados nos incisos I, II e IV devem ter efeito limitado no tempo, correspondente ao prazo dos direitos patrimoniais sobre a obra, interpretação, execução, fonograma ou emissão.</p>

Lei 9.610	<p>Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:</p> <p>I - tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos;</p> <p>II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor;</p> <p>III - tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.</p>
------------------	---

No artigo 109 da Lei 9.610 a modificação do MinC adequa a redação às alterações propostas para o texto da lei.

Lei 9.610	<p>Art. 109. A execução pública feita em desacordo com os arts. 68, 97, 98 e 99 desta Lei sujeitará os responsáveis a multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago.</p>
MinC	<p>Art. 109. A representação, a execução ou a exibição públicas feitas em desacordo com os arts. 68, 97, 98, 99 e 99-A desta Lei sujeitarão os responsáveis à multa de até vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago.</p>

No artigo 110 da Lei 9.610 a proposta do MinC busca dar maior eficácia a proteção dos direitos dando maior clareza dos interesses econômicos empresariais envolvidos, ao caracterizar a hipótese de infração a ordem econômica prevista na Lei 8.884/94.

Nesta matéria inova a proposta do MinC dando maior visão de mercado e amplitude aos desdobramentos da indústria cultural e na forma pela qual, exercem suas atividades nos diversos setores criativos da televisão, da rádio difusão e outras mídias de massa.

Lei 9.610	<p>Art. 110. Pela violação de direitos autorais nos espetáculos e audições públicas, realizados nos locais ou estabelecimentos a que alude o art. 68, seus proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários respondem solidariamente com os organizadores dos espetáculos.</p>
MinC	<p>Art. 110-A. O titular de direito autoral, ou seu mandatário, que, ao exercer seu direito de forma abusiva, praticar infração da ordem econômica sujeitar-se-á, no que couber, às disposições da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.</p> <p>Art. 110-B. O oferecimento, por parte de titular de direitos autorais ou pessoa a seu serviço, de ganho, vantagem, proveito ou benefício material direto ou</p>

	<p>indireto, para os proprietários, diretores, funcionários ou terceiros a serviço de empresas de radiodifusão ou serviços de televisão por assinatura, com o intuito de aumentar ou diminuir artificialmente a frequência da execução ou exibição pública de obras ou fonogramas específicos, caracterizará infração da ordem econômica, na forma da Lei no 8.884, de 1994.</p> <p>Art. 110-C. A inobservância do disposto no § 6o do art. 99 sujeitará os dirigentes, diretores, superintendentes ou gerentes das associações de gestão coletiva de direitos autorais ou do escritório central à multa de até 50 mil reais, aplicada pelo Ministério da Cultura mediante regular processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, conforme disposto em regulamento.</p> <p>Parágrafo único. A multa de que trata o caput será revertida ao Fundo Nacional de Cultura.</p>
--	--

7.3. Da Prescrição da Ação

A proposta do MinC de inclusão do artigo 111-A busca compatibilizar a Lei 9.610/98 com os prazos prescricionais estabelecidos pelo Código Civil de 2002.

Lei 9.610	Art. 111. (VETADO)
MinC	<p>Art. 111-A. A ação civil por violação a direitos autorais prescreve em cinco anos, contados da data da violação do direito.</p> <p>Parágrafo único. Em caso de prática continuada de violação a direitos de determinado autor pelo mesmo contrafator ou grupo de contrafatores, conta-se a prescrição do último ato de violação.</p>

CAPÍTULO 8 – DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

No tocante ao artigo 112 da Lei 9.610 embora inexista proposta do MinC o GEDAI apresenta uma contribuição para o aperfeiçoamento da lei.

Lei 9.610	Art. 112. Se uma obra, em consequência de ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido pelo § 2º do art. 42 da Lei nº. 5.988, de 14 de dezembro de 1973, caiu no domínio público, não terá o prazo de proteção dos direitos patrimoniais ampliado por força do art. 41 desta Lei.
GEDAI	<p>Art. 112-A. Os titulares de direitos autorais sobre obras existentes quando da entrada em vigor desta Lei, cujos autores tenham falecido há mais de cinquenta e menos de setenta anos, poderão manter o domínio sobre tais obras pela extensão de tempo que originariamente lhes seria remanescente, nos termos da redação anterior dos artigos 41, 43, 44 ou 96, bastando para tanto que manifestem seu interesse em tal proteção.</p> <p>§ 1º Tal manifestação, que será gratuita e terá caráter declaratório, deverá ser realizada junto ao Ministério da Cultura, o qual manterá formulários para dec laração e lista pública de tais obras, contendo, ao menos:</p> <p>a) o título e formato da obra;</p> <p>b) o nome do autor;</p> <p>c) o nome e a qualificação do titular de direitos autorais;</p> <p>d) a data em que tal obra entrará no domínio público.</p> <p>§ 2º Fica estipulado o prazo de 02 (dois) anos, após a entrada em vigor desta Lei, para que os titulares de direitos autorais realizem tal manifestação, findo o qual todas as obras cujos autores tenham falecido há mais de cinquenta anos quando da entrada em vigor desta Lei e cujos titulares não tenham se manifestado, nos termos deste artigo, entrarão no domínio público.</p>

É sabido que apenas uma pequena porcentagem das obras produzidas por autores falecidos entre cinquenta e setenta anos atrás ainda estão sendo exploradas comercialmente.

A regra de transição proposta protege o direito dos titulares de tais obras, que poderão continuar a explorá-las bastando para tanto que declarem seu interesse nas mesmas, ao mesmo tempo em que permite a utilização pela sociedade das demais obras produzidas naquela época.

Lei 9.610	Art. 113. Os fonogramas, os livros e as obras audiovisuais sujeitar-se-ão a selos ou sinais de identificação sob a responsabilidade do produtor, distribuidor ou importador, sem ônus para o consumidor, com o fim de atestar o cumprimento das normas legais vigentes, conforme dispuser o regulamento.
------------------	--

MinC	<p>Art. 113-A. Caberá ao Poder Executivo dispor, em regulamento, sobre a manifestação do Ministério da Cultura, no processo de renovação de concessões públicas outorgadas a organismos de radiodifusão, acerca da adimplência desses organismos no que tange aos direitos autorais.</p> <p>Art. 113-B. Enquanto os serviços de registro de que trata o art. 19 desta Lei não forem organizados pelo Poder Executivo federal, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza:</p> <p>I – na Fundação Biblioteca Nacional;</p> <p>II – na Escola de Música da Universidade Federal do Rio de Janeiro;</p> <p>III – na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro; ou</p> <p>IV – no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.</p> <p>§ 1o Se a obra for de natureza que comporte registro em mais de um desses órgãos, deverá ser registrada naquele com que tiver maior afinidade.</p> <p>§ 2o Não se aplica o disposto neste artigo para o registro de programas de computador.</p>
-------------	---

Lei 9.610	<p>Art. 114. Esta Lei entra em vigor cento e vinte dias após sua publicação.</p> <p>Art. 115. Ficam revogados os arts. 649 a 673 e 1.346 a 1.362 do Código Civil e as Leis nºs 4.944, de 6 de abril de 1966; 5.988, de 14 de dezembro de 1973, excetuando-se o art. 17 e seus §§ 1º e 2º; 6.800, de 25 de junho de 1980; 7.123, de 12 de setembro de 1983; 9.045, de 18 de maio de 1995, e demais disposições em contrário, mantidos em vigor as Leis nºs 6.533, de 24 de maio de 1978 e 6.615, de 16 de dezembro de 1978.</p>
------------------	--

PARTE II

PARECERES SOBRE A REVISÃO DA LEI DE DIREITO AUTORAL

CAPÍTULO 9

CLÁUSULAS GERAIS DE HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS COM OUTROS DIPLOMAS LEGAIS (ART. 1 A 4 DA PROPOSTA)

José de Oliveira Ascensão

Sumário: 1. O enquadramento geral da *Proposta*; 2. Os princípios gerais reclamados; 3. A interpretação restritiva dos negócios jurídicos relativos a direitos autorais.

1. O enquadramento geral da *Proposta*

A Proposta de Reforma da Lei dos Direitos Autorais (daqui por diante, a *Proposta* simplesmente) insere no início várias disposições gerais sobre os direitos autorais, sua interpretação e aplicação.

Na análise destas, partimos do princípio da unidade da ordem jurídica. Esta unidade implica que as regras e princípios gerais da ordem jurídica brasileira se aplicam em todos os sectores, quando não houver disposição em contrário. Assim sendo, é supérfluo e até contraproducente repeti-las em cada diploma: pois isso poderia suscitar a argumentação (viciosa) de que, se um princípio foi referido e outro não, isso significaria que a LDA não quis acolher o segundo.

A *Proposta* reduz consideravelmente o apelo a princípios gerais: na última versão que conhecemos, até o art. 3-A é suprimido, para o conteúdo correspondente ser integrado no art. 1. A apreciação recairá então sobre o art. 1 simplesmente.

Permanecem sem alteração dois artigos da anterior lei, que examinaremos aqui:

I – O art. 2, relativo à proteção dos estrangeiros domiciliados no Brasil e à reciprocidade.

Este preceito é antigo e tem funcionado sem atritos. Como não conhecemos objeção, não se vê de fato razão para o alterar.

II – O art. 3, segundo o qual “Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis”.

Custa-nos a entender o significado de semelhante regra. Uma coisa são os bens, como objeto dos direitos, outra os direitos que sobre eles recaem.

A finalidade terá sido a justificar a forma dos negócios relativos a direitos autorais. Mas a preocupação não tem razão de ser. São aplicáveis as regras comuns sobre a forma, antes de mais o princípio geral da consensualidade ou não solenidade, enquanto não houver disposição em contrário.

Além disso, a matéria é especificamente regulada nos arts. 49 e segs., sob a epígrafe “Da Transferência dos Direitos de Autor”. Isto nos obriga a considerar nesta altura aqueles artigos também, pelo ponto de vista da forma.

O que resulta da *Proposta* é o seguinte:

1. Distingue-se basicamente a *transferência* de direitos de autor e a *licença*. Mas seguidamente também se distingue cessão total e parcial, nos arts. 49, 50, 51 e 52, com o que a *Proposta* parece identificar transferência e cessão.

Deixando de lado a correção intrínseca das categorias adotadas, vejamos o que respeita à forma.

2. A *transferência* ou *cessão* deve fazer-se sempre por “estipulação contratual escrita”; e pode ser registrada, à margem do registro do direito de autor ou em Cartório de Títulos e Documentos (art. 50 §§ 1 a 3).

3. O mesmo se aplica à cessão de *obras futuras*, que abrange o período máximo de 5 anos (art. 51) ¹.

¹Na versão da Consulta, este artigo confirmava a exigência de redução a escrito, uma vez que dispunha que o prazo seria “contado a partir da data da assinatura do contrato”. Na versão revista da *Proposta* o trecho foi substituído por “a partir da data da entrega da obra”. Mas a mudança não põe em dúvida a exigência de escrito, aqui muito mais necessário, porque toda a cessão está sujeita ao princípio geral do art. 50, *caput*.

4. A *licença* é delimitada só negativamente: “sem que se caracterize cessão de direitos” (art. 49-A).

5. Mas afinal, no que respeita à forma, a regra é a mesma: a outorga de licença “se fará sempre por estipulação contratual escrita”.

6. Justificar-se-á esta exigência formal?

No que respeita ao que se chamou transferência ou cessão, podemos encontrar como fundamento uma defesa do autor, dada a gravidade de uma transmissão ou oneração do seu direito que ficasse sujeita às contingências da prova comum. Esta justificação não cobre porém as disposições que sejam realizadas por titulares derivados dos direitos.

A situação é ainda mais duvidosa perante as chamadas *licenças*. Se um compositor autoriza verbalmente que a sua obra seja utilizada no clube do bairro, pode acusar depois este de usurpação por não haver autorização escrita? A disposição parece desproporcionada.

7. Pelo menos, poderia ser adocada a regra de dois modos:

a) Tornando irrelevante a falta do escrito quando essa falta seja imputável ao titular do direito de autor

b) Reduzindo no máximo a regra a uma mera presunção: estabelecer-se-ia que, não havendo escrito, caberia ao utilizador provar a licença ².

Mesmo assim, a regra cria um desequilíbrio, visto que o usuário teria as mesmas razões para ser protegido.

8. Pelo que há uma solução alternativa, que unificaria o regime de “transferências” e “licenças”:

² Isto implicaria que a forma fosse meramente *ad probationem*: veja-se o nosso *Direito Autoral*, 2.^a ed., Renovar, 1997, n.º 272.

a) submeter a escrito as cessões totais e as cessões de direitos sobre obras futuras

b) nos restantes casos, não exigir a forma escrita e admitir que o juiz decida segundo a equidade.

9. Como estes princípios são gerais, abrangem todas as formas de disposição negocial do direito de autor. Qualquer exigência de escrito num caso singular é contraproducente.

Porém, o art. 78 da *Proposta* dispõe que a autorização para reproduzir obra de artes visuais “deve-se fazer por escrito”. É a manutenção do que consta da atual LDA, mas não se justifica perante as disposições anteriores da *Proposta*.

10. No que respeita aos direitos conexos, não encontramos nenhuma previsão geral relativa à forma a adotar.

Mas a disposição preliminar do art. 89 da *Proposta* manda aplicar, “no que couber, as normas relativas aos direitos de autor”³. Não há razão para excluir as que impõem forma escrita.

Porém, o art. 91 § único da *Proposta*, ao regular a reutilização pelas empresas de radiodifusão das fixações realizadas, mantém o texto da lei atual, que requer “autorização escrita dos titulares de bens intelectuais incluídos no programa”. Como dissemos, semelhantes repetições são nocivas.

2. Os princípios gerais reclamados

Na última versão da *Proposta*, sobre que trabalhamos, os princípios gerais a que se faz apelo foram todos incluídos no art. 1 (*caput* e § único).

³ Sobre a interpretação desta regra na lei anterior, veja-se o nosso *Direito Autoral* cit., n.º 383.

Eis o texto: “Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, e orienta-se pelos ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais em equilíbrio com os demais direitos fundamentais e os direitos sociais.

Parágrafo único. Na interpretação e aplicação desta Lei atender-se-á à finalidade precípua de estimular a criação intelectual e a diversidade cultural”.

Embora seja dispensável a previsão de que a lei regula os direitos autorais, tem neste caso a justificação de esclarecer a expressão “direito autoral”, como conceito de gênero que abrange quer o direito de autor quer os direitos conexos.

A esta previsão, que vem já das leis anteriores, agregam-se duas referências, uma aos princípios constitucionais e outra sobre a interpretação e aplicação da lei.

Esta última, constante do § único, manda atender à finalidade de estimular a criação intelectual e a diversidade cultural.

É útil uma previsão sobre as grandes funções do Direito Autoral. A unilateralidade que caracteriza a lei atual torna importante reafirmá-las.

Mas talvez não sejam estes os pólos que estão verdadeiramente em confronto. A diversidade cultural é mais um resultado da criatividade (porque a criatividade traz diversidade) que um objetivo direto do Direito Autoral em si.

A verdadeira contraposição estabelece-se entre o fomento da criação cultural e a expansão e acesso à Cultura por parte do público. Porque a criação cultural só se traduz em Cultura, em sentido pleno, se se comunicar à sociedade.

Então, a fórmula poderia ser: “A interpretação e aplicação desta Lei será feita no sentido de conciliar as finalidades principais de estimular a criação intelectual e fomentar o acesso do público à cultura”.

A 2.^a parte do *caput* do art. 1 apela aos ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais em equilíbrio com os demais direitos fundamentais e os direitos sociais.

No ponto de vista formal, este trecho poderia ser separado da definição de direitos autorais, porque passa a matéria diferente. Poderia passar a § 1.^o, deslocando o atual § único para § 2.^o da *Proposta*.

Parece importante o apelo que aqui se faz ao equilíbrio dos vários direitos constitucionais que estão implicados nesta disciplina, marcando o fim da unilateralidade da LDA como lei de classe. Pelo que penso que o texto não carece de ser alterado.

3. A interpretação restritiva dos negócios jurídicos relativos a direitos autorais

As leis anteriores estabeleciam o princípio: “Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”: veja-se o art. 4 da lei atual.

Esta disposição tem um prolongamento no art. 49 VI, situado no Capítulo “Da Transferência dos Direitos de Autor”. Aí se dispõe: “não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”.

A posição tomada pode ser alcunhada de sectária. Só se atende a uma das posições em presença, uma vez mais. Postergam-se as regras comuns de interpretação dos negócios jurídicos para só assegurar uma proteção cega ao autor. Este merece ser protegido, mas não pela imposição desproporcionada de uma desigualdade.

Basta pensar que a finalidade do contrato pode não ser satisfeita com uma faculdade apenas. Pode exigir duas: a fixação e a distribuição subsequente,

por exemplo. Ou até mais. A aplicar tal qual as previsões atuais, o negócio ficaria frustrado.

A *Proposta* altera o art. 4. Mantém a regra que os negócios relativos aos direitos autorais se interpretam restritivamente, mas acrescenta: “de forma a atender à finalidade específica para a qual foram celebrados”. Isto muda muito o sentido do texto, como veremos.

Acrescenta ainda um § 1.º, em que impõe a observância dos “princípios da probidade e da boa fé, cooperando mutuamente para o cumprimento da função social do contrato e para a satisfação da sua finalidade e das expectativas comuns e de qualquer das partes”.

Seguem-se os §§ 2.º a 4.º, sobre os contratos de execução continuada ou diferida, a lesão contratual e o contrato de adesão.

Mas o art. 49 VI não foi alterado.

A primeira observação que faremos respeita à colocação desta matéria.

Trata-se do regime da autonomia privada. E havendo um capítulo que versa esta, embora sob epígrafe um pouco distorcida, era aí que deveria estar regulada.

Sobretudo, os §§ 2.º a 4.º, que não contêm já princípios gerais mas regras concretas de regime, estão aqui deslocados.

De todo o modo, não omitiremos uma apreciação de substância.

A alteração feita ao art. 4, mas deixando intacto o art. 49 VI LDA, cria uma incongruência dentro do sistema. O art. 49 VI carece de ser compatibilizado com o espírito que decorre da nova redação do art. 4.

Este traduz hoje o que a doutrina alemã designa a *Zweckübertragungstheorie*, que podemos traduzir por *disposição funcional*⁴.

⁴ Cfr. o nosso *Direito Autoral* cit., n.º 276.

O conteúdo dum ato de disposição não pode ser formalisticamente determinado, pela atribuição de uma faculdade só, ou pela interpretação restritiva ou por critérios semelhantes.

Deve abranger o que estiver compreendido na finalidade do negócio. É isso que, muito corretamente, o art. 4 *caput* da *Proposta* estabelece, quando associa à previsão de que os negócios devem ser interpretados restritivamente: “de forma a atender à finalidade específica para o qual foram celebrados”. É então a finalidade que determina quais as faculdades compreendidas e não o teor formal do título de concessão.

Mas a *disposição funcional* desdobra-se em dois aspectos, negativo e positivo:

– negativamente, o negócio não abrangerá faculdades alheias à finalidade do negócio⁵

– positivamente, o negócio abrangerá todas as faculdades que estejam integradas na finalidade do negócio.

Isto deveria ser esclarecido na LDA. Se se entender deixar a regra do art. 4 *caput* na colocação atual, o lugar exato para o fazer seria o art. 49 VI, que precisa instantaneamente de ser alterado.

Mesmo então, seria bom retocar o art. 4 *caput*, eliminando o “restritivamente”. Dir-se-ia que os negócios “devem ser interpretados de forma a atender à finalidade específica para que foram celebrados”. Daqui derivariam depois as incidências positivas e negativas.

E quanto às restantes previsões do art. 4 da *Proposta*?

O § 1.º, como vimos, consagra os princípios da probidade e boa fé, da cooperação mútua para cumprimento da função social e satisfação da finalidade do contrato e das expectativas das partes...

⁵ O que não exclui que as partes queiram cumular no mesmo negócio vários tipos de finalidades. O princípio da disposição funcional é um critério de interpretação de cláusulas e não a imposição dum conteúdo restritivo que contrarie a vontade negocial.

Em rigor, a previsão é inútil, porque assim se passa em todos os contratos.

Pode todavia haver uma razão especial que justifique que assim se disponha: o fato de ter sido difundida a ideia de uma soberania do autor, que conduziria à arbitrariedade e à ausência de deveres de cooperação. Nesse caso, a previsão serviria para contrariar essa orientação. Particularmente importante seria a referência à função social do contrato, uma conquista moderna da ordem jurídica brasileira e que se aplica nos negócios de Direito Autoral como em quaisquer outros.

A entender-se assim, o § 1.º poderia manter-se tal qual.

Restam os §§ 2.º a 4.º. Insistimos que estão em qualquer caso deslocados à entrada da LDA.

Os §§ 2.º e 3.º aplicam os institutos da onerosidade excessiva por alteração de circunstâncias e da lesão. É muito justificável. Mas esses institutos constam do Código Civil. Então, em vez de uma descrição dos institutos que criaria muita litigiosidade, por levar os intérpretes a pesquisar orientações divergentes na LDA, o melhor a fazer é aceitar as orientações do Código Civil. Nem era necessário dizer nada. Mas se se achar necessário pode-se esclarecer que estes dois institutos são aplicáveis aos contratos de Direito Autoral. E melhor ainda, seria estabelecer em geral a aplicabilidade da disciplina comum dos contratos, sempre que não houvesse regra especial na LDA que dela se afastasse.

O mesmo diremos afinal do § 4.º. Tal como está parece desequilibrar de novo a situação em benefício do autor. Mas não: é uma regra geral do contrato de adesão, que deve ser aplicada aqui também.

A especialidade está no fato de o contrato de adesão estar mal regulado no Código Civil: a sua disciplina só se encontra combinando-o com as previsões do Código de Defesa do Consumidor ⁶.

Então, à semelhança do que dissemos para os §§ 2.º e 3.º, melhor seria remeter simplesmente para a disciplina comum do contrato de adesão, se isso fosse julgado necessário.

⁶ Cfr. o nosso *As pautas de valoração do conteúdo dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil* (no prelo), n.º 4.

CAPÍTULO 10

A PROPOSTA DO MINC DE REFORMA DA LDA: AS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS

José de Oliveira Ascensão

Sumário: 1. Enquadramento geral; 2. Matérias alheias ao direito de autor. O uso privado; 3. As limitações à reprodução para uso privado; 4. A interdependência de compensação por reprografia e liberdade da cópia privada; 5. Obra inspirada em obra precedente e apropriação de obra alheia; 6. Utilizações para ensino e pesquisa científica; 7. Tentativas de ampliação dos limites além das hipóteses tipificadas na lei; 8. O espírito da *Proposta* inicial e o da *Proposta* consolidada; 9. A digitalização de obras; 10. Os acervos digitais. 11. Conclusão.

1. Enquadramento geral

Examinamos agora as limitações aos direitos autorais, incluindo a cláusula geral constante do art. 1.º da Proposta do MINC (daqui por diante, a *Proposta*, simplesmente). Teremos como base a versão consolidada, emitida na sequência da Consulta Pública.

Este art. 1.º tem muita importância para esta matéria. Depois de estabelecer corretamente que por direitos autorais se entendem “os direitos de autor e os que lhes são conexos”⁷, acrescenta que a lei se orienta “pelos ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais em equilíbrio com os demais direitos fundamentais e os direitos sociais”. Se há um equilíbrio a lograr, isso significa que nenhum destes direitos se impõe ilimitadamente, em prejuízo dos outros: ou seja, nenhum é absoluto, no sentido de ilimitado. Teremos oportunidade de aplicar na sequência este comando. Para já, é sob a égide da busca do equilíbrio que nos propomos prosseguir.

Como já anteriormente examinamos *ex professo* estes preceitos iniciais, passamos imediatamente às concretizações.

⁷ Fazemos todavia uma reserva: deveria dizer-se “o direito de autor” e não “os direitos de autor”, porque é o direito de autor, como tipo legal, que se regula.

O direito de autor tem uma vertente pessoal e outra patrimonial. Em ambos os casos se pode questionar que restrições sofrem. Mas neste estudo vamos-nos limitar ao conteúdo patrimonial do direito.

Em relação a este, há na *Proposta* uma inovação da maior importância. O art. 28 § único dispõe que **o objeto fundamental do direito exclusivo é a garantia das vantagens patrimoniais resultantes da exploração das obras**, “em harmonia com os princípios constitucionais da atividade econômica”. Isto significa que o direito de autor não pode ser entendido como uma *soberania*, no sentido que o autor faz o que entende sem reserva ou controlo possível. A atribuição que representa é finalista: os poderes do autor não são cegos ou auto-justificados. Se não estiver em causa uma vantagem econômica, em princípio não prevalece já o direito de autor, salvo disposição da lei em contrário. Por outro lado, a exploração patrimonial está, como toda a atividade econômica, submetida aos princípios constitucionais respetivos. Nem era preciso dizê-lo, mas perante posições que o omitem é melhor recordá-lo.

Veremos na análise subsequente as importantes consequências destes princípios.

Entramos na apreciação do conteúdo. A *Proposta* mantém a sistemática da LDA, prevendo primeiro os poderes atribuídos (arts. 28 e segs.) e só depois as limitações (arts. 46 e segs.).

Isto pelo que respeita ao direito de autor. A matéria dos direitos conexos está regulada nos arts. 89 e seguintes, mas então não se especificam praticamente limitações. Seria porém claramente abusivo retirar daí que os direitos conexos não têm limitações, pois estão também subordinados ao comando do art. 1 da *Proposta*, de um equilíbrio com outros direitos previstos na Constituição. Aliás, a existência de limites aos direitos conexos resulta ainda do art. 184 § 4.º do Código Penal, que exclui a aplicação dos §§ anteriores quando se tratar “de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos”. Nem se compreenderia que os direitos conexos, que podem ser puros direitos empresariais, fossem mais rigidamente protegidos que o direito de autor. A inversa é que é verdadeira, até porque não há previsão constitucional específica de garantia dos direitos conexos.

A solução da lei consiste na remissão geral constante do art. 89 da *Proposta*: “As normas relativas aos direitos de autor, inclusive as que se referem às limitações, aplicam-se, no que couber...”. A referência especial às limitações é uma inovação da *Proposta* inteiramente de louvar, pois previne argumentações falaciosas que se refugiassem no silêncio da lei quanto a esta matéria.

Mesmo assim, a ausência da matéria das limitações dos direitos conexos no articulado da *Proposta* é, pelo menos, temerária. Duplamente. Por um lado, porque torna tudo dependente de um raciocínio caso por caso, para apurar se uma regra do direito de autor é ou não susceptível de aplicação: a cláusula geral “no que couber” deixa uma grande margem de indefinição. Por outro, porque pressupõe que não há limitações específicas dos direitos conexos.

Mas esta última afirmação seria difícil de admitir. À índole específica destes direitos devem corresponder limitações também específicas. Sem elas, o intérprete não tem nenhum critério que lhe permita determinar quais são essas limitações.

Veremos se algo do que dissermos sobre o direito de autor pode ter neste domínio das limitações eco favorável em matéria de direitos conexos.

Uma última observação geral introdutória é ainda necessária.

Vamos pesquisar as “limitações aos direitos autorais”: é mesmo esta a epígrafe do capítulo que se inicia no art. 46. Mas advertimos que a terminologia é móvel. Ora se fala de limitações, ora de exceções, de limites, de restrições, de utilizações livres... Os instrumentos internacionais passaram a usar “limites e exceções”, para fugir à polémica qualificativa. Fizeram bem, porque não é função das fontes internacionais ditar qualificações.

Os limites legais não são “exceções”: o termo emana dos sectores que defendem a “soberania” do autor, de maneira que tudo o que a restringisse deveria ser considerado uma exceção. Isto justificaria a “caça às exceções”, a interpretação restritiva e a exclusão da analogia, sempre com o argumento de que seria Direito excepcional.

Mas a *Proposta* não segue esta orientação, na sequência da lei vigente. Não fala em exceções, mas em limitações. Poderia ter ido mais longe, falando em *utilizações livres*, como fazem a lei alemã (§ 24, por exemplo) e a lei

portuguesa⁸. Não o faz. Houve até um recuo, como veremos de seguida. Mas tem por outro lado o mérito de assentar no princípio de que as regras limitativas são tão normais como as regras atributivas de poderes: porque só da conjugação de umas e outras resulta o conteúdo atributivo de cada situação contemplada.

Na versão primitiva da *Proposta* o art. 46, no *caput*, aproximava-se da proclamação de utilizações livres ao prescrever, não apenas que não constituem ofensa dos direitos autorais as faculdades que enuncia, como ainda que dispensavam a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza. Mas a versão atual volta a exprimir simplesmente que “Não constitui ofensa aos direitos autorais”, regressando ao texto da LDA vigente.

A retirada compreende-se, no que respeita à desnecessidade de remuneração, pois utilização *livre* não significa necessariamente utilização *gratuita*: particularmente quando a mesma *Proposta* introduz uma remuneração coletiva em consequência da reprografia (arts. 88-A e segs.). Já porém não se compreende no que respeita à “prévia e expressa autorização”, porque a dispensa de consentimento do autor corresponde por natureza aos limites previstos. Seria pois bom que a *Proposta* retomasse neste aspeto a redação anterior.

2. Matérias alheias ao direito de autor. O uso privado

Entrando na apreciação específica, traçamos antes de mais uma distinção.

Não representam limites aos direitos autorais as previsões de obras não protegidas. Não são limites: estão, mais radicalmente, fora do âmbito do direito de autor.

A questão pode pôr-se no que respeita às paráfrases e paródias, previstas no art. 47 LDA que a *Proposta* conservou tal qual: “São livres as

⁸ A epígrafe do cap. II, arts. 75 e segs. do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), é “Da Utilização Livre”.

paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe aplicarem descrédito”. A parte final vem fora de propósito: “implicar descrédito” pode levar a proibir por outros motivos, mas não tem nada que ver com as limitações ao direito de autor. O que é porém importante é a afirmação categórica – “são livres”. Assim se distinguem as paráfrases e paródias das figuras contempladas no art. 46, em que a liberdade não é declarada⁹.

Mas isto conduz-nos a uma indagação de maior âmbito: a do **significado do uso privado**.

O uso privado vem incidentalmente previsto entre as limitações no art. 46 inc. IX e sub-incisos I e II da *Proposta*. Também é um uso privado o que se faz no “recesso familiar”, a que o inc. VI se refere.

Mas se o direito de autor se traduz essencialmente num exclusivo de exploração econômica da obra (art. 28 § único), o uso privado é muito mais que uma limitação ocasional: o uso privado é atividade que, por si, é exterior ao conteúdo do direito de autor.

Assim, **a lei deveria proclamar abertamente a liberdade do uso privado**. Assim faz o art. 81 *b* do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português, que admite genericamente a reprodução “Para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou de comercialização”. É uma exigência de outros princípios constitucionais, bem como da função social dos direitos intelectuais.

Nem valeria objetar que o uso privado está afinal previsto nos incs. I e II da *Proposta*. Não compensam a falta de proclamação geral, por um lado porque referem apenas a faculdade de reprodução, por outro porque estão rodeados de condicionamentos que, como veremos, os desvirtuam.

Na realidade, há um trecho de relativa generalidade sobre esta matéria, mas de recorte essencialmente negativo: é o novo art. 184 § 4.º do Código Penal. Exclui genericamente da aplicação dos §§ anteriores “a cópia de

⁹ O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português vai mais longe e inclui entre as “obras originais” a que atribui proteção as “Paródias e outras composições literárias ou musicais, ainda que inspiradas num tema ou motivo de outra obra” (art. 2/1 *n*). De todo o modo, da formulação da LDA resulta também a especificidade da paródia, em relação às limitações elencadas no art. 46.

obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto”. Não é um elemento bastante por si, mas traduz a exclusão do uso privado do âmbito da violação do direito autoral. Deixa todavia elementos insatisfatórios (se forem dois exemplares é já crime?), que caberia claramente à lei substantiva regular.

Por sua vez, também a liberdade do uso privado não pode ser ela própria ilimitada. Igualmente se impõe uma conciliação com os exclusivos intelectuais, de modo que o conteúdo essencial destes não seja afetado.

Além disso, o próprio uso privado pode ser excluído por lei, em casos em que se entenda que o objeto em causa o justifique. É o que se passa com os programas de computador. A utilização destes faz-se tipicamente pelo exercício privado de cada um; e não obstante, recai sobre ela também o direito exclusivo do autor. Há uma justificação especial para neste caso reservar o próprio uso privado.

Daqui resulta que a afirmação do princípio da liberdade do uso privado deveria ser completada: é livre, na falta de disposição legal em contrário.

Há ainda que ir mais longe. Não basta não haver preceito específico, pois é difícil a lei prever todos os casos. Há que aditar uma disposição valorativa que dê maleabilidade mas por outro lado controle as expansões não justificadas. Isto permite cumprir o ideal moderno do Direito valorativo.

Temos hoje o critério que orienta essa delimitação: é o teste ou regra dos três passos, que consta já do art. 9/2 da Convenção de Berna para o direito de reprodução. Permite as utilizações em casos especiais, que não atinjam a exploração normal da obra nem causem um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. Um uso privado ilimitado, como seria o caso de uma descarga sem medida de obras da internete, feriria esta regra ¹⁰.

Simplemente, este teste ou regra, que resulta de instrumentos internacionais como o ADPIC / TRIPS, é uma regra para o legislador: delimita o poder de regulação deste. Consequentemente, não precisa de ser retomado em

¹⁰ Já o primeiro dos três passos, que limita a “casos especiais”, não nos parece ter sentido e deve ser desconsiderado. Assim procede o art. 81 *b* da lei portuguesa, citado no texto.

geral na lei ordinária, pois não é a esta que cabe demarcar a atividade do legislador.

Cabe já à lei ordinária especificar hipóteses ou situações em que o uso privado possa ser admitido. Essas devem ser previstas e analisadas.

Isto nos leva a regressar às previsões de uso privado da *Proposta*.

O inc. IX do art. 46 prevê os atos necessários para colocar as obras *em condições de poderem ser utilizadas por pessoas com deficiência*. Mas limita-os ao caso de não haver intuito de lucro direto ou indireto.

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 carácter de essencialidade?

3. As limitações à reprodução para uso privado

Os atuais incs. I e II do art. 46 da *Proposta*, na versão consolidada, preveem a reprodução para uso privado, como dissemos. Submetem-na a grandes restrições, hoje consideravelmente agravadas em relação à versão originária da *Proposta*.

O sub-inciso I regula a reprodução para uso privado, em geral. O ponto de partida foi o art. 46 II LDA. A primeira versão da *Proposta* eliminou um

dos defeitos deste: a exigência de que a cópia fosse de “pequenos trechos”, que era absurda ¹¹. É um grande mérito, que a versão consolidada não abalou. Outro mérito igualmente importante e adquirido é o de prever a reprodução “por qualquer meio ou processo”, o que tem o significado, importantíssimo hoje, de tornar claro que a previsão abrange a reprodução digital, nomeadamente a realizada a partir da internete.

Mas estes méritos ficam obscurecidos porque, por outro lado, a *Proposta* agrava, ao exigir que a cópia seja de “obra legitimamente adquirida”. A versão consolidada agrava ulteriormente: exige que o copista seja pessoa natural, excetua a cópia de obra obtida através de locação e acrescenta ainda que a cópia seja “feita a partir de exemplar de obra publicada legalmente”.

Esta última exigência é redundante: o seu sentido útil estava já contido na exigência de que a obra copiada tivesse sido legitimamente adquirida. De todo o modo, nada tem que ver com a cópia para uso privado. Para esta, só o que interessa é que seja realmente para uso privado. Se foi ou não a partir de obra legitimamente adquirida ou publicada legalmente só pode ter interesse para efeitos de repressão do ato de aquisição ou publicação, mas deixa incólume o uso privado.

Outras restrições são igualmente injustificadas. A restrição a um só exemplar é sádica: se alguém providencia um exemplar de reserva ou quer ter um exemplar na residência e outro no escritório ou no automóvel, já não é admitido. Outras ordens jurídicas admitiram que até sete exemplares ainda se estaria perante cópia privada.

O mesmo diríamos da exigência de que a cópia seja feita “por pessoa natural”, que parece corresponder à previsão anterior de que seja feita pelo próprio copista. Não pode então ordenar que a secretária faça? E se for feita por uma sociedade de advogados? Já não é permitido, por não ser uma pessoa natural?

¹¹ Veja-se o nosso *Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual* (no prelo), n.º 4. Aí observamos a incongruência com a Convenção de Berna. Desta foi eliminada, na Conferência de Estocolmo de 1967, a limitação da citação a “pequenos trechos”. Pois contra toda a corrente a Lei dos Direitos Autorais de 1998 introduziu-a no Direito brasileiro, quer para a citação (art. 46 III), quer numa previsão mais genérica, referente ao direito de reprodução (inc. VIII).

A versão atual é absurdamente restritiva. Há que observar o que decorre do princípio da liberdade da cópia privada em vez de o limitar, numa visão unilateral, a um resto quase sem significado. Os atos abusivos que se querem prevenir combatem-se por si, em sede própria, e não tolhendo a liberdade de cópia privada que é uma liberdade básica do mundo cultural.

O sub-inciso II prevê a cópia privada de obra “para o fim específico de garantir a sua portabilidade ou interoperabilidade”. A versão consolidada agrava consideravelmente a versão anterior da *Proposta*, fazendo incidir sobre esta todas as restrições constantes do sub-inciso I e ainda acrescentando outra exclusão: “se o acesso à obra foi autorizado por um período de tempo limitado”.

Há que duvidar da justeza desta nova previsão. Não se vê que a portabilidade ou interoperabilidade deixem de originar a admissão de um uso privado como qualquer outro. Melhor: só não é um uso privado como qualquer outro porque deve ser particularmente favorecido.

Consideremos a interoperabilidade. A previsão desta representa uma incursão da *Proposta* no setor da informática e constitui um dos seus grandes méritos: é uma das bases essenciais da concorrência neste domínio. Se não houver interoperabilidade, o público é gravemente prejudicado: não pode transitar de aparelho para aparelho ou de programa para programa, se não forem compatíveis.

O resultado seria que cada vertente da informática seria monopolizada pela empresa mais poderosa desse sector: as pessoas não adquiririam produtos com outra origem por não serem compatíveis com a generalidade dos restantes e a concorrência ficaria liquidada.

Por isso a interoperabilidade é um objetivo essencial, por pressão do Direito da Concorrência. Mas a solução da *Proposta* na versão consolidada vai no sentido inverso. O uso privado para fins de interoperabilidade, tal como para fins de portabilidade, é desfavorecido em relação ao uso privado em geral!

Isto me faz concluir que a matéria deve ser profundamente revista. Bastaria uma única previsão do uso privado em geral. Se algo se acrescentasse

seria para beneficiar estas finalidades, por terem por detrás de si um poderosíssimo interesse público, no sentido da garantia da concorrência ¹².

Temos enfim o inc. VI do art. 46 da *Proposta* consolidada, que prevê várias formas de comunicação ao público no recesso familiar, ou quando usadas como recurso didático-pedagógico. Vamos deixar de fora por enquanto esta 2.^a parte, que já não tem que ver com o uso privado.

A restrição ao recesso ou ao lar familiar constitui a forma mais opressiva de exprimir esta limitação. Temos no Brasil outros exemplos de até onde se pode chegar com esta obsessão: a cobrança de direitos autorais a escuteiros pelas canções que estes cantam nos seus acampamentos! Há que rever esta matéria, para lhe retirar o interesseirismo ultrajante. Não será difícil, ponderando fórmulas equilibradas que se encontram em leis estrangeiras menos unilaterais.

4. A interdependência de compensação por reprografia e liberdade da cópia privada

Há outra razão de coerência básica que exige a proclamação como princípio da liberdade da cópia privada.

A *Proposta* introduz, nos arts. 88-A e seguintes, a chamada compensação por reprografia, submetendo a autorização prévia a atividade com intuito de lucro de reprodução por meio de fotocopiadora ou processos assemelhados.

O instituto suscita as maiores perplexidades, pelo carácter tributário ou paratributário de uma taxação indiscriminada em benefício de interesses privados. Mas não nos propomos examinar aqui nem o instituto em si nem o sistema adotado na *Proposta*. Já o fizemos em artigo específico sobre o tema, intitulado *A proposta de introdução na LDA de uma remuneração por*

¹² No Direito vigente, é já invocável o art. 184 § 4.º do Código Penal, já referido. Na medida em que isenta os atos de cópia privada da aplicação do preceito, ainda que seja da obra integral ou esteja fora de outros condicionamentos da lei autoral, permite inferir (em conjugação com outros elementos) que esses condicionamentos foram implicitamente revogados. Não se compreenderia que a nova lei os viesse retomar.

*reprografia*¹³. Aí chegamos à conclusão que o sistema da *Proposta* é impraticável e propusemos que fosse repensado e deixado para lei autônoma. Não vamos pois retomar a análise, mas apenas acentuar o nexos que existe entre a liberdade de cópia privada e a remuneração por reprografia.

Na lógica dos sistemas de taxação sobre a cópia privada está necessariamente a pressuposição de que a cópia privada é livre. É por ela ser livre que se estabelece uma compensação. Se ela fosse proibida, a solução não estaria em estabelecer uma vinculação que recaia sobre o público em geral. Como ato ilícito, seria objeto de repressão, em vez de se fazer pagar o justo pelo pecador.

Raciocina-se por vezes como se o escopo do instituto fosse compensar os beneficiários dos direitos pelos atos ilícitos realizados na reprodução de obras. Não é assim. Para isso há a fiscalização e as indenizações a que os violadores ficam obrigados. A compensação por cópia privada pressupõe justamente a liberdade desta. Mas funda-se em tal liberdade diminuir os proveitos que os autores poderiam obter na exploração das suas obras. Então, em vez de um direito exclusivo universal de reprodução, o autor tem um direito de compensação. A taxa por cópia privada permitiria reequilibrar a vantagem que o autor poderia ter na exploração comercial da obra.

O que é porém profundamente ilógico é estabelecer a remuneração por reprografia quando se nega a liberdade de cópia privada. Aquela pressupõe necessariamente esta. Pelo que a *Proposta* incorre numa grave incongruência se mantiver a previsão da reprografia mas não declarar categoricamente que a cópia privada é livre.

Recordamos aqui, para evitar interpretações incorretas, que *livre* não quer dizer *ilimitada*. Como tivemos oportunidade de expor anteriormente.

5. Obra inspirada em obra precedente e apropriação de obra alheia

Os limites podem atingir todas as faculdades compreendidas no direito de autor. São predominantemente dirigidos à reprodução no art. 46 da

¹³ In Revista da ABPI (São Paulo), n.º 109, Nov/Dez 2010, 58-61.

Proposta, mas não se reduzem a esta. Por isso é de louvar que vários preceitos encarem a utilização em geral e não a reprodução somente.

Mas antes de entrar na análise singularizada das limitações previstas, fazemos uma distinção mais geral, mas que nos parece muito oportuna, entre inspiração e apropriação de obra alheia.

O Direito Autoral foi apresentado como um instrumento cultural. A banalização atual da “obra literária ou artística” não pode chegar ao ponto de esquecer esta justificação originária. Sem ela, o direito autoral, longe de ser um suporte da criação cultural, passa a ser um obstáculo a essa criação.

A criação intelectual faz-se em diálogo. Toda a obra cultural se baseia nas fontes culturais existentes: ninguém começa do nada. Por isso, é indispensável que se distingam as atividades parasitárias, que não têm nenhuma justificação, e as referências intelectuais que os verdadeiros criadores fazem entre si no espaço comunitário de criação.

Em estudo sobre *Sociedade da Informação e Liberdade de Expressão*¹⁴ escrevemos: “Há que pesquisar se se encontra todavia uma zona mínima em que esta utilização seja ainda livre.

Essa zona estaria nas situações em que a obra alheia é tomada como inspiração: naquelas em que o autor, dentro da sua criação cultural, faz outra obra, sem modificar ou transformar a primeira. Esta, embora reconhecível, não foi *utilizada*, no sentido do direito de autor.

Enquanto assim acontecer, as exigências da criação cultural levam a que a actuação subsequente permaneça livre. Doutra modo amputar-se-ia o diálogo cultural e portanto a liberdade de expressão¹⁵.

Mas o fundamento só se pode encontrar no alto nível criativo próprio. Há que rejeitar cuidadosamente tudo o que represente apropriação disfarçada de obra alheia.

¹⁴ Em Direito da Sociedade da Informação, vol. VII, APDI/Coimbra Editora, 2008, 51-73; e na Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, XLVIII (2007), n.º 10, págs. 26-27.

¹⁵ Paul Hertin, *Urheberrecht*, C. H. Beck, 2004, IV 3, acentua o aspecto inverso e também verdadeiro, da maior protecção da obra personalizada em relação a “empréstimos” de terceiros, mas não deixa depois de apontar a paródia como zona de fronteira entre a utilização livre e a reelaboração subordinada. Muito elucidativamente, coloca a solução na dependência do caso concreto (n.º 67), na linha do que anteriormente propusemos.

Não se pode fugir a esta consequência com o argumento que ao juiz não compete apreciar o nível cultural ou o mérito da obra. Discordamos de tal orientação, que apenas justifica afinal a banalização do direito de autor, mas é tema que não podemos aqui desenvolver. Limitamo-nos a observar que se cabe ao juiz resolver litígios sobre os temas mais complexos, como por exemplo o grau de inventividade num pedido de patente biotecnológica, também tem de decidir se há ou não criação cultural. Não se trata de definir estilos ou manifestar preferências artísticas, mas de identificar o que é qualificável como inspiração em obra alheia feita para prosseguir um fim criativo próprio.

Este é um ponto decisivo em que a liberdade de expressão se impõe ao exclusivo do direito de autor, para assegurar os fins culturais de que a sociedade não pode abrir mão”.

Aquilo em que insistimos particularmente está pois na necessidade de privilegiar a verdadeira criação cultural. Tom Jobim ou Chico Buarque não podem ser tratados como qualquer produtor de canções a metro.

Esta necessidade é sentida pelos melhores juristas do Direito de Autor. É assim que, mesmo numa ordem jurídica unilateralmente protecionista, vemos o melhor autor francês contemporâneo, a nosso entender – André Lucas – escrever: “O direito exclusivo cede, já não em benefício de um consumidor passivo (como na cópia privada), mas de um autor ou de um artista-intérprete que tem necessidade duma esfera de liberdade para criar ou interpretar, o que corresponde, seguramente, ao interesse do público”¹⁶.

Não é fácil encontrar a formulação exata. Mas poderia por exemplo colocar-se após o texto atual, na medida justificada para o fim a atingir, *nomeadamente pelas necessidades de criação cultural própria que manifeste; ou então ou pelo nível da criação intelectual autônoma a que sirva.*

Havia porém, noutra lugar da *Proposta* inicial, um texto muito importante para o esclarecimento desta questão, mas que infelizmente caiu na versão consolidada.

No § único do art. 46 inc. I da versão inicial da *Proposta* liberava-se o uso para fins educacionais, etc., **“ou para uso como recurso criativo”**. A

¹⁶ André Lucas / Jean-Jacques Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 3.^a ed., Litec (Paris), 2006, n.º 330.

fórmula é muito boa: ajusta-se perfeitamente à problemática enunciada. Pelo que somos de parecer que a recuperação deste preceito seria a melhor maneira de a lei brasileira exprimir com autonomia este princípio conciliador do exclusivo com as necessidades básicas da criação cultural.

6. Utilizações para ensino e pesquisa científica

A *Proposta* não satisfaz suficientemente as necessidades de ensino e pesquisa científica.

O instrumento básico utilizável para este efeito é a **citação**. Esta está prevista no art. 46 XIV. Está-o de modo ainda muito restrito. É inadmissível a restrição a “passagens”¹⁷ de qualquer obra, quando muitas vezes só se compreende a utilização da obra alheia inteira: já o dissemos, exemplificando com uma quadra ou um soneto. Também a enumeração dos fins justificantes – “estudo, crítica ou polêmica” – é muito limitada: desde logo, pode ter o fim de ilustração ou apoio da obra própria.

No que respeita à utilização para fins educacionais e de pesquisa, o art. 46 § único inc. I da *Proposta* inicial admitia-a, independentemente de remuneração. Era este o âmbito: “I – para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo”.

A versão consolidada da *Proposta* segue caminho diferente. Cria um novo texto não numerado, no seguimento do inc. XVIII do art. 46, como dissemos já. É este o texto: “A reprodução, a tradução e a distribuição de obras como recurso didático-pedagógico, a título de ilustração, em atividades educativas ou de pesquisa, no âmbito da educação formal e na extensão necessária para o fim a se atingir, desde que esse uso não tenha finalidade comercial, nem intuito de lucro direto ou indireto e que sejam citados o autor e a fonte, vedada a publicação fora do âmbito a que se destina”.

Portanto, em vez de uma posição clara e categórica, surge agora um texto complexo. Embora refira várias faculdades componentes do direito de autor (reprodução, transmissão e distribuição de obras) suprime a comunicação

¹⁷ Que aliás é galicismo; melhor seria usar “passos”.

ao público; acentua a zona de exclusão, ao exigir que a utilização se faça “no âmbito da educação formal”; suprime a gratuidade e a admissão do “uso como recurso criativo”, como vimos já. E multiplica outras restrições, de que a mais importante é: “desde que esse uso não tenha finalidade comercial nem intuito de lucro direto ou indireto”¹⁸.

Com isto se reduz radicalmente o sistema aparentemente criado. Além do que anteriormente já dissemos, a exclusão do “intuito de lucro indireto” terá, cremos, um impacto muito grande. Todo o projeto educativo que não assentar em dinheiros públicos¹⁹ tem de funcionar em termos de economicidade: tem de ser autossustentado. A referência ao “lucro indireto” será decerto interpretada no sentido de excluir estas situações, não obstante poder haver ausência completa de propósito de distribuição de lucros.

Também é importante o que respeita à pesquisa. Deixa de ser finalidade autonomamente considerada. Passa a ser regida pela previsão: “no âmbito da educação formal”. E então as instituições autônomas de pesquisa, sejam públicas ou particulares? Não há uma palavra sobre elas. É muito grave, dado o extraordinário relevo social destas.

Relacionada com a matéria está a da disponibilização de obras ao público, para fins de ensino e pesquisa, que a *Proposta* não contempla. Mas este é um dos aspectos essenciais, porque o veículo privilegiado de acesso é hoje a rede: a educação e a pesquisa reclamam este acesso.

Chamo a atenção para o § 52 a da lei alemã, que tem por epígrafe “Disponibilização pública para ensino e pesquisa”²⁰. Permite o acesso em rede sem o consentimento do autor em benefício do círculo de pessoas integrantes duma classe de ensino ou de uma instituição de pesquisa científica. Exclui que seja realizada para fins comerciais. Foi incluído na *Urheberrechtsgesetz* com carácter provisório, dada a resistência dos editores, mas a vigência tem sido sucessivamente prorrogada, pelo que há bons motivos para supor que se torne definitivo. Regula utilizações desta índole para ensino e pesquisa, esclarecendo muitos pontos que poderiam suscitar perplexidade. Admite a disponibilização (e

¹⁸ Na última versão da *Proposta*, surgida já em 2011, o trecho passa a ser o inc. XXI e é objeto de restrições suplementares.

¹⁹ A que acrescerão possivelmente os que estiverem a cargo de fundações ou beneméritos.

²⁰ Trata-se da pesquisa científica.

as reproduções que esta implique) de pequenos trechos de obras publicadas, de obras curtas e de artigos de jornais e revistas para os integrantes dessas instituições. Prevê os condicionamentos e contrapartidas.

Por que realçamos este preceito? Porque provém da lei alemã, cujo rigor é tradicional. Mas também porque poderiam surgir objeções contra a posição que a lei brasileira adotasse, fundadas na “violação” do exclusivo do autor. Enquanto a lei brasileira não for além do que aquele § 52 *a* estabelece, não será impugnada. Se é ilícito à lei alemã estabelecer estas limitações (e de fato, ninguém a acusou de violar as convenções internacionais), é seguro que a lei brasileira as pode estabelecer também.

Merece igualmente uma referência o § 52 *b* da lei alemã, que respeita à disponibilização eletrônica de obras em bibliotecas públicas, museus e arquivos. Estão em causa finalidades de pesquisa e de estudos privados. É muito importante esta previsão, dada a importância crescente deste meio de consulta em bibliotecas e estabelecimentos aparentados. A finalidade de pesquisa é expressamente referida.

Neste caso, porém, a lei alemã impõe o pagamento duma compensação equitativa, obrigatoriamente cobrada por uma entidade de gestão coletiva. Isso já nos não parece justificado ²¹.

A disposição correspondente a esta matéria na *Proposta* consolidada é a do art. 46 inc. XVI. Refere “a comunicação e a colocação à disposição do público de obras intelectuais, por bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, no interior de suas instalações, para fins de pesquisa ou estudos privados”. Até aqui tudo muito bem. Mas a seguir estabelece quatro condições **cumulativas**:

1. que a obra faça parte do acervo permanente
2. que seja rara ou não disponível por 3 anos a partir da última publicação
3. para evitar a deterioração do exemplar

²¹ Nem sequer é imposição da Diretriz n.º 2001/29/CE, de 22 de maio, sobre *Aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação*. O art. 5/3 *n* desta libera a “utilização por comunicação ou colocação à disposição, para efeitos de investigação ou estudos privados, a membros individuais do público por terminais destinados para o efeito nas instalações [...], de obras e outros materiais não sujeitos a condições de compra ou licenciamento que fazem parte das suas coleções”. Apesar de a regra não ser cristalina, não cremos que deva ser interpretada no sentido de impor uma compensação equitativa; nem nenhum outro preceito da Diretriz o impõe.

4. que não seja permitida reprodução.

Parece-nos que a cumulação destas condições mata a regra, porque será uma raridade uma obra satisfazer cumulativamente todas elas.

Como a regra de acesso tem um profundo significado cultural, sugerimos que se tome como ponto de partida o art. 5/3 *n* da Diretriz europeia e a partir deste se arquitecte um sistema simplificado. E evidentemente gratuito, porque a Cultura deve ser objeto de apoio e não fonte de proventos para outros fins.

Este preceito deve ainda ser conjugado com o do art. 88-B²², que se integra no capítulo “Da Reprografia”. Eis o teor:

“Art. 88-B. O Poder Judiciário poderá autorizar a reprografia de obras literárias sempre que, ao exercer seus direitos patrimoniais, o titular dos direitos de reprodução ou a respectiva associação de gestão coletiva exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, ou impeça o exercício do direito constitucional à educação.

§ 1.º A autorização prevista no caput presume-se onerosa, cujo valor será arbitrado pela autoridade judicial competente.

§ 2.º Os legitimados para propositura das ações previstas no art. 5.º da Lei n.º 7347, de 24 de julho de 1985, poderão pleitear a autorização prevista no caput sempre que houver lesão, ou ameaça de lesão, a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.” Chama-se a atenção para a recepção da trilogia constituída pelos “direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos”.

Este preceito é muito importante, pelas referências amplas a situações que se situam fora dos limites específicos dos arts. 46 e 71 e, sobretudo, para o que nos ocupa aqui, por prever expressamente um limite *extrínseco*, constituído pelo “direito constitucional à educação”. Neste ponto, a versão final da *Proposta* manteve tal qual o teor da versão consolidada.

Uma análise específica do preceito teria de recair sobre muitos aspectos que podem suscitar crítica, como a atribuição de carácter oneroso e, mais ainda, a imposição implícita de uma necessidade de recurso em cada caso

²² Também só introduzido na *Proposta* já em 2011.

a Juízo. Para utilizações que são normalmente de escasso significado econômico, uma imposição desta ordem mata a regra.

Mas há sobretudo a necessidade de conciliação deste trecho, quer com as disposições iniciais da *Proposta*, quer com o que se prevê no capítulo sobre as “Limitações”. Há uma clara discrepância na maneira de abordar os temas. Pelo que cremos ser indispensável uma revisão conjunta destes três capítulos, de maneira a ficarem bem assentes os princípios fundamentais, que regem tudo o que subseqüentemente se dispõe; e se tornem claras quais as limitações admitidas, sem haver colisões valorativas ou textuais entre o que se estabelece num lado e o que se admite noutro.

Observamos ainda que a *pesquisa* é referida em dois outros incisos do art. 46 da *Proposta*:

a) o art. 46 VI, já nosso conhecido, que contempla simultaneamente as utilizações no recesso familiar e as usadas como recurso didático-pedagógico em atividades educativas ou de pesquisa. Já dissemos também que restringe à educação formal;

b) o art. 46 VIII a, introduzido pela versão consolidada, que permite a utilização destinada exclusivamente a fins didático-pedagógicos ou de pesquisa. Tem o interesse de superar a previsão do inc. VIII, que como dissemos só permite em geral a reprodução de trechos: aqui permite-se a reprodução da obra integral, em se tratando de pequenas composições. A seguir, restringe à educação formal, o que limita desproporcionadamente a aplicação à pesquisa. Submete também a utilização aos dois passos que retirou do teste dos 3 passos: que não prejudique a exploração normal da obra ou os legítimos interesses dos autores. Pensamos que esta restrição é injustificada. Só na União Europeia a regra dos 3 passos tem função restritiva de limitações típicas: não parece útil importá-la com este efeito para a lei brasileira. No art. 9/2 da Convenção de Berna, no ADPIC / TRIPS e nos outros países ou é ampliativa ou um critério de valoração permissivo.

Propusemos que essa fosse a função que desempenhe na lei brasileira, dando uma elasticidade suplementar ao enunciado taxativo da lei. O que não parece justificado é usá-lo como *limite dos limites* típicos. Nem se vê como esta consulta em bibliotecas ou locais assemelhados por meios eletrônicos

prejudique a exploração normal da obra, quando a liberdade de consulta nas bibliotecas clássicas não o implicou.

No texto diz-se: “na medida justificada para o fim a atingir”. É muito positiva esta valoração pelo fim, mas falta ainda mais para defender os verdadeiros criadores que dialogam através das obras respetivas. Pode fazer-se isso no próprio texto do inc. XIV ou num § final. Representaria um grande avanço.

7. Tentativas de ampliação dos limites além das hipóteses tipificadas na lei

Entrando na apreciação das restantes limitações, além das que foram já abrangidas pelas considerações gerais anteriores, encontramos na *Proposta* disposições que pretendem alargar o círculo muito apertado do *numerus clausus* das previsões do atual art. 46.

Um dos aspectos mais positivos da *Proposta* está na generalização de reservas que constam já da lei atual, mas que estavam dirigidas a faculdades específicas. Assim, o inc. VIII reproduz o inc. VIII do atual art. 46, mas em vez de o aplicar à *reprodução* aplica-o à *utilização*; e assim o amplia, acertadamente, por haver identidade de razão. Outro mérito está em suprimir a limitação do objeto da utilização a “pequenos trechos”, escapando da crítica que dirigimos já à lei atual a propósito da citação e deste mesmo inciso²³.

A matéria deve ser conjugada com a do § único do mesmo art. 46. Sem justificação, este pretense § único é na realidade um novo inciso, que **encerra e globaliza a lista de limitações com uma cláusula geral**. Absorve praticamente o conteúdo do inc. VIII, cuja manutenção na versão anterior da *Proposta* terá sido devida a lapso: o inc. VIII continha as mesmas generalizações a todas as modalidades de utilização e submissão à regra dos três passos que o § único / II contém. Também a previsão do § único / II era anteriormente

²³ Veja-se o nosso *Questões críticas do direito da internete* (no prelo), n.º 2. Mas continua a autorizar apenas a reprodução de trechos, só admitindo a da obra integral quando das artes visuais.

enriquecida com a cláusula valorativa “na medida justificada para o fim a se ²⁴ atingir”, que a Lei n.º 9.610 prevê justificadamente para a citação (inc. III) e a *Proposta* inicial mantinha no inc. XIV e no § único.

A versão consolidada da *Proposta* é diferente. Em certos casos, torna-se difícil entender a sistemática.

A seguir ao inc. XVIII surge um novo inciso (porque a matéria nada tem que ver com o inciso XVIII) mas não numerado. É relativo à utilização como recurso didático-pedagógico. Dele falamos já.

Ainda no seguimento contém-se a matéria correspondente ao antigo § único, mas igualmente sem numeração e com a supressão da anterior referência ao material didático-pedagógico, já referida. Destinar-se-ia possivelmente a um § único. Antes diríamos porém que deveria constituir um novo artigo, que numeraremos para referência como art. 46-A.

Mas contém-se ainda outros desvios nesta previsão final. Só se aplica a casos análogos aos previstos. Elimina a delimitação finalística, “na medida justificada para o fim a se atingir” (inc. II) ²⁵; e do aceno para a regra dos três passos só deixa a restrição que “não concorra com a exploração comercial da obra”. Acrescenta várias novas barreiras, que tornam a regra anterior irreconhecível. Só a aplica aos casos análogos aos previstos; submete-os cumulativamente a três restrições; e sobretudo, prevê que seja o Poder Judiciário a autorizar.

A previsão é em si pouco feliz. Não se compreende que se limite a casos em que a utilização não tenha finalidade comercial nem intuito de lucro direto ou indireto (inc. I) e a seguir se imponha que “não concorra com a exploração comercial da obra”. Como pode haver concorrência, quando se exclui a finalidade comercial e o intuito de lucro?

É este o texto:

“O Poder Judiciário poderá autorizar a utilização de obras em casos análogos aos incisos desse (*sic*) artigo, desde que atendidas cumulativamente as seguintes condições:

²⁴ O *se* está a mais.

²⁵ Possivelmente por este preceito remeter a decisão sobre outras limitações para o juiz. Mas se é assim, não nos parece razão suficiente, porque seria sempre bom dar esta orientação funcional ao próprio juiz, como critério de decisão.

I – não tenha finalidade comercial nem intuito de lucro direto ou indireto;

II – não concorra com a exploração comercial da obra;

III – que sejam citados o autor e a fonte, sempre que possível.

A terceira condição é manifestação de um aspecto geral, que tanto atinge esta utilização como as restantes.

A não concorrência com a exploração comercial da obra agrava a restrição resultante da regra ou teste dos três passos. O que o art. 13 do ADPIC / TRIPS prevê é que “não obstem à exploração normal da obra”, e não que não concorram.

A ausência de finalidade comercial ou de intuito de lucro direto ou indireto é por si uma restrição autônoma, uma vez que não impede que se justifiquem também outras utilizações, muito embora realizadas com intuito de lucro. Já referimos atrás a produção de obras para deficientes; poderíamos acrescentar na mesma linha situações em que se justifica a livre utilização por quem explora obras na internete.

Mas estes e outros aspectos parcelares são insignificantes, se confrontados com a imposição de recurso ao Poder Judiciário. Porque esta é mortal para a faculdade de utilização que aparentemente se quis estabelecer. Se quem quer aplicar este preceito tem de pôr uma ação em juízo, a faculdade aparentemente concedida morreu.

Por um lado, por uma questão de tempo. Quem pode esperar o fim de um processo judicial, para satisfazer uma necessidade presente de utilização?

Por outro, por uma questão de custo. Um processo sai caro. As necessidades de utilização podem trazer proveitos nulos ou mínimos – por exemplo, fazer uma gravação para uma festa ou uma utilização num baile de fim de curso. Ter de arrostar com os custos de uma ação é completamente desproporcionado.

Apenas se sairia desta coerção se se admitisse que uma *entidade administrativa* pudesse admitir ou não, por si²⁶. Só havendo dissídio é que o recurso a juízo seria forçoso. Mas é muito duvidoso que se enverede por este

²⁶ Em vários casos a lei portuguesa o admite.

caminho no Brasil por haver um entendimento muito expandido da separação dos poderes como uma divisão estanque, em que toda a decisão de uma questão em que haja controvérsia só pode ser resolvida em juízo. Assim não dá. O sistema não funcionaria nunca.

Donde me parece dever concluir que a versão consolidada matou algo que despontava no horizonte brasileiro: a possibilidade de complementar o enunciado taxativo de restrições por via de uma cláusula geral inspirada na regra dos três passos, que permitisse uma nova maleabilidade das restrições (tão necessária por exemplo no digital). Só libera na aparência. Pelo que me parece que também este trecho deva ser repensado.

O verdadeiro problema consiste em saber se a rigidez do *numerus clausus* pode ser temperada por uma previsão nova e autônoma, fundada num recurso à regra ou teste dos três passos; mas agora não apenas para limitar o uso privado, mas para permitir uma extensão dos limites além dos casos expressamente previstos por lei.

O tema foi objeto de discussão no Brasil. De certa forma, procura-se suprir a falta de uma cláusula como a do *fair use*, que dá maleabilidade ao sistema mas não é compatível com a índole do Direito brasileiro. Propugnava-se então a introdução duma cláusula geral, que permitisse genericamente limitações além das previstas na lei (“não constitui ofensa aos direitos autorais”).

Esta corrente obteve consagração na versão primitiva do § único da *Proposta*, justamente, desde que a utilização fosse para finalidades educacionais e outras de especial relevo (inc. I) e ainda “II – feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”.

Não é bem a regra dos três passos mas tem nela a sua base, acrescida com elementos que foram considerados como justificativos da inovação.

8. O espírito da Proposta inicial e o da Proposta consolidada

O Capítulo IV, “Das Limitações aos Direitos Autorais”, abrange, além do art. 46, mais dois artigos. O art. 47, sobre paráfrases e paródias, foi já examinado. Consideremos então o art. 48 da *Proposta*.

Este artigo tem na base o art. 48 LDA, que se refere às obras situadas permanentemente em logradouros públicos, para permitir que sejam livremente “representadas”.

A *Proposta*, na 1.^a versão, esclarecia que a “representação” era livre “por qualquer meio ou processo”; e acrescentou que se tratava de “obras de artes visuais e arquitetônicas”. Mas substituiu o “situadas permanentemente em logradouros públicos” por “permanentemente perceptíveis de logradouros públicos”. Não é a mesma coisa: passa a abranger também obras ou edifícios que se não situam no logradouro mas podem ser visíveis a partir deste, fazendo-as entrar no regime de liberdade.

Também aqui a versão consolidada da *Proposta*, dentro de um espírito restritivo, voltou atrás e repôs o “permanentemente situadas...”. A nosso ver sem razão. A obra perceptível de lugar público faz parte da paisagem, mesmo que encerrada em lugar privado: um palácio no meio dum jardim, por exemplo. Deveria pois estar sujeita ao mesmo regime de livre representação. O turista deixa de poder fotografar a paisagem, pelo fato de abranger edifícios que estão circundados por um parque?

Voltamos às limitações contidas no art. 46 da *Proposta*, não com a pretensão de fazer uma análise individualizada de cada inciso, mas sim para ponderar aspectos gerais.

O espírito da *Proposta* inicial foi ampliativo. Resulta logo dos números: em lugar dos oito incisos da lei atual surgem-nos dezoito, a que se seguem ainda duas previsões não numeradas.

Pelo contrário, como dissemos, a versão consolidada manifesta uma clara intenção restritiva. Essa restrição entra frequentemente em colisão com o que o interesse público justificaria.

9. A digitalização de obras

Este ponto deve também ser abordado, pelo seu premente interesse para a constituição dos acervos digitais, a nível internacional e, com particular incidência, a nível nacional.

Por todo o lado se proclama como objetivo a constituição de acervos digitais que fiquem disponíveis para facultar o acesso à educação, à informação, à ciência e à cultura, com uma eficácia e uma abrangência que ultrapassa tudo o que dos meios clássicos se poderia esperar²⁷.

No Brasil a necessidade de preparar o Direito Autoral para este novo ambiente é instante. Está em pleno curso a formação da BRASILIANA, a grande biblioteca digital que ambiciona reunir todo o acervo cultural imaterial brasileiro – a memória histórica do Brasil nas suas manifestações mobiliárias. Mas, como noutra lugar escrevemos, o Projeto ameaça chegar a um beco sem saída. Avança velozmente, utilizando os programas da Google. Mas por enquanto digitalizam-se obras no domínio público²⁸. O que fazer perante as obras que ainda são objeto do exclusivo autoral?

A integração destas pode evidentemente fazer-se se os titulares de direitos consentirem. Mas será pouco provável que por esta via se avance muito, particularmente se se estiver no decurso do longo período de 70 anos entre a morte do autor e a queda no domínio público. Como proceder então, sabendo-se que o direito de autorizar a comunicação ao público em rede de obras intelectuais é a primeira faculdade integrante do conteúdo de exercício de direitos no ciberespaço?

Vejamos o que uma reforma da lei dos direitos autorais, que se não propõe integrar sistematicamente o que respeita à informática, pode ou deve desde já avançar. O primeiro ponto está na distinção entre a utilização e a digitalização das obras. Seria intolerável que o Direito Autoral impedisse formas mínimas de atuação em benefício da salvaguarda dos bens culturais, mediante a digitalização de obras perecíveis. Também o princípio da neutralidade ou

²⁷ Versamos várias questões relacionadas em escritos anteriores, como *Digitalização, preservação e acesso ao património cultural imaterial*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Espanha), III Época, n.º 3, Jul/Set 2010, 459-478; in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IX, APDI/Coimbra Editora, 2011, 9-3; e in *Questões críticas do direito da internete* (no prelo).

²⁸ E algumas obras cujos autores ou titulares de direitos autorizaram a digitalização.

equivalência do suporte da obra fala neste sentido, pois a tendência vai no sentido da equiparaç-ao jurídica do digital ao analógico.

Em contrário, invoca-se que a mudança de suporte implica uma reprodução, que é reservada. Mas não precisamos de nos adiantar mais neste debate, porque a *Proposta* contempla já esta matéria.

O art. 46 XIII da *Proposta* libera a reprodução necessária à conservação, preservação e arquivamento de qualquer obra, na medida justificada pelo fim a se ²⁹ atingir. O princípio está pois contemplado.

Resta o debate sobre o condicionamento estabelecido pela *Proposta*. Restringe-se a bibliotecas “e demais instituições museológicas”. Não beneficia só entidades públicas. Mas pensamos que deveria ser admitido em geral, mesmo por instituições empresariais, se tiver caráter meramente interno (um escritório, por exemplo). A fórmula poderia ser retocada neste sentido.

Limita-se ainda à atuação sem “intuito de lucro”. É aceitável, desde que se não abranja na expressão o lucro indireto – o que resulta do fim lucrativo geral da entidade que pratica o ato. Por exemplo, uma grande sociedade não estaria impedida de o fazer para salvaguarda das obras que possui.

10. Os acervos digitais

O passo seguinte consiste na comunicação ou colocação à disposição do público da obra digitalizada. Aqui intervém outro preceito da *Proposta* – o inc. XVI. Admite essa disponibilização de obras protegidas pelas mesmas instituições, “no interior das suas instalações, para fins de pesquisa ou estudos privados”. Esta última especificação, *privados*, é um acrescento da versão consolidada da *Proposta*, cuja justificação nos escapa: não pode o mesmo acervo ser utilizado por quem prepara um estudo para um órgão público?

Mais importantes são os quatro condicionamentos gerais que a final **cumulativamente** se impõem:

- a) que a obra faça parte do acervo permanente da instituição;

²⁹ De novo, o *se* está a mais.

b) que seja rara ou não disponível para a venda ao público nos mercados nacional e internacional por 3 anos contados a partir da sua última publicação;

c) para evitar a deterioração do exemplar;

d) que não seja permitida qualquer forma de reprodução.

Este enunciado tem pouca coerência interna. Por exemplo, “*para evitar a deterioração do exemplar*” pareceria antes ser requisito da digitalização que da comunicação ou disponibilização da obra. *Que seja rara ou não disponível* é antes um motivo para que a obra seja comunicada ou disponibilizada que um impedimento a que o seja.

Além de tudo, a exigência da verificação *cumulativa* destes quatro requisitos não deixa praticamente espaço para a aplicação do preceito: já apontamos atrás consequência semelhante de outra multiplicação de restrições³⁰.

Pelo que somos levados a pensar que a formulação inicial da *Proposta* é muito mais adequada como ponto de partida de uma revisão que a da atual versão consolidada.

Outra questão que pode ser imediatamente abordada é a do estatuto das **obras órfãs**: entendendo-se por tal as de titular desconhecido, as de titular cujo paradeiro se ignora e ainda, as obras em que, para contatar o autor, seria necessário incorrer em custos desproporcionados, que fariam perder todo o interesse na utilização.

Não parece ser matéria compreendida na *Proposta*. Mas a sua omissão, possivelmente baseada no dogma da autorização prévia do autor, é prejudicial para o público, para o interesse coletivo e para o próprio autor: uma vez que também este se vê privado dos proventos que poderiam resultar da exploração da obra. O receio de que o autor não venha efetivamente a receber deixaria de se justificar se se impusesse ao usuário caucionar, durante um certo período, o pagamento de uma compensação equitativa. A LDA poderia bem incluir já esta previsão.

Há ainda o que respeita a **obras raras e obras que se não encontrem disponíveis no mercado**. A LDA deveria prever a situação,

³⁰ *Supra*, n.º 6, a propósito da disponibilização de obras para fins de pesquisa ou estudos privados.

admitindo a reedição ou outro modo de satisfazer o interesse do público, quando este fosse ofendido pela omissão³¹. Justificar-se-ia uma licença compulsória.

Esta matéria não respeita diretamente aos acervos digitais, que estamos aqui versando. Simplesmente, o inc. XVI do art. 46 da *Proposta*, que acabamos de referir, contém uma al. *b* que acorda para problemática similar. Põe entre os condicionamentos da comunicação ou disponibilização da obra ao público “que seja obra rara ou não disponível para venda ao público nos mercados...”. Vimos já que o trecho, como condicionamento da comunicação ou disponibilização ao público das obras, aliás em cumulação com outros, não faz qualquer sentido. A questão estaria em saber se deveria ser prevista uma licença compulsória de reprodução. Pensamos que há todos os motivos para o fazer.

Na realidade, esta matéria estava compreendida no inc. XVII da versão inicial da *Proposta*, que procurava corresponder às necessidades do mercado. Não cabe apreciar este trecho por si, porque a versão codificada da *Proposta* o suprimiu. A justificação dada é a de que “O inciso I já garante isso”. Se é ao inc. I do art. 46 que se quer referir, este respeita ao uso privado e não atende ao interesse público na existência de estoque disponível no mercado. Fica porém a suspeita que se terá pensado substituí-lo pela al. *b* do inc. anterior, ao referir a “obra rara ou não disponível para venda ao público”. Ora, este inciso respeita à comunicação ou disponibilização e nada tem que ver com a reprodução.

Tratamos desta matéria a propósito da digitalização de obras (*supra*, n.º 9). A *Proposta* não dá nenhuma alternativa viável se, perante um grande projeto de digitalização do acervo cultural, como a Brasileira, se depararem obras cujos titulares não providenciam a reedição ou outro modo de reprodução; ou, de toda a forma, não dêem uma solução, por descaso ou por haver impedimento jurídico (o decurso dum inventário, por exemplo) à autorização.

Pensamos que pelas mesmas razões a digitalização do acervo cultural não pode ficar refém dessas situações. Não havendo motivação pessoal

³¹ Por exemplo, por inércia ou desentendimento dos herdeiros. Isto engloba também as traduções esgotadas, porque a tradução é também obra (derivada) protegida.

atendível, a utilização da obra deve poder ser imposta. O instrumento é de novo a licença compulsória. Há que prever que os interessados a possam pleitear. A LDA pode pois determinar já que por este modo seja atribuída aos autores a remuneração correspondente ou ainda que, em caso de ausência ou desinteresse dos titulares, a remuneração seja caucionada, em termos semelhantes aos sugeridos para as obras órfãs.

Os acervos digitais suscitam muitos outros problemas. Seja o caso da consulta a distância pelos membros de uma instituição ou do intercâmbio com outras instituições.

É possível que seja cedo para a ordem jurídica brasileira os abordar (ou que seja tarde, perante a maturidade alcançada já pela *Proposta*). Mas ao menos a contemplação dos que ficam referidos representaria um grande avanço. A Brasileira agradece.

11. Conclusão

Muito mais haveria seguramente que dizer, examinando sucessivamente os vários preceitos constantes da *Proposta* no domínio das limitações ou utilizações livres. Mas há que ficar por aqui. Privilegiamos as orientações mais gerais, que são a base de todo o desenvolvimento.

Do que dissemos resulta que a *Proposta* é aperfeiçoável. Tinha de ser assim, porque é uma obra humana: a perfeição é uma luz que nos guia, mas nunca se atinge. Mas resulta também que a *Proposta* chegou a um estágio de maturidade em que se aproxima muito daquilo que a ordem jurídica brasileira espera de uma lei de Direito Autoral.

Seria realmente de lamentar se, após reunidos tantos esforços para uma melhoria e atualização da lei, tudo se deitasse a perder, voltando-se à estaca 0. Os problemas estão identificados, há uma consciência generalizada das vias de conciliação necessárias entre o interesse privado e o interesse público e a *Proposta* marca um progresso significativo. Permite encerrar uma fase. E abrir outra, porque muito mais questões irresolvidas se perfilam já.

CAPÍTULO 11

A SUPERVISÃO DE GESTÃO COLETIVA NA REFORMA DA LDA

José de Oliveira Ascensão

Sumário: 1. Enquadramento; 2. A limitação da LDA à disciplina fundamental em matéria de gestão coletiva; 3. Os pressupostos; 4. A regulação das entidades; 5. A supervisão; 6. Os processos digitais e o retorno do protagonismo do autor.

1. Enquadramento

O próprio tema que nos foi dado para este último capítulo do nosso Parecer sobre a Reforma da LDA transmite indicações essenciais. Em primeiro lugar a de que haverá uma supervisão pública da gestão coletiva.

Isso não resultava da lei atual. Os arts. 97 a 100 constituem o Cap. VI, com o título que a *Proposta*³² conservou: “Das Associações de Titulares de Direitos de Autor e dos que lhes são conexos”. Mas não encerravam uma palavra sobre supervisão. As regras inseridas respeitavam à constituição e atividade dos entes de gestão, mas omitia-se tudo o que respeitasse a um Regulador ou até a intervenções com caráter de supervisão pública.

E efetivamente, os órgãos estatais neste domínio foram praticamente reduzidos a zero pela LDA vigente. A gestão coletiva foi deixada a si mesma.

A situação é alarmante. Desde logo, pela falta de um órgão público que prepare a política do Brasil no domínio dos direitos autorais. Em contraste flagrante com o que se passa noutros países atuantes a nível internacional.

De fato, o Direito Intelectual tornou-se um objetivo de primeira ordem dos países desenvolvidos. A política é cuidadosamente preparada por um núcleo

³² Quando escrevemos *Proposta* simplesmente, referimo-nos à versão ultimamente emanada do MINC. As versões anteriores são referidas, respetivamente, como a *Proposta* inicial e a *Proposta* consolidada (por ter surgido após a Consulta pública).

especializado. Por isso, as delegações desses países exprimem nas reuniões internacionais uma linha política sólida que as orienta até ao fim. Abolindo estes órgãos, o Brasil condena-se a uma posição diminuída nos foros internacionais, pois os delegados brasileiros, por mais brilhantes, não têm o suporte de uma linha técnica coerente que ampare as orientações que sustentem.

Mas se isso é assim a nível coletivo, é-o também a nível individual. A começar pelo que respeita aos próprios autores e titulares de direitos conexos.

Há que ter presente que o recurso à gestão coletiva se faz de maneira muito desigual, consoante a natureza das obras ou prestações. Assim, a gestão coletiva das obras musicais é *forçosa*, porque o autor não está em condições de controlar por si o aproveitamento que se faz das suas obras. Pelo contrário, a obra literária, na situação normal, dispensa este recurso: o autor trata diretamente com o editor a publicação, não recorrendo a intermediação.

Uma outra distinção se deve ter presente. O recurso à gestão coletiva é em princípio livre: o titular de direitos recorre a ela se quiser. Mas há também a gestão coletiva *forçada*, nos casos em que a lei impõe que certas pretensões só possam ser atuadas por intermédio de uma entidade de gestão coletiva. É o que estabelece a *Proposta* no que respeita à cobrança da chamada compensação por reprografia, que o art. 98-A impõe (sem o declarar expressamente) que seja centralizada num órgão de gestão coletiva; ou na previsão de um escritório central único, para a arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública (arts. 99 e seguintes).

É matéria que não examinaremos especificamente. Em parte fizemo-lo já noutra lugar, mas sobretudo porque o nosso tema é a supervisão e não a gestão coletiva em si. Não deixaremos porém de observar que a gestão coletiva obrigatória ou forçada é o sonho de toda a entidade de gestão coletiva, mas representa uma violência em relação aos autores e titulares de direitos conexos³³. Pelo que todo o desvio do princípio da liberdade de filiação e de

³³ Mas, por simplicidade, podemos referir *autores* só para abranger todos os titulares de direitos.

recurso a entes de gestão coletiva deve ser maduramente ponderado e quanto possível restringido.

Retomando o tema da supervisão, observamos que a abolição da supervisão não é uma vitória de autores e outros titulares. Será uma vitória dos entes de gestão, mas deixa os titulares de direitos numa situação de desamparo. Não têm a quem recorrer. A subordinação ao ente de gestão – fora de uma muito temerária ação judicial – não tem como ser temperada.

Não se retire daqui que os entes de gestão são os inimigos dos autores e outros titulares. Pelo contrário, são previstos para os servir e a sua justificação e necessidade não são postas em causa. Mas nenhuma entidade pode deixar de estar submetida a um controle. Esse controle não representa uma invasão do poder público, mas uma garantia dos titulares de direitos intelectuais.

Por isso um autor alemão, Sack, afirma a muito justo título “um direito subjetivo público do autor à supervisão”. A supervisão completa o sistema. À livre iniciativa dos autores e outros titulares corresponde do outro lado uma supervisão pelo Estado da atividade dos entes de gestão. Assim os titulares de direitos têm por um lado a garantia da liberdade de constituição e por outro a garantia dada pela existência dum Regulador.

A *Proposta* não se adianta na caracterização do órgão ou órgãos a ser criados. Apenas fica assente que se inserirão no Ministério da Cultura. Faz bem: um diploma sobre direitos autorais não é o local adequado para definir estruturas governativas.

Ficamos também sabendo que enquanto os serviços de registro, previstos no art. 19 da *Proposta*, não forem organizados, o registro poderá fazer-se nos órgãos que se indicam no art. 113-A. Também se diz que enquanto o valor e processo de recolhimento da retribuição não forem estabelecidos por ato do Ministério da Cultura, continuam a ser determinados por ato do titular do órgão ou entidade da administração pública federal a que estiver vinculado o registro das obras intelectuais (art. 113-A e seus parágrafos). Não temos objeção, apesar

do caráter muito indefinido. É preferível que as estruturas administrativas, muitas vezes fugazes, estejam fora da lei dos direitos autorais.

Em qualquer caso, o princípio da supervisão está estabelecido. Vejamos então o que resulta da *Proposta* quanto aos termos desta.

2. A limitação da LDA à disciplina fundamental em matéria de gestão coletiva

A atual *Proposta* traz diferenças radicais da LDA vigente.

Antes de mais quantitativas: os 4 artigos atuais são substituídos por 12, por vezes muito longos.

Mais importante é o que respeita ao conteúdo. A *Proposta* pretende estabelecer o regime legal completo da gestão coletiva, ou pelo menos as bases desse regime.

A disciplina da gestão coletiva é uma matéria de grande complexidade técnica e que é altamente delicada. Uma disciplina que se estabeleça de um golpe terá de ser confrontada com as realidades circunstantes, que imporão seguramente aperfeiçoamentos e por vezes mudanças da orientação básica que tiver sido adotada.

Isto traria como consequência que a LDA teria de ser remodelada várias vezes por efeito dessas tensões.

Não nos parece aconselhável. Uma LDA dirige-se ao público em geral. Tende a ser um instrumento de uma razoável estabilidade, até pela função educativa do público que também desempenha.

As mudanças frequentes da LDA desnorteiam. Pelo que parece muito mais aconselhável que a LDA contenha apenas os princípios fundamentais. A

concretização desses princípios pertenceria a uma lei especial, com a forma que se lhe quisesse dar. Assim acontece em vários países, que têm um código ou lei do Direito Autoral e paralelamente várias leis, como a da reprografia e a da gestão coletiva, que encerram matérias complementares de caráter mais técnico e regulamentar.

Esta é também a nossa proposta neste domínio: a gestão coletiva deve ser objeto de uma lei autônoma. Na LDA só devem ficar as coordenadas gerais de natureza substantiva ou pelo menos fundacional do sistema, deixando toda a praxis para diplomas avulsos.

O fato de propormos este aligeiramento da LDA não significa que apoiemos uma separação cronológica na emissão dos diplomas. Pelo contrário: é de toda a vantagem que a disciplina global seja simultânea. Apenas a LDA, como diploma essencialmente substantivo, ficava aligeirada dessas outras questões.

O problema passa a ser então o de isolar os preceitos fundamentais que devem permanecer na LDA. É o que passamos a fazer, mediante a triagem das disposições da *Proposta*.

3. Os pressupostos

O art. 97 da *Proposta*, que abre o Título VI dedicado à gestão coletiva, mantém o texto atual e acrescenta um § 4.º Vamos distinguir o texto atual e o acrescento.

Trata-se de fato de princípios gerais, no que respeita à lei atual. Mas poderiam exprimir-se de forma mais escorreita. Tal como está, contém uma aparente autorização de constituição de associações, quando a liberdade de associação é um princípio constitucional que se impõe por si.

Abreviando, proporia antes uma redação deste tipo:

“Art. 97. As entidades de gestão coletiva de direitos de autor ou conexos são pessoas jurídicas sem intuito de lucro constituídas e dirigidas pelos titulares de direitos”.

Parece-me importante acentuar, quer o fim não lucrativo quer a característica fundamental de serem os titulares de direitos que criam e dirigem estas entidades: é grande o risco de outras pessoas encontrarem no exercício da gestão coletiva um tentador filão a explorar. Pelo contrário, não há motivo para limitar o tipo jurídico às associações: podem ser cooperativas ou outras entidades sem fim lucrativo. É também necessário que tenham personalidade jurídica.

Os atuais §§ 1.º a 3.º parecem-me bem.

Temos agora o novo § 4.º Prevê que as associações, por decisão do seu órgão máximo de deliberação e conforme previsto em seus estatutos, destinem até 20% dos recursos oriundos de suas atividades para atividades em benefício de seus associados, de forma direta ou por meio de outras entidades, na promoção e no fomento à produção de obras, capacitação e formação, bem como outras atividades de finalidade cultural e de assistência social”.

Temos assim prevista a afetação de 1/5 dos recursos dos entes de gestão a finalidades de interesse mediato dos associados ou até mesmo de interesse geral, como o fomento cultural.

Este é um dos problemas mais graves ligados à gestão coletiva. Para o abordarmos, temos de equacionar devidamente a questão.

A base indeclinável é esta: os recursos cobrados não são recursos dos entes de gestão: são recursos dos associados. É o benefício destes que exclusivamente os justifica, pelo que os entes de gestão cobram para os entregar aos beneficiários. Toda a retenção em detrimento dessa finalidade primária é ilegítima.

É claro que os entes de gestão têm de fazer face às despesas de administração. Mas isso é uma fonte diferente. Calcula-se por percentagem

sobre os proventos cobrados, em geral numa média (ou máxima) de 20%. 20% de administração + 20% para fins culturais e sociais, são 40%. O titular de direitos já só receberia quase metade daquilo que teoricamente lhe caberia.

O desvio de dinheiros para finalidades outras tem criado problemas em todo o mundo. Grandes sociedades europeias retêm 30%. A aplicação desses dinheiros provoca grandes disputas. É uma regra universal, não apenas no Direito Intelectual mas em toda a atividade humana, que os interesses de um representante só teoricamente são os interesses do representado. O representante tem antes de mais em atenção os seus próprios interesses. Por isso se criam com tanta frequência choques entre representantes e representados.

Acresce que os entes de gestão não são as entidades qualificadas para defesa da Cultura ou de outros interesses gerais. Os entes de gestão são rapidamente levados a confundir a defesa da Cultura com a defesa das suas atribuições. A defesa da Cultura passa a ser a defesa do próprio instituto do Direito Autoral e das atividades de gestão coletiva. Particularmente na exaltação das atividades de repressão.

Pelo que concluímos que esta dedução de percentagem é ilegítima. O dinheiro é dos autores e outros titulares de direitos. Estes é que farão desse dinheiro o que entenderem, não os entes de gestão pela cabeça deles.

Logo, não há que introduzir na lei brasileira uma previsão tão perigosa. Pelo contrário: o § 4.º deveria estabelecer a proibição de capturas adicionais, além da percentagem de administração.

O texto a consagrar poderia ser aproximadamente o seguinte:

“§ 4.º – Além da percentagem destinada à cobertura das despesas de administração, que não ultrapassará 20% da totalidade dos recursos, os entes de gestão não poderão cativar nenhuma outra quantia, mesmo com destino a finalidades culturais, sociais ou outras: todo o remanescente deve ser repartido pelos autores”.

A percentagem de 20% para administração é uma percentagem média atendendo a instituições estrangeiras. Em si é alta, mas há que prever situações difíceis em que a afetação dessa percentagem seja necessária. Fora disso, se o ente de gestão pretender realizar outras atividades em benefício indireto dos titulares de direitos, pode fazê-lo; mas terá de o cobrir com a percentagem retida para a administração e não com o outro tanto que retenha a título de defesa cultural, social ou outra.

4. A regulação das entidades

Entra-se seguidamente numa regulação mais pormenorizada, mas numa primeira parte ainda refletindo a disciplina da lei atual, embora no sentido de ampliar a intervenção.

O art. 98 da *Proposta* reproduz praticamente, no *caput* e § 1.º, o *caput* e § único do art. 98 atual. Dá indicações importantes, sobre a qualidade de mandatários dos associados destas instituições e sobre a possibilidade de os titulares poderem praticar pessoalmente atos que tenham por objeto as obras em causa, embora seja então necessária a comunicação prévia à entidade de gestão.

Acrescentam-se dois §§. O § 3.º é importante: a cobrança deve ser proporcional à utilização das obras e fonogramas dos titulares dos quais a associação é mandatária.

Já o § 2.º é redundante. O condicionamento da cobrança ao registro no Ministério da Cultura consta, com plena justificação, do art. 99-A. E este tem a vantagem de esclarecer que o registro é prévio, por um lado, e por outro de remeter para um regulamento a emitir.

Não obstante, o mesmo art. 98-A da *Proposta* não deixa de inserir seguidamente uma densa teia de disposições sobre matérias que devem ser objeto desse regulamento. Aqui já nos parece que exagera. A LDA deve conter princípios gerais e não especificações burocráticas. Não se compreende por

exemplo que se desça à especificação de documentos que devem ser apresentados, como se faz no inc. II. Há que selecionar o que é verdadeiramente básico e só isso deve ser objeto da LDA.

Chamamos a atenção para o § 5.º. Dispõe que as associações que desde o 1.º de janeiro de 2010 estejam efetivamente arrecadando e distribuindo direitos autorais considerar-se-ão para todos os efeitos registradas para exercerem a atividade econômica de cobrança, “devendo obedecer às disposições constantes deste artigo”. É pouco. Compreende-se a intenção de dispensar um novo processo de registro, mas pelo menos terá de se impor que adequem os seus estatutos à nova lei. Deve-se demarcar prazo para tal, que não poderá ser curtíssimo, mas também não excessivo. Há que determinar o prazo objetivamente necessário para uma revisão dos Estatutos.

Na continuação, o mesmo art. 98-A admite o cancelamento do registro destas entidades pelo Ministério da Cultura, quando verificado que a associação não atende ao disposto neste artigo... (§ 2.º). É efetivamente matéria de lei, mas a solução é muito perigosa. Há que ponderar alternativas, como a comunicação ao Ministério Público. Um poder radical desta ordem até corre o risco, face à violência inerente, de nunca chegar a ser utilizado.

Segue-se o art. 98-B, que estabelece obrigações das entidades de gestão coletiva. A matéria é muito importante, particularmente no que respeita aos critérios de repartição, que frequentemente não são dados a público. O preceito acentua a publicidade e a transparência. Mas poderia ser aliviado de aspectos de pormenor.

Num inc. III prevê ainda a busca de eficiência operacional, o que sem dúvida é de louvar mas não tem que ver com a restante matéria. Sugerimos que passe a representar um art. 98-C. Quanto ao atual art. 98-C, sobre a conservação de elementos referidos no art. 98-A, ou seria suprimido por ter caráter regulamentar ou, se assim se não entendesse, acresceria ao art. 98-A a que em exclusivo se refere.

Pelo contrário, o art. 98-D, relativo à prestação de contas aos associados, poderia ser associado ao art. 98-B III (autonomizado em novo art. 98-C).

Entra-se depois na matéria de um escritório central para arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública: art. 99 da *Proposta*, na linha do art. 99 atual. É matéria importante e que deve ser prevista, mas não com o peso burocrático e regulamentar atual. Até porque a experiência do ECAD deve ser devidamente repensada, muito além das alterações e aditamentos constantes da *Proposta*.

A nossa preferência é assim a de um preceito que se limite a princípios gerais e remeta para uma indispensável (a nosso ver) lei sobre a gestão coletiva de direitos autorais.

O art. 99-B refere-se em termos afins à arrecadação e distribuição da compensação por reprografia. A matéria poderia ser associada aos arts. 88-A e seguintes, relativos à reprografia. Já manifestamos também os nossos receios de uma regra como a do § 2.º: a parcela destinada aos autores não será inferior a 50% dos valores arrecadados... Receamos que isso signifique na prática que não será superior, o que é uma injustiça: são as obras científicas e escolares que são reprografadas, e a posição do autor é mais importante que a do editor, que nem sequer é titular de direitos conexos.

Os arts. 100 a 100-B regulam a fiscalização das contas dos entes de gestão pelos seus associados, a responsabilidade dos titulares dos órgãos para com os associados e a possibilidade de as denúncias de abusos serem objeto de apreciação administrativa do Ministério da Cultura, sem prejuízo da apreciação pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. É matéria de interesse, mas que pensamos que melhor ficaria em lei especial sobre gestão coletiva. Destacamos todavia a referência à defesa da Concorrência, pois é matéria a que voltaremos ainda.

5. A supervisão

Não esquecemos que o tema que nos foi dado não foi o da gestão coletiva: foi o da supervisão da gestão coletiva. E esse merece uma atenção particular.

As entidades de gestão coletiva tendem a ser poderosas. Lidam com frequência com grandes valores. Os beneficiários legais apagam-se perante a dimensão esmagadora que chegam a atingir estes entes.

Além disso, a gestão coletiva faz-se em regime de monopólio, salvo raras exceções. Ou monopólio de direito, nos países que assim o estabelecem, ou monopólio de fato. Temos assim a sobreposição de direitos exclusivos, que exercidos no domínio econômico geram monopólios, entregues à gestão de entidades monopolísticas. Quase diríamos – uma sobreposição de monopólios.

E no entanto, este monopólio quase não é objeto de atenção da lei. Ou porque se pretende (sem razão) que no Direito Autoral teria natureza diferente, ou porque a própria força destas entidades (que, repetimos, em si são necessárias) desanima os críticos.

O autor ou outro titular de direitos conexos perde assim o protagonismo. O ente de gestão torna a sua atuação irrelevante. Substitui-se-lhe de tal maneira que o titular se vê transformado em objeto, mais que em sujeito, de atuação. Ou então, serve para justificar os poderes do ente de gestão, mas não é a pessoa que fala, é a pessoa de quem se fala.

Todo o monopólio carece de ser controlado. E este monopólio de certo modo ainda mais: a aura da finalidade cultural, ou de defesa da cultura, faz-lhe beneficiar de uma predisposição favorável em relação à sensibilidade pública em geral.

Daqui vem a verdade da afirmação do direito à supervisão como um direito subjetivo público. Os titulares de direitos têm legitimidade para reclamar a supervisão pública. Pois só esta poderá evitar que eles acabem por ficar nas mãos do ente a que têm de recorrer, mas que não podem efetivamente controlar.

Por isso é indispensável a existência de órgãos de supervisão. Já os referimos de entrada, acentuando a função indispensável de preparar tecnicamente a política autoral de qualquer país. Mas não é a única função. Esses órgãos devem ser suficientemente poderosos para exercer o controle antimonopolístico dos entes de gestão.

Quer dizer: não basta qualquer repartição burocrática ou um órgão de registro. O órgão especializado em Direito Autoral deve ter o nível e as competências próprias que lhe permitem exercer devidamente o difícil papel da supervisão.

Aparece-nos aqui o que se chama hoje o Regulador. O Direito Autoral carece de um Regulador. E é a esse Regulador que cabe exercer o controle sobre os entes de gestão coletiva, particularmente quando se concretizam situações monopolísticas.

É certo que há que contar com o sistema de defesa da concorrência. Mas esses sistema não impede que em setores que o justifiquem haja Reguladores autônomos. A questão está na articulação das ações e competências. É matéria que está completamente fora da LDA, salva a referência que fizemos no número anterior. Não o lamentamos: este Regulador exige previsões específicas, que aconselham no ponto de vista formal fontes autônomas.

O Regulador não surge como adversário dos entes de gestão. A função de ambos é complementar. Mas só um Regulador, como representante do interesse público, pode trazer equilíbrio ao sistema, na conjugação harmônica do interesse público e dos interesses privados.

Uma vez instituído o Regulador, os problemas não terminaram.

Os campos de atuação têm de ser cuidadosamente delimitados. Assim como os entes de gestão podem abusar, o Regulador também pode. Por isso, os primeiros tempos devem caracterizar-se pela busca de um equilíbrio que dê autoridade ao Regulador e respeito e objetividade nas decisões que tome.

Não é porém este o único perigo que haverá que afrontar. Há outro, mais subtil: o da chamada captura do Regulador.

O Regulador pode ser capturado pelo setor que é destinado a regular. Pode ser, por muitas razões, absorvido pelos interesses destes. Ou logo no momento da escolha – quando é designada pessoa vinculada nos interesses particulares que deve supervisionar; ou por fraqueza, por ser muito mais cômodo deixar andar; ou por razões mais gravosas ainda. E então, a situação final será ainda pior do que a inicial.

Como se calcula, nada disto são hipóteses de escola. Há Reguladores que se transformam em policiais de pretensas infrações ou em arautos dos interesses dos entes de gestão. Mas as funções são claramente outras.

O perigo da captura do Regulador é um perigo muito real: não há que o ignorar. É necessário afrontá-lo. Porque não é fugindo aos riscos que se consegue chegar a uma situação de equilíbrio. É necessário ousar, saber julgar, corrigir quando necessário. É assim que algum progresso é possível.

Este é o quadro geral da função do Regulador. Não há que propor um articulado; a matéria está, e bem, fora da LDA. Mas há que ter a consciência que sem um Regulador o sistema nunca estará completo.

6. Os processos digitais e o retorno do protagonismo do autor

Visitemos agora uma última faceta da questão.

Dissemos que o autor³⁴ é mais uma vítima que um beneficiário do sistema. Este é necessário, o autor tem de recorrer a ele, o autor é a própria justificação da existência deste – mas o autor perdeu o protagonismo. Os gestores do sistema, sejam eles próprios autores ou não, estão em primeiro plano.

³⁴ Falaremos neste número só em autor, por simplicidade, mas abrangemos os titulares de direitos conexos.

A situação é altamente preocupante. Os interesses destas entidades intermédias prevalecem. Perante elas, o autor fica quase sempre inerte: é demasiado frágil para lhes resistir.

É necessário restituir o protagonismo ao autor. E há hoje uma possibilidade nova de o conseguir. A própria técnica pode permitir ao autor um regresso ao primeiro plano.

É muito difícil hoje para os autores controlarem os critérios de repartição. Podem-lhe ser apresentadas tabelas, mas isso não traz a prova das utilizações feitas da obra. Deixa-nos frequentemente a sensação de que tudo resulta de palpite. E, como todos somos maus juizes em causa própria, o autor tende a guardar a amargura de não ter sido contemplado com justiça.

Ora bem: a digitalização pode fazer o panorama mudar. Em larga medida, os autores passam a ter a possibilidade de um controle muito mais seguro da utilização das suas obras.

Há vários processos de se conseguir associar aos exemplares ou às obras marcadores digitais que revelam a utilização que delas se faz. É vastamente possível nomeadamente nas obras musicais, que são aquelas que nos aparecem em primeira linha como objeto de gestão coletiva; mas em muitas outras obras digitalizáveis também. É matéria associada ao *Digital Rights Management* (DRM). A LDA já a prevê e protege no art. 107, por referência à “informação para a gestão de direitos”. A *Proposta* mantém e desenvolve estas previsões.

Assim, se houver uma “tatuagem”, como se diz, numa obra, de tal maneira que toda a utilização seja contabilizável, a entidade de gestão tem a possibilidade de saber com segurança quantas vezes a obra foi efetivamente aproveitada. Deixa de se recorrer ao palpite ou a métodos de cálculo de segurança duvidosa. A informação para a gestão passa a ser confiável, porque segura.

O sistema oferece atualmente uma fragilidade: os processos técnicos são diversos, não havendo entre eles compatibilidade. Assim, o recurso perde em universalidade. É estranho que, numa altura em que tudo se descobre e a interoperabilidade se torna um princípio essencial da concorrência, só nisto se não avance³⁵. Mas sem dúvida que a tendência irá no sentido de uma expansão sempre em crescimento do sistema e conseqüentemente da possibilidade da sua utilização.

Daqui podemos retirar que a posição do autor tenderá sempre a reforçar-se: deixará de ser mero receptor passivo do que lhe for atribuído. Cresce o seu protagonismo, pois ele próprio pode ter instrumentos de controle da repartição que é realizada.

No limite, chega-se a situações em que a própria gestão coletiva pode vir a ser dispensada. Particularmente, os grandes produtores de obras poderão pôr em pé os seus próprios sistemas de gestão, em vez de recorrerem a entidades de gestão coletiva.

Não se infira daqui que a gestão coletiva está condenada a desaparecer. Só grandes fornecedores de obras têm capacidade de gerir o seu próprio sistema³⁶. Mas a grande maioria dos autores, na qual se enquadram todos os pequenos titulares, terá sempre de recorrer à gestão coletiva.

Assim sendo, qual o efeito que os sistemas digitais de informação para a gestão têm sobre os sistemas de gestão coletiva? Já o dissemos: dão protagonismo ao autor. Este pode saber com segurança quais as utilizações da sua obra que foram feitas. O diálogo que poderá travar com o ente de gestão é um diálogo fundamentado em bases objetivas, e não um ping pong de meras impressões.

Se este é o resultado, a lei deve tomar posição em favor da adoção destes métodos, porque a lei deve apoiar quanto possível a posição do autor.

³⁵ Deixando a suspeita de que a vontade de o conseguir não seja muita.

³⁶ Mesmo entre estes, há quem tenha lançado a gestão própria e depois a tenha abandonado.

Proponho por isso um preceito em que se estabeleça que as entidades de gestão, sempre que isso for tecnicamente possível, devam recorrer a estes métodos digitais e publicá-los aos autores seus membros. Tal poderá ser integrado no art. 98-B, que é relativo à publicidade e transparência, ou logo a seguir a este. O art. 98-B inc. I está até muito próximo desta matéria, pois manda dar publicidade aos critérios de repartição. Aqui propomos que a previsão tenha um conteúdo duplo: promover a adoção de sistemas digitais de informação e levar os resultados ao conhecimento dos membros.

O preceito poderia por exemplo ser formulado deste modo:

“As entidades de gestão coletiva devem adotar, sempre que isso for tecnicamente possível, métodos digitais de informação para a gestão dos direitos dos seus membros e facultar a estes o acesso aos resultados que lhes respeitem”.

CAPÍTULO 12

PROPOSTA DE REFORMA DA LEI DOS DIREITOS AUTORAIS DO BRASIL NO ENQUADRAMENTO INTERNACIONAL

José de Oliveira Ascensão

Sumário: I – INTRODUÇÃO: 1. Âmbito da análise. II – O TRATADO DA OMPI SOBRE O DIREITO DE AUTOR: 2. O tipo de análise a empreender; 3. Art. 1 e Declaração Comum nt. 1 – Relação com a Convenção de Berna; 4. Art. 2 – Âmbito da proteção pelo direito de autor; 5. Art. 3 e Declaração Comum nt. 2 – Aplicação dos arts. 2 a 6 da Convenção de Berna; 6. Art. 4 e Declaração Comum nt. 3 – Programas de computador; 7. Art. 5 e Declaração Comum nt. 4 – Bases de Dados; 8. Art. 6 e Declaração Comum nt. 5 – Direito de distribuição; 9. Art. 7 e Declarações Comuns nts. 5 a 7 – Direito de aluguel; 10. Art. 8 e Declaração Comum nt. 8 – Direito de comunicação ao público; 11. Art. 9 – Duração de proteção das obras fotográficas; 12. Art. 10 e Declaração Comum nt. 9 – Limites e exceções; 13. Art. 11 – Obrigações relativas a dispositivos tecnológicos; 14. Art. 12 e Declarações Comuns nt. 10 – Obrigações relativas à informação sobre a gestão dos direitos; 15. Art. 13 – Aplicação no tempo; 16. Art. 14 – Disposições sobre a aplicação efetiva dos direitos; 17. Índice de matérias de possível fricção. III – O TRATADO DA OMPI SOBRE INTERPRETAÇÕES E EXECUÇÕES E FONOGRAMAS: 18. Indicações gerais; 19. Art. 1 e Declaração Comum nt. 1 – Relação com outros Acordos e Convenções; 20. Art. 2 e Declarações Comuns nts. 2 e 3 – Definições; 21. Art. 3 e Declaração Comum nt. 4 – Beneficiários da proteção outorgada por este Tratado; 22. Art. 4 – Tratamento nacional; 23. Art. 5 – Direitos morais dos artistas intérpretes ou executantes; 24. Art. 6 – Direitos patrimoniais dos artistas intérpretes ou executantes sobre as suas interpretações ou execuções não fixadas; 25. Art. 7 e Declaração Comum nt. 6 – Direito de reprodução; 26. Art. 8 – Direito de distribuição; 27. Art. 9 e Declaração Comum nt. 8 – Direito de aluguel; 28. Art. 10 – Direito de colocar à disposição interpretações ou execuções fixadas; 29. Art. 11 e Declaração Comum nt. 9 – Direito de reprodução (dos produtores de fonogramas); 30. Art. 12 e Declaração Comum nt. 10 – Direito de distribuição; 31. Art. 13 e Declaração Comum nt. 11 – Direito de aluguel; 32. Art. 14 – Direito de colocar à disposição fonogramas; 33. Art. 15 e Declarações Comuns nts. 12 e 13 – Direito de remuneração pela radiodifusão e pela comunicação ao público; 34. Art. 16 e Declarações Comuns nts. 14 e 15 – Limitações e exceções; 35. Art. 17 – Duração da proteção; 36. Art. 18 – Obrigações relativas a dispositivos tecnológicos; 37. Art. 19 e Declaração Comum nt. 16 – Obrigações relativas à informação sobre a gestão dos direitos; 38. Art. 20 – Formalidades; 39. Art. 21 – Reservas; 40. Art. 22 – Aplicação no tempo; 41. Art. 23 – Disposições sobre aplicação efetiva dos direitos; 42. Índice de matérias de possível fricção. IV – O ACORDO ADPIC / TRIPS – ACORDO SOBRE ASPECTOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS COM O COMÉRCIO: 43. Enquadramento; 44. As disposições substantivas; 45. As disposições sobre a aplicação efetiva. V – O ACTA: 46. Aprovação; remissão.

I – INTRODUÇÃO

1. Âmbito da análise

O Anteprojeto de Reforma da LDA – Lei dos Direitos Autorais n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 – foi aberto à Consulta Pública em 14 de junho de 2010, após várias Jornadas públicas de debate. Emanada do Ministério da Cultura. Recebeu numerosas respostas, que levaram a reformulações parcelares sucessivas. A versão em que nos baseamos é a de novembro de 2010. Adiante a designaremos simplesmente a *Proposta*.

Representa, intencionalmente, uma reforma e não um diploma novo. Não traz uma refundação do corpo legislativo nem pretende uma abrangência universal da matéria deste ramo do Direito. Onde essa índole se torna mais saliente está na ausência de uma consideração específica dos grandes problemas suscitados pelo Direito de Autor em matéria de informática. Há referências incidentais, mas aspectos básicos da grande problemática atual do estatuto da obra na internet ficam por resolver.

É uma opção e, a nosso ver, uma opção de bom senso. A preparação de uma lei que regulasse o Direito Autoral na internet levaria muito mais tempo. Isso prejudicaria os avanços na correção de deficiências já detectadas, que se poderiam realizar em tempo mais breve. Por outro lado, o Ministério da Justiça prepara atualmente legislação sobre o que se designa o “Marco Civil da Internet”, que terá de ser tomada em conta. Tudo justifica pois que se separem as duas etapas, sem prejuízo de ser a todos os títulos aconselhável que se iniciem imediatamente os trabalhos preparatórios de uma legislação complexiva de Direito Autoral que integre a problemática do digital.

A *Proposta* mantém assim o âmbito clássico, que é o da atual Lei dos Direitos Autorais, apenas com algumas referências a elementos digitais, como as bases de dados. Há que ter presente ainda que a matéria dos programas de computador consta de uma lei autônoma, embora da mesma data que a lei dos direitos autorais: a Lei n.º 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.

A *Proposta* limita-se praticamente às matérias já contempladas na atual LDA, com as exceções que anotaremos. Mas as alterações parcelares introduzidas são muitas.

Chamamos a atenção para três capítulos em especial. Um a respeito do conteúdo do direito autoral. A Lei n.º 9.610 quebrara o equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público neste domínio, com considerável unilateralidade. A *Proposta* procura restabelecer esse equilíbrio, o que tem relevo particular no domínio das limitações ao direito de autor. Há, a nosso ver, um progresso notável, sem embargo das muitas questões que se levantam sempre, previsão por previsão.

É inovatória a matéria relativa à estruturação dos serviços públicos de Direito Autoral. A LDA eliminara praticamente essas previsões, porque eliminara praticamente também os serviços. A *Proposta* repõe. O Anteprojeto embrenhava-se mesmo numa regulação minuciosa de serviços e funções. Há um progresso na *Proposta*, na medida em que deixa para leis autônomas essas questões.

Outra inovação consiste na introdução de uma remuneração por *reprografia*. Mas o esquema adotado traduziu-se numa “taxa” sobre aqueles que exercem profissionalmente estas atividades (art. 88-A), em benefício de autores, artistas intérpretes ou executantes e editores. Não parece adequado nem suficiente e o esquema da medição folha a folha é impraticável. Justifica-se a nosso ver a supressão desta parte.

A nossa análise incidirá especificamente sobre a compatibilidade desta *Proposta* com os principais instrumentos internacionais. E dentre estes, particularmente com os Tratados da OMPI de 1996 e com o ADPIC / TRIPS. A Convenção de Berna e a Convenção de Roma não exigirão um exame particular, na medida em que o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor é sobretudo um Berna *plus* e o Tratado da OMPI sobre Interpretações e Execuções e Fonogramas um Roma *plus*.

Os vários artigos dos Tratados da OMPI são frequentemente acompanhados de uma “Declaração Comum”. Não precisamos embrenhar-nos no debate da valia dessas *Declarações*, apreciando esta maneira algo confusa de legislar. Diríamos que não valem tanto como o articulado, senão tinham ficado no articulado, mas também têm algum peso, senão não teriam sido incluídas no diploma. Afigura-se serem elementos auxiliares da interpretação, que não podem assim colidir com o texto. Limitamo-nos a verificar a compatibilidade do conteúdo de cada Declaração com a *Proposta* de reforma da LDA, tendo sempre a cautela de indicar se a fonte é um artigo dos Tratados ou uma Declaração anexa.

Os preâmbulos não carecem de observação complementar.

II – O TRATADO DA OMPI SOBRE O DIREITO DE AUTOR

2. O tipo de análise a empreender

Começamos pelo que respeita ao Direito de Autor. Teremos então em vista particularmente o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor de 1996.

Aí, encontramos a dificuldade de estes Tratados da OMPI pretenderem sobretudo realizar a adaptação do Direito de Autor internacional ao ambiente digital. O confronto terá de fazer-se indicando o que falta para que a ratificação destes Tratados pelo Brasil se torne possível.

Quando foi aprovada a LDA, em 1998, vivia-se ainda muito da convicção difundida de que o Direito Autoral existente bastava para resolver os problemas do digital. A nossa tarefa será a de verificar até que ponto assim acontece ou não. Isso irá obrigar-nos a uma verificação artigo por artigo, para apurar a compatibilidade com a *Proposta* brasileira, de modo a tornar possível a ratificação. É uma metodologia pouco entusiasmante, mas para os nossos fins não encontramos alternativa.

É essa a tarefa que empreenderemos de seguida.

3. Art. 1 e Declaração Comum nt. 1 – Relação com a Convenção de Berna

O art. 1 auto-qualifica o Tratado como um acordo particular, no sentido da Convenção de Berna. Mencionam-se expressamente os arts. 1 a 21 como aqueles a que as partes se devem submeter. Estes artigos contêm as disposições substantivas da Convenção de Berna. Mas isso para os países que são membros da Convenção de Berna, o que significa que o Tratado está também aberto a países que não sejam membros daquela Convenção. Se assinarem, passam a ficar vinculados pelas disposições substantivas daquela Convenção.

O preceito não traz nada de novo para o Brasil, que é membro da Convenção de Berna.

Já o mesmo não se pode dizer da *Declaração Comum* anexa ao art. 1/4. Um bocado fora da ordem que se esperaria, dispõe que o direito de reprodução e as suas exceções aplicam-se plenamente no ambiente digital, em particular à utilização das obras sob a forma digital. Acrescenta que o armazenamento duma obra digital em suporte eletrónico constitui uma reprodução no sentido do art. 9 da Convenção de Berna.

A razão desta colocação está possivelmente no fato de o Tratado, embora preveja várias formas de utilização da obra, não incluir o direito de reprodução. Este está compreendido no art. 9 da Convenção de Berna e por isso aplicar-se-ia sempre, mas esta Convenção, mesmo nas revisões de 1967 e 1971, não teve em vista o ambiente digital. Deste modo, quer-se suprir a omissão com uma Declaração categórica.

Mas semelhante Declaração é perigosa, por dois pontos de vista:

1. Por um lado, é ambígua quanto ao âmbito da reprodução. Abrangerá as reproduções meramente tecnológicas, como aquelas que se realizam por ocasião da transmissão em rede de obras literárias e artísticas? A *Proposta* não toma posição sobre esta matéria. Haverá por isso que verificar até

que ponto o legislador brasileiro quer ficar dependente de uma interpretação extensiva nesta matéria.

2. É também perigosa a afirmação que as exceções³⁷ previstas na Convenção de Berna se aplicam plenamente... Isso significaria renunciar a criar limites próprios para o meio digital, ou poderia vir a ser assim entendido. É portanto outro ponto da maior importância que carece de ser ponderado.

4. Art. 2 – Âmbito da proteção pelo direito de autor

Estabelece o princípio de que a proteção não se estende às ideias, processos, métodos operacionais ou conceitos matemáticos enquanto tais.

Este princípio é universal e está expresso, de maneira mais completa até, no art. 8 da *Proposta*.

5. Art. 3 e Declaração Comum nt. 2 – Aplicação dos arts. 2 a 6 da Convenção de Berna

Não traz alterações para o Brasil, membro fundador da União de Berna.

A Declaração Comum esclarece o sentido das referências a “país membro da União” e semelhantes, que constam dos arts. 2 a 6 da Convenção de Berna. Não aparentam trazer dificuldades.

6. Art. 4 e Declaração Comum nt. 3 – Programas de computador

Impõe a proteção dos programas de computador como obras literárias, no sentido do art. 2 da Convenção de Berna.

³⁷ Aqui referem-se só “exceções”. No art. 10 já se prevêem, mais corretamente, “limitações e exceções”.

Não altera em nada a situação antecedente. A imposição de tal proteção resultava já do art. 10/1 do ADPIC / TRIPS.

A Lei n.º 9609, de 19 de fevereiro de 1998, estabelece o regime respetivo. O art. 2 desta lei não qualifica o programa de computador como obra literária: determina que “o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no país”. A omissão da qualificação não tem relevância, porque o que vincula é o regime internacionalmente convencionado e não a qualificação desse regime. De todo o modo, o art. 7 inc. XII LDA inclui os programas de computador entre as obras intelectuais protegidas.

A *Proposta* mantém esta previsão dos programas de computador no art. 7 inc. XII, e a remissão para legislação específica do § 1.º do mesmo artigo, “observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis”. A Lei específica (L. 9609 atrás referida) não traz para este efeito quaisquer dificuldades.

7. Art. 5 e Declaração Comum nt. 4 – Bases de Dados

Impõe a proteção das compilações de dados ou de outros elementos que pela escolha ou disposição das matérias constituam criações intelectuais. É quase a repetição do art. 10/2 do ADPIC / TRIPS, nomeadamente por excluir a proteção dos dados ou elementos em si mesmos e não prejudicar eventuais direitos de autor aplicáveis a esses dados ou elementos.

A Lei n.º 9610 (LDA) integra entre as obras intelectuais protegidas “as bases de dados e outras obras que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual”. É clara a inspiração naqueles textos internacionais. Mas é completada ainda pelo § 2.º, que recusa a extensão do direito aos dados em si mesmos e salvaguarda eventuais direitos autorais que recaiam sobre eles.

A disciplina das bases de dados é muito sumária na lei brasileira. Também não prevê o direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases, que representa um direito sobre a informação em si mesma. Esta figura não ultrapassou porém as fronteiras da Europa.

Em qualquer caso, a situação brasileira satisfaz sem reserva os mínimos das convenções internacionais.

A Declaração Comum parece inócua.

A *Proposta* mantém sem alteração as referências a bases de dados do art. XIII e § 1.º

8. Art. 6 e Declaração Comum nt. 5 – Direito de distribuição

Este artigo atribui ao Autor o direito de distribuição, pela venda ou outra forma de transferência de propriedade (n.º 1). A Declaração Comum (que é comum aos arts. 6 e 7) esclarece que o objeto, no contexto dos direitos de distribuição e de aluguel, se refere exclusivamente aos exemplares que podem ser postos em circulação como objetos tangíveis.

A LDA contempla este direito, com uma amplitude maior até que a prevista no Tratado: art. 29 VI e VII.

O n.º 2 deixa às Partes contratantes regular o esgotamento, em consequência da alienação de exemplares da obra, efetuada com autorização do autor. Corresponde a uma prática internacional que se manifesta também no ADPIC / TRIPS, de não tomar posição perante o esgotamento (ou exaustão) internacional. Tratando-se do reconhecimento de uma faculdade, nunca poderia criar qualquer tipo de problema de conformidade com a LDA.

A *Proposta* não se propõe alterar o art. 29 VI, que contempla genericamente a distribuição. Mas substitui a previsão da *distribuição* no inc. VII pela “colocação à disposição do público da obra, por qualquer meio ou processo,

de maneira que qualquer pessoa possa a ela ter acesso, no tempo ou lugar que individualmente escolher”. Sendo uma questão de qualificação, nunca poderia trazer obstáculo. Acresce porém que aqui se têm em vista meios imateriais de acesso, que nunca caberiam na distribuição de objetos tangíveis que o Tratado regula³⁸. Este consagra o direito de distribuição mas dá amplas faculdades aos Estados-Membros na aplicação nas leis respectivas.

Já pode trazer dificuldades a correspondência da *Proposta* ao modo de distribuição e ao âmbito da exaustão.

O Tratado prevê a distribuição pela venda ou qualquer outra forma de transmissão de propriedade.

A *Proposta*, ao dar sentido imaterial ao conteúdo do art. 29 VII, apenas contempla a distribuição no inc. VI do mesmo artigo: “a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor terceiros para uso ou exploração da obra”.

A previsão dá um âmbito vasto à distribuição, mas nada esclarece sobre o conteúdo. A restrição aos casos em que a faculdade está intrinsecamente contida no contrato celebrado, embora corretíssima, era na realidade até dispensável, porque é um princípio geral do Direito Autoral, que a celebração de um contrato engloba os meios necessários à execução deste, igualmente aplicável aqui. Falta porém a referência a que essa distribuição, referente a coisas ou suportes tangíveis, tanto se pode realizar por venda como por qualquer outro meio de transmissão da propriedade. Em qualquer caso, à mesma conclusão sempre se chegaria pela sã hermenêutica jurídica.

Já o que respeita à exaustão traz maiores dificuldades.

A situação não é muito clara. O art. 30-A, que é novo, dispõe no proêmio, na sua última versão que, quando a distribuição for realizada em qualquer Estado-membro do Mercosul pelo titular dos direitos sobre a obra ou fonograma ou com o seu consentimento, exaure-se (esgota-se) o direito patrimonial de

³⁸ Declaração Comum aos arts. 6 e 7.

distribuição do objeto da venda no território nacional³⁹. Só fica pois em causa a venda e a exaustão do direito no território nacional: nem sequer no âmbito do Mercosul, pelo menos por força deste dispositivo.

Mas, qualquer que sejam os problemas trazidos no que respeita à exaustão do direito de distribuição à luz da ordem jurídica brasileira, só nos ocupa agora verificar a compatibilidade desta com os Tratados da OMPI.

Começando pelo último aspecto assinalado: a limitação da exaustão ao espaço nacional não cria desconformidade ao Tratado, porque este deixou em aberto a disciplina da exaustão (art. 6/2).

Mas já a pode trazer quanto ao âmbito desta previsão. O Tratado prevê sempre a venda ou outra forma de transmissão da propriedade: a *Proposta* prevê apenas a venda. Daqui resulta uma desconformidade que poderá amanhã ser explorada. Seria justificada a adição a venda: “ou qualquer outra forma de transmissão da propriedade”.

9. Art. 7 e Declarações Comuns nts. 5 a 7 – Direito de aluguel

Consagra o direito de aluguel, mas com cinco restrições básicas:

1) limita-se à distribuição de exemplares como objetos tangíveis. Declaração Comum, nts 5 e 6).

2) limita-se ao aluguel: exclui pois o empréstimo e outros tipos gratuitos. Precisa-se: “o direito de autorizar o aluguel comercial ao público do original e de exemplares das suas obras”.

3) só se aplica aos objetos especificamente referidos no n.º 1, ou seja:

“i) – programas de computador

³⁹ Repare-se que a versão anterior se referia aos Estados-Membros da Organização Mundial do Comércio, que é uma organização inteiramente independente da OMPI.

ii) – obras cinematográficas

iii) – obras incorporadas nos fonogramas, tal como definidas na legislação nacional das Partes Contratantes.

4) esta aplicabilidade é ainda limitada pelo n.º 2.

Dispõe este que o n.º 1 não é aplicável aos programas de computador, quando estes não forem objeto principal do aluguel; e só é aplicável às obras cinematográficas quando o aluguel não leve à multiplicação de exemplares dessas obras, que comprometa de maneira substancial o direito exclusivo de reprodução.

5) segundo a Declaração Comum n.º 7, a obrigação prevista não implica a exigência de os Estados, que não prevejam que os autores gozem de direitos exclusivos sobre os fonogramas, os estabelecerem. Acrescenta-se que se entende que esta obrigação é compatível com o art. 14/4 do ADPIC.

Passamos ao confronto destas previsões com a *Proposta* de Reforma da LDA. Observemos preliminarmente que não há colisão com a disciplina do programa de computador constante da Lei n.º 9609. Esta inclui no art. 2 § 5.º, “dentre os direitos assegurados por esta lei e pela legislação de direitos autorais e conexos, o direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial”. Este direito não seria exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência de cópia do programa. Repare-se que esta redação sugere que se está integrando a própria legislação geral sobre direito de autor e conexos, e não apenas a legislação sobre programas de computador⁴⁰.

Entrando na apreciação da *Proposta*, vemos que esta é extremamente sumária no que respeita ao aluguel. Não o autonomiza em relação à distribuição. Assim, o art. 30-A, que regula a distribuição e exaustão deste direito, exclui deste os direitos de locação de programas de computador e de obras audiovisuais e o direito de sequência.

⁴⁰ O § 6.º exclui as hipóteses em que o programa não seja o objeto essencial do aluguel, o que corresponde tal qual à previsão do art. 7/2 *i* do Tratado da OMPI.

Deixemos de parte o direito de sequência, relativo à transmissão de obra de arte original. O Tratado não o contempla, nem poderia ser por este abrangido. O exercício do direito de sequência concretiza-se em certos casos de alienação da obra, pelo que não poderia o mesmo ato representar simultaneamente causa de extinção do direito de alienação (que, por definição, se extinguiu já) e causa de concretização do direito de sequência.

Quanto às outras modalidades de exaustão de direito de aluguel excluídas pelo art. 7/2 do Tratado, já afastamos os programas de computador. O art. 30-A § único exclui também da *Proposta* as obras audiovisuais. Vai mais longe que o Tratado, que exclui apenas as obras cinematográficas, nas condições que determina. Pode eventualmente levar a esforços de delimitação posteriores, mas não parece uma desconformidade que impeça a adesão ao Tratado. Isso não significa por outro lado que a locação não merecesse autonomia e melhor tratamento na reforma da LDA.

10. Art. 8 e Declaração Comum nt. 8 – Direito de comunicação ao público

Segue-se este direito fundamental, possivelmente o mais importante dos direitos complexos (porque feixe de direitos) constitutivos do direito de autor.

O art. 8 do Tratado remete para várias disposições da Convenção de Berna, especificando que abrange a comunicação por fio ou sem fio.

Mas engloba seguidamente neste direito a colocação à disposição do público que permita o acesso em qualquer tempo e de qualquer lugar – seguindo a tendência internacional.

A Declaração Comum n.º 8 exclui a mera disponibilização de instalações do âmbito da comunicação ao público – quer no Tratado quer na Convenção de Berna, que deste modo se propõe interpretar. Esclarece ainda que nada no art. 8 proíbe a uma Parte Contratante aplicar o art. 11 *bis*/2 da Convenção de Berna.

Este último permite aos países regular o direito de comunicação ao público, nos limites que prevê⁴¹.

A dificuldade particular que se defronta nesta matéria reside na diversidade de qualificações da lei brasileira em relação à *Proposta*. Esta última prevê no art. 29 VIII “a comunicação ao público de obra literária, artística ou científica” e especifica depois várias modalidades. Mas separa dela a “colocação à disposição do público da obra” (art. 29 VII), que a *Proposta* não mais considera “distribuição”, diversamente da lei atual.

Como dissemos, o Tratado inclui esta disponibilização para qualquer tempo e lugar no direito de comunicação ao público.

A diferença entre os dois textos é aparatosa, mas pensamos que é inócua. Os textos internacionais não vinculam pelas qualificações, mas pelos regimes.

Não se nos afigura que implique alguma diferença de regime. Acrescentamos que a nosso ver a qualificação da *Proposta* é mais correta, porque a comunicação é o ato de comunicar, é dinâmica, e a disponibilização é estática, não se está comunicando, está-se tornando possível o acesso⁴².

Quanto à nt. 8, parece seguro que a mera disponibilização de instalações não representa uma comunicação ao público. Nem sequer representa uma disponibilização da obra, porque disponibilizar instalações não tem que ver com os conteúdos eventuais: não bule no direito de autor.

Quanto à referência da nt. 8 ao art. 11 *bis*/2 da Convenção de Berna, em nada altera o quadro das vinculações internacionais do Brasil.

⁴¹ Curiosamente, da nt. 8, dizendo que “nada proíbe aplicar”, resulta a impressão de uma certa facultatividade dada à aplicação desta alínea.

⁴² A mesma instabilidade de qualificações se manifesta ainda no art. 30 da LDA, que considera a mesma atividade “exercício do direito de reprodução”. A *Proposta* deu porém ao art. 30 um conteúdo inteiramente diferente. Mesmo hoje, o art. 30 deve ser interpretado como referente ao armazenamento eletrônico, que implica atos de reprodução, mas não à própria disponibilização em linha.

11. Art. 9 – Duração de proteção das obras fotográficas

O art. 9 do Tratado dispõe que as Partes não aplicarão o art. 7/4 da Convenção de Berna. Este deixava aos países da União regular a duração da proteção das obras fotográficas e das obras das artes aplicadas protegidas como obras artísticas, desde que a duração não fosse inferior a 25 anos, após a realização. Este art. 9 do Tratado impede a diferenciação relativa às obras fotográficas, apenas: nada altera no respeitante às obras das artes aplicadas.

Repare-se que este art. 9 respeita às “obras fotográficas”. Pressupõe pois a distinção entre obra fotográfica e mera fotografia, não protegida como obra fotográfica. Algumas legislações protegem também a mera fotografia, mas em termos diminuídos em relação à obra fotográfica. Não é o caso da lei brasileira. As obras fotográficas referidas no art. 7 LDA (que a *Proposta* não altera) são mesmo obras, ou seja, criações do espírito, nos termos do proêmio. A utilização da obra fotográfica é depois regulada no art. 79⁴³. Mas não há uma proteção da mera fotografia, como direito autoral.

No que respeita à duração da proteção, o art. 44 LDA fixava-a em 70 anos, a partir da divulgação. A *Proposta* manteve inicialmente esse prazo no mesmo art. 44, juntamente com as obras audiovisuais e coletivas; mas na última versão apresenta a alternativa de um prazo de 50 anos, a partir do 1.º de janeiro do ano subsequente à publicação. Essa redução do prazo é congruente com a *Proposta*, a submeter ao Ministro da Cultura, de redução do prazo geral para 50 anos (e não mais 70 anos) pós-morte. Esta é a duração fixada na Convenção de Berna. Pessoalmente, estamos inteiramente de acordo, pois um prazo de 70 anos pós-morte, que pode levar a uma proteção de mais 150 anos em relação a obras criadas na juventude de um autor, é um absurdo.

Que implicações teria sobre a duração de proteção das obras fotográficas o art. 9 do Tratado? O que deixa de se aplicar: o limite mínimo de duração nos 25 anos, pois teria de ser superior? Ou o art. 7/4 da Convenção deixa de se aplicar em absoluto, o que significaria que a duração mínima de proteção

⁴³ Que na *Proposta* tem uma pequena alteração, para este efeito irrelevante.

passaria a ser a normal, de 50 anos após a morte do autor (art. 7/1 da Convenção)?

Formalmente, pareceria ser tudo apagado, portanto a LDA e a *Proposta* seriam incompatíveis com o Tratado. Em contrário, pode objetar-se que esta interpretação criaria uma incongruência com o prazo de proteção das obras cinematográficas, prazo que é de 50 anos; que o art. 7/5 da Convenção de Berna, que não foi alterado pelo Tratado, continua a referir o n.º 4; e que é pouco conforme ao tipo da obra fotográfica que o prazo de proteção se conte apenas a partir da morte do autor.

A seguir-se a primeira orientação, o art. 9 do Tratado representaria um grave obstáculo à adesão do Brasil ao Tratado da OMPI.

12. Art. 10 e Declaração Comum nt. 9 – Limites e exceções

O art. 10 do Tratado regula os “limites e exceções”: acolhe-se assim a terminologia que se vai generalizando nos instrumentos internacionais, que não tomam partido na qualificação das restrições ao direito de autor como limites ou como exceções. A lei brasileira, que qualifica como “Limitações aos Direitos Autorais”, não suscita nenhuma dificuldade⁴⁴.

O art. 10 do Tratado introduz a regra ou teste dos três passos. Mas divide-se em duas previsões:

O n.º 1 respeita à criação legislativa de limitações.

O n.º 2 respeita à aplicação de semelhantes limitações.

No que respeita à criação legislativa, o Brasil estava já vinculado por esta regra, por força do art. 13 do ADPIC / TRIPS: “Os membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a certos casos especiais que não

⁴⁴ Atendendo ainda ao fato de entre essas limitações se poderem encontrar verdadeiras regras excepcionais, nos termos comuns de Direito.

obstem à exploração normal da obra nem prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do titular do direito”.

Tratando-se de uma regra dirigida ao legislador, não carece de ser prevista na LDA.

É importante para o entendimento do art. 10/1 a 1.^a parte da Declaração Comum: permite as Partes manter ou estender ao digital as limitações atualmente previstas nas legislações nacionais; e mesmo criar novas limitações, que sejam adequadas às redes digitais.

O art. 10/2 refere-se à aplicação das limitações admitidas pelas Partes: deve igualmente ficar condicionada pelo teste dos três passos.

É uma inovação, que representa algo de preocupante. Restringiria ulteriormente a atividade do decisor, particularmente do juiz. Em cada ocorrência se teria de verificar se seria um caso especial, se atingiria a exploração normal da obra e ainda se causaria um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. Isso criaria uma instabilidade perigosa.

Talvez o entendimento possa ser mais tranquilizante, à luz da 2.^a parte da Declaração Comum. Dispõe que “se entende que o art. 10/2 não reduz nem amplia o campo de aplicação dos limites e exceções permitidos pela Convenção de Berna”. Nesse caso, a situação não se altera em relação à atual, porque o âmbito de aplicação das limitações admitidas seria o mesmo que atualmente se pratica, à luz da Convenção de Berna.

O art. 10/2 seria assim uma regra interpretativa que permitiria demarcar o âmbito das limitações legais, dando uma orientação ao intérprete no entendimento destas. Neste sentido, deve considerar-se que a regra tem já antecedentes no Brasil, por exemplo, no art. 46 VIII quer da LDA quer da *Proposta*, ou no art. 46 III *a* que a *Proposta* introduz.

Acrescentamos ainda que nada há no art. 10/2, a nosso ver, que proíba uma regra que admita que o juiz reconheça limitações não constantes da lei, mas que sejam conformes à regra dos três passos.

13. Art. 11 – Obrigações relativas a dispositivos tecnológicos

O art. 11 do Tratado prevê a proteção das medidas tecnológicas eficazes que impedem o acesso ou restringem a utilização em relação a atos que não foram autorizados pelos autores ou permitidos por lei.

O preceito que engloba esta matéria é o do art. 107 LDA, que responsabiliza por perdas e danos quem de qualquer maneira alterar, suprimir ou inutilizar:

I – Dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras ou produções protegidas para evitar ou restringir a sua cópia

II – Sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia

Destes preceitos, embora não muito claramente, resulta a proteção contra a neutralização de dispositivos tecnológicos que impedem a prática de atos não autorizados pelo titular do direito de autor, quer em relação à reprodução, quer em relação à comunicação ao público. Repare-se que estão sempre em causa direitos autorais ⁴⁵.

O art. 11 do Tratado só prevê dispositivos técnicos *eficazes*. O art. 107 não insere esta qualificação. Seja qual for a oportunidade de semelhante ampliação, isso não implica incompatibilidade da lei brasileira.

A *Proposta* acrescenta outras especificações. O § 4.º exclui a ilicitude quando a neutralização for realizada para o exercício de utilizações legalmente permitidas, ou quando caducarem os direitos patrimoniais. É inteiramente conforme ao Tratado, pois não há nesses casos violação de direito autorial.

O mesmo diremos do § 5.º que, sob a referência algo enganadora a um “efeito limitado no tempo”, exclui da ilicitude afinal as mesmas situações de caducidade dos direitos autorais.

⁴⁵ Portanto, não se abrange o mero acesso condicionado pelo explorador do sítio como tal, mas antes modalidades de defesa de faculdades de direito de autor: embora essa defesa possa ser exercida a título derivado pelo explorador do sítio.

O art. 107 IV sanciona igualmente quem comercializar ou de qualquer modo comunicar exemplares de obras ou prestações protegidas, sem autorização, sabendo que os dispositivos tecnológicos foram suprimidos ou alterados sem autorização. Vai além do que é estabelecido pelo Tratado.

Pelo que não se nos afigura que este art. 11 traga qualquer dificuldade de compatibilização com a lei brasileira ou com a *Proposta*.

14. Art. 12 e Declaração Comum nt. 10 – Obrigações relativas à informação sobre a gestão dos direitos

O art. 12/1 prevê que as Partes Contratantes estabeleçam sanções eficazes contra quem, sabendo ou, no plano civil, tendo motivos justificados para saber que pratica uma infração contra qualquer dos direitos previstos no Tratado ou na Convenção de Berna,

– suprima qualquer informação eletrônica sobre a gestão (ou o regime) dos direitos

– comercialize ou de qualquer modo comunique ao público obras ou exemplares de obras, sabendo que as informações sob forma eletrônica relativas ao regime dos direitos foram suprimidas ou modificadas sem autorização.

O n.º 2 indica o entendimento de “informação sobre o regime dos direitos”.

A Declaração Comum constante da nt. 10, na sua 1.ª parte, esclarece que os direitos autorais visados são quer os direitos exclusivos quer os direitos de remuneração.

Na 2.ª parte exprime o entendimento que o art. 12 não constitui base para a imposição de formalidades não permitidas pela Convenção de Berna nem pelo Tratado, que impedissem a circulação livre de mercadorias ou o gozo dos direitos reconhecidos no mesmo Tratado.

A esta matéria corresponde basicamente o art. 107 III LDA, que a *Proposta* não altera: sanciona com perdas e danos quem “suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão dos direitos”. A previsão é mais ampla que a do art. 12 do Tratado, mas engloba a 1.^a modalidade de atos proibidos pelo art. 12/1 *i* do Tratado, embora mais sinteticamente apresentados.

Já quanto ao art. 12/1 *ii*, funciona o art. 107 IV, que já vimos que se aplica também aos dispositivos tecnológicos: são igualmente sancionados os mesmos atos, a comercialização e a comunicação ao público em geral, quando praticados sabendo-se que a informação sobre a gestão de direitos foi suprimida ou alterada sem autorização.

Há todavia um ponto que a lei brasileira não contempla. O art. 12/1 do Tratado manda aplicar as sanções, não apenas quando o agente sabe que viola um dos direitos autorais contemplados, como ainda quando tinha motivos válidos para saber que este ato implicava um atentado contra esses direitos. A lei brasileira prevê apenas a sanção quando há conhecimento.

A fórmula “tendo motivos razoáveis para saber” surge em instrumentos internacionais e supranacionais sobre esta matéria para iludir as dificuldades da prova do estado subjetivo do agente. Por natureza, é inaplicável no domínio penal, que exige maior finura na determinação dos estados subjetivos. Mas também no Direito Civil não pode ser aplicada sem indicação legal. Essa indicação não existe no Direito brasileiro. Pelo que teremos de concluir que este trecho do Tratado não poderá ser aplicado sem alteração da lei interna que o acolha.

Já a Declaração Comum constante da nt. 10, em qualquer das suas vertentes, não constitui obstáculo, pois nela se consagram entendimentos que vão por si.

A *Proposta* de reforma da LDA acrescentou a este art. 107 vários parágrafos. Estariam particularmente em causa os §§ 4.^o e 5.^o (na última versão) que referem sinais codificados que podem ser utilizados para informação sobre gestão. Mas o inc. III é nos dois casos excluído dessa aplicação. Haverá então

que perguntar se em qualquer caso não poderá haver uma aplicação analógica, quando ocorrem os pressupostos desta.

De todo o modo, a solução desta questão não implica contrariedade ao Tratado.

15. Art. 13 – Aplicação no tempo

Este artigo limita-se a remeter para o art. 18 da Convenção de Berna, que está em vigor no Brasil.

Não suscita, pois, nenhum problema próprio.

16. Art. 14 – Disposições sobre a aplicação efetiva dos direitos

O art. 14/1 comete às Partes a adoção das medidas necessárias à aplicação do Tratado.

O ADPIC, de que o Brasil é parte, vai muito mais longe e especifica, com exagerado pormenor, estas medidas. Não resulta pois deste preceito nenhum problema que se não suscitasse perante o ADPIC. Pelo que não ocorre esmiuçar as formas de proteção efetiva da lei brasileira.

O n.º 2 determina que as partes estabeleçam procedimentos eficazes contra todo o ato lesivo dos direitos assegurados, compreendendo medidas que previnam rapidamente a infração ou dissuadam a sua repetição.

Se o sistema de repressão e prevenção de violações da lei brasileira é suficiente, é uma questão que está permanentemente em exame, como aliás acontece também noutros países. Não seria esta regra do Tratado que traria algo de novo.

17. Índice de matérias de possível fricção

Os arts. 15 a 25 prevêm disposições administrativas e finais. Estas disposições estão fora do nosso âmbito de apreciação.

Chamamos apenas a atenção para o arts. 22: não se admitem reservas ao Tratado.

Finalizando, vamos reduzir as nossas observações a um quadro sucinto, pois encontramos pontos de possível atrito da *Proposta* com o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor. Limitamo-nos a referir os números e as matérias a que respeitam. São os números:

3. , enquanto no Tratado se declara de modo absoluto que o direito de reprodução e as suas exceções se aplicam plenamente no ambiente digital

8. , enquanto a *Proposta* prevê apenas a venda e omite outras formas de transmissão da propriedade

11. , no que respeita à duração da proteção da obra fotográfica

12. , sobre “limites e exceções”, se se entender que permite ao juiz restringir as disposições legais

14. , sobre obrigações relativas à informação sobre a gestão ou o regime dos direitos, porque a *Proposta* não é tão ampla como a previsão do Tratado.

III – O TRATADO DA OMPI SOBRE INTERPRETAÇÕES E EXECUÇÕES E FONOGRAMAS

18. Indicações gerais

Simultaneamente com o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor foi aprovado, em 1996, o Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (neste capítulo designado simplesmente como o Tratado). Destina-

se a reforçar a proteção dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas.

É clara a ligação entre este Tratado e a Convenção de Roma de 1961. Mas há uma diferença muito importante: a Convenção de Roma, já pelo seu título, era a “Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão”. Teve por finalidade conciliar num instrumento único as aspirações de proteção, muitas vezes contrastantes, destas três categorias. Pelo contrário, este Tratado exclui os organismos de radiodifusão: as outras duas categorias conseguem assegurar só para elas o reforço da proteção.

Fora isto (que não é pouco) este Tratado pode ser considerado como uma Roma *plus*, embora não de maneira tão nítida como o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor é um Berna *plus*. Pressupõe a disciplina estabelecida para estas duas categorias de interessados pela Convenção de Roma e vai além dela.

Outra característica importante está em a regulação se estabelecer por dupla remissão, do autor para o artista e deste para o produtor de fonogramas, embora evidentemente não na totalidade. É uma etapa do movimento internacional no sentido da assimilação de todos os exclusivos autorais, em consequência da mercantilização destes direitos. Por isso, “a alta dignidade da criação” é invocada para justificar o reforço da proteção do direito de autor, mas esse reforço é posteriormente estendido aos artistas invocando agora a valia humana da sua atividade, artística por definição; e afinal, esse reforço, na sua quase totalidade, acaba por ser estendido aos produtores de fonogramas, que são empresários. Encontraremos seguidamente manifestações deste movimento.

Adiantamos já que são admitidas reservas a este Tratado (art. 21).

No que respeita à lei brasileira, inclui esta matéria em Título da LDA, epigrafado “Dos Direitos Conexos”, nos arts. 89 a 96 LDA. E logo o art. 89 estabelece o princípio geral da aplicabilidade tendencial das regras do direito de autor às três categorias protegidas. A aplicação faz-se “no que couber”, o que

cria dificuldades aos intérpretes. A *Proposta*, na sua última redação, mantém integralmente o texto do art. 89.

Advertimos que, sempre que na análise deste Tratado usarmos simplesmente o termo artista, nos referimos ao artista intérprete ou executante, excluindo outras categorias de artistas, como os autores de obras das artes visuais.

19. Art. 1 e Declaração Comum nt. 1 – Relação com outros Acordos e Convenções

Afirma-se que o Tratado não derroga a Convenção de Roma, tomando esta implicitamente como ponto de partida.

Outros aspectos contemplados não suscitam problemas para os efeitos deste estudo.

A Declaração Comum esclarece que, nas obras incorporadas em fonogramas, se cumulam os direitos do autor, do artista e do produtor do fonograma, ficando assim o aproveitamento do fonograma dependente do concurso de uma tripla autorização.

20. Art. 2 e Declarações Comuns nts. 2 e 3 – Definições

Segue-se a técnica, essencialmente anglo-americana, da lista prévia de definições.

Não as vamos considerar agora mas a propósito dos lugares respetivos, quando isso for necessário.

Um lugar à parte ocupa todavia a própria definição de artistas intérpretes ou executantes (art. 2 a). Corresponde praticamente à definição do art. 5 XIII LDA, mantida com pequenas alterações na *Proposta*. A atividade destes artistas

é caracterizada por suporem e exprimirem uma obra literária ou artística. Acrescentam-se as “expressões do folclore” (LDA) ou “expressões culturais tradicionais” (*Proposta*). De fato, também aqui se interpretam ou executam obras, o que acontece é que estas não estão protegidas pelo direito de autor.

Acrescentou-se em versão anterior da *Proposta* o dublador, mas a referência foi retirada, com o esclarecimento que se buscava garantir a sua titularidade enquanto artista intérprete em outro artigo da *Proposta*.

Destas previsões resulta que aquele que não interpretar ou executar uma obra literária ou artística não tem proteção autoral. Seja o caso dos artistas de circo: estão fora das previsões legais, porque não são intérpretes nem executantes de uma obra.

A *Declaração Comum*, no que respeita à definição de fonograma (al. b), adverte que os direitos sobre o fonograma não são afetados pela sua incorporação numa obra cinematográfica ou noutra obra audiovisual.

No que respeita às expressões *cópia* e *original* e *cópias*, utilizadas no art. 2 e e noutros artigos, esclarece que são referidas a cópias fixadas que podem ser postas em circulação como objetos materiais. É semelhante ao que encontramos já no Tratado sobre o Direito de Autor. Não parece suscitar dificuldades especiais no confronto com o Direito brasileiro.

21. Art. 3 e Declaração Comum nt. 4 – Beneficiários da proteção outorgada por este Tratado

O art. 3/1 do Tratado concede a proteção aos artistas intérpretes ou executantes e aos produtores de fonogramas que sejam nacionais de outras Partes Contratantes.

O art. 1 LDA, pressupondo evidentemente a proteção pelas leis autorais brasileiras aos nacionais e às pessoas domiciliadas no Brasil, estende a proteção aos estrangeiros domiciliados no exterior, conforme assegurado nos

acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil. Portanto, o decisivo é o que o Tratado estabelece.

Este Tratado regula ainda, no n.º 2, a aplicação da Convenção de Roma nas relações entre os Estados Contratantes que o sejam também da Convenção de Roma. Seria pois aplicável sem problemas no Brasil.

O art. 3/3 do Tratado prevê que uma Parte Contratante faça uso da reserva prevista no art. 5/3 da Convenção de Roma. Não parece trazer problemas.

Ainda sobre a demarcação dos beneficiários, o art. 2 § único LDA, que não sofre alteração na *Proposta*, estende a proteção, além do que estiver previsto nos Tratados, aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes. Como se trata de uma extensão da proteção ultra Tratado, não cria dificuldades.

A Declaração Comum esclarece o sentido de *nacional* na aplicação da Convenção de Roma ao presente Tratado, quando uma organização intergovernamental é Parte Contratante. Ainda no que respeita ao art. 3/2, esclarece o sentido de *fixação*. Não parece trazerem problemas de fundo

22. Art. 4 – Tratamento nacional

Este artigo prolonga o art. 3, especificando a concessão do tratamento nacional às pessoas abrangidas naquele art. 3.

Não suscita nenhuma observação no confronto com a *Proposta*.

23. Art. 5 – Direitos morais dos artistas intérpretes ou executantes

Entra-se agora na disciplina específica dos artistas intérpretes ou executantes, começando pelos direitos chamados *morais* (que nós antes chamaríamos pessoais).

O n.º 1 garante os direitos chamados de paternidade e de integridade da interpretação ou execução. Tem correspondente, com algumas diversidades menores, no art. 92 LDA, que a *Proposta* não altera.

Assim, o art. 5/1 do Tratado admite a exceção ao direito de paternidade: “salvo quando a omissão for determinada pelo tipo de uso”. A LDA não a contempla. É uma regra muito útil, que seria vantajoso que figurasse na lei brasileira. Mas não parece ser por si obstáculo à adesão do Tratado, pois na prática já assim se procede, mesmo sem essa previsão.

Outra regra útil consta do Tratado: as modificações proibidas são as que possam prejudicar a reputação do artista. Mas essa tem um correspondente suficiente na LDA.

De fato, o art. 92 LDA excepciona modificações admitidas: “redução, compactação, edição ou dublagem da obra em que tenha participado, sob a responsabilidade do produtor”. Mas acrescenta: “que não poderá desfigurar a interpretação do artista”. Pensamos que há deste modo correspondência suficiente ao Tratado.

O art. 5/2 do Tratado prevê que os direitos garantidos pelo n.º 1 são, depois da morte do artista, mantidos pelo menos até à extinção dos direitos patrimoniais. Acrescenta: “exercidos pelas pessoas ou instituições autorizadas pela legislação da Parte Contratante”, o que dá muita latitude aos Estados: não impõe sequer uma sucessão nos direitos pessoais, basta que instituições públicas ou outras sejam legitimadas para a defesa dos direitos. Admite ainda que os países que, no momento da adesão, não prevejam todos estes direitos, “têm a faculdade de prescrever que alguns destes direitos não serão mantidos depois da morte do artista”.

Nem a LDA nem a *Proposta* contêm disposições correspondentes. O atual art. 92 § único, que se manteria inalterado, assegura que o falecimento de qualquer participante em obra audiovisual não obsta ao seu aproveitamento econômico, revertendo a remuneração prevista para o espólio ou para os sucessores. É surpreendente, porque nada tem que ver com os direitos

personais. Para o confronto que nos interessa, não contempla certamente uma sucessão em direitos pessoais.

Tampouco a previsão do art. 92 LDA, que declara que os direitos se mantêm “inclusive depois da cessão dos direitos patrimoniais”, conduz a uma sucessibilidade, porque uma coisa é o exercício do direito pessoal pelo próprio e outra pelos sucessores. Esta requer ponderação específica, porque o direito “moral” do sucessor nunca poderia ser o mesmo direito do autor. Há antes faculdades pessoais que só cabem ao autor ou ao artista; o direito “moral” do sucessor só pode ser um direito funcional, porque é destinado a defender a memória do *de cuius* e não os seus próprios interesses⁴⁶.

Não há assim previsão explícita de sucessão nos direitos pessoais. A remissão do art. 89 para as normas relativas ao direito de autor não é suficiente para assegurar a sucessibilidade destes direitos; quanto muito permitiria a extensão de certas regras, como a do art. 27 LDA, que declara os direitos morais do autor inalienáveis e irrenunciáveis.

O caminho parece-nos dever ser outro. O art. 96 LDA, essencialmente mantido pela *Proposta*, prevê para os direitos conexos um prazo de proteção de 70 anos. Não se compreenderia que esse prazo pudesse estar dependente da vida do artista, criando uma desigualdade com os direitos conexos dos produtores de fonogramas, quando estes são tipicamente empresários. Assim como o direito pessoal não se extingue com a cessão dos direitos patrimoniais, também não se extingue com a morte do artista. Fica então encabeçado nos sucessores, criando o direito funcional a que nos referimos, de defesa da memória do artista. Como sucessores, têm título e justificação suficiente para tal, à semelhança agora do que se passa com os sucessores do autor.

A duração deste direito não pode porém ultrapassar a dos direitos patrimoniais. O art. 5/2 do Tratado dispõe que os direitos morais são, depois da morte do artista, mantidos pelo menos até à extinção dos direitos patrimoniais.

⁴⁶ Cfr. sobre esta matéria o nosso *Direito Autoral*, 2.º ed., Renovar (Rio de Janeiro), 1997, n.º 203.

Estabelecendo aquele termo como limite máximo, a lei brasileira não discrepa do Tratado.

Concluimos assim que, embora sem previsão explícita, é possível concluir pela hereditabilidade dos direitos pessoais na ordem jurídica brasileira. Não há assim conflito com o Tratado.

O art. 5/3 do Tratado atribui à legislação dos Estados Contratantes estabelecer os meios de salvaguarda destes direitos. Como regra remissiva, não suscita dificuldades.

Respeita ainda aos direitos pessoais o art. 22/2, que admite que a disciplina constante do art. 5 só seja declarada aplicável numa Parte Contratante às interpretações ou execuções realizadas depois de o Tratado ter entrado em vigor para ela. É importante ⁴⁷.

24. Art. 6 – Direitos patrimoniais dos artistas intérpretes ou executantes sobre as suas interpretações ou execuções não fixadas

Os direitos atribuídos pelo Tratado são os de o artista autorizar, em relação às suas interpretações ou execuções não fixadas:

- a radiodifusão e a comunicação ao público
- a gravação.

Anote-se que é este o único preceito do Tratado que dá direitos em relação a interpretações ou execuções não fixadas.

O art. 90 LDA atribui ao artista os direitos exclusivos de autorizar ou proibir, a título oneroso ou gratuito:

- I – a fixação

⁴⁷ Veja-se *infra*, n.º 40.

II – a radiodifusão das suas interpretações ou execuções, fixadas ou não.

Há consonância no que respeita à gravação, pois *fixação* tem sentido equivalente.

Há também no que respeita à radiodifusão.

Mas não há no que respeita à comunicação ao público, que não está especificada na LDA. Nesta matéria, a *Proposta* nada altera.

Parece porém claro que uma interpretação ou execução só pode ser comunicada ao público, ou a um público diferente, com autorização do artista.

A este entendimento dá base suficiente o art. 90 V, que atribui ao artista “qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções”.

O art. 6 *i* do Tratado faz uma restrição ao direito de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público da interpretação ou execução não fixada: “exceto quando a interpretação ou execução já seja uma interpretação ou execução radiodifundida”. Esta restrição não consta da lei brasileira.

De todo o modo, como a lei brasileira ultrapassa os mínimos do Tratado, se for de entender a diferença em relação ao Tratado como um acréscimo de proteção, não haveria colisão ou obstáculo à adesão.

25. Art. 7 e Declaração Comum nt. 6 – Direito de reprodução

É atribuído aos artistas o direito exclusivo de autorizar a reprodução direta ou indireta das suas interpretações fixadas em fonogramas, de qualquer maneira ou forma.

O art. 90 II da *Proposta* atribui ao artista a reprodução, a execução ou exibição públicas e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas. O direito de reprodução está claramente previsto.

A especificação constante do art. 7 do Tratado, “reprodução direta e indireta” não consta da LDA nem da *Proposta*, mas é compatível com este; porque há em qualquer caso uma reprodução. Já a outra especificação, “de qualquer maneira ou forma”, tem manifestação na LDA, na definição do art. 5 VI LDA, que considera reprodução a cópia “de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”. A *Proposta* não inovou nesta matéria. Pensamos por isso que também não é por aqui que surge discrepância entre a LDA e o Tratado.

Questão mais delicada é a do âmbito da reprodução, no que respeita às reproduções meramente tecnológicas, invisíveis ao olhar humano, que se produzem no processamento de um computador ou nas transmissões eletrônicas de dados. Essas estariam fora do conceito de reprodução no entendimento clássico, porque se previa sempre a cópia tangível. A Declaração Comum relativa aos arts. 7, 11 e 16 do Tratado considera porém que a noção “é perfeitamente aplicável no ambiente digital, em particular para a utilização de prestações e fonogramas sob forma digital. Considera-se que a armazenagem dum prestação ou fonograma sob forma digital num suporte eletrônico protegido constitui um ato de reprodução na acepção destes artigos”. Este entendimento é compatível com a LDA, por força do art. 5 VI, mas exige uma delimitação ulterior em relação ao que qualificamos como reproduções meramente tecnológicas, que não vemos motivo para considerar compreendidas quer no Tratado quer nos textos brasileiros.

26. Art. 8 – Direito de distribuição

Este artigo reproduz, *mutatis mutandis*, o art. 6 do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor, que examinamos atrás. Pelo que podemos remeter para quanto a propósito dele dissemos.

Realçamos apenas que pelo n.º 1 o objeto tangível que é o objeto da distribuição é o fonograma.

A LDA define distribuição com amplitude no art. 5 VI; e a *Proposta* retomou, com alguns aperfeiçoamentos, no art. 5 V. O “meio tangível” ganha maior amplitude, em relação à mera referência ao fonograma do art. 8 do Tratado.

O problema está em o art. 90 não atribuir especificamente ao artista o direito de distribuição. O art. 90 II engloba a locação entre as faculdades atribuídas, faculdade que o art. 5 IV LDA e o art. 5 V da *Proposta* incluem no direito de distribuição. Afasta-se assim do art. 8 do Tratado, que autonomiza a locação em artigo autônomo (art. 9, Direito de aluguel). Mas a venda ou qualquer outro meio de transferência de propriedade não são especificamente contempladas.

Trata-se porém de uma faculdade fundamental, que é difícil pensar que tenha sido negada. Pelo que pensamos dever recorrer de novo ao art. 90 V, quer da LDA quer da *Proposta*, que atribuem ao artista “qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções”. É um caminho arriscado, porque não é consensual que os direitos conexos abranjam a universalidade dos poderes que possam recair sobre as prestações em causa, mas parece ser o que resta, perante os dados disponíveis.

A ser assim, a ordem jurídica brasileira não se afasta das previsões do Tratado em matéria do direito de distribuição dos artistas.

Quanto ao art. 8/2, repete *ipsis verbis* o art. 6/2 do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor, já examinado, por referência agora às interpretações e execuções.

27. Art. 9 e Declaração Comum nt. 8 – Direito de aluguel

O artista tem, pelo art. 9/1 do Tratado, o direito de aluguel. O art. 90 II LDA e o art. 9 II da *Proposta* (que apenas varia noutros aspectos) atribuem-lhes o direito de locação. Variando a qualificação, o aluguel está sem dúvida compreendido na previsão da lei brasileira.

Esta é mais ampla ainda noutros aspectos. Enquanto o Tratado só menciona as interpretações ou execuções fixadas em fonogramas, o art. 90 II tem como objeto “as interpretações ou execuções fixadas”, com toda a amplitude.

Há ainda outras diferenças. O art. 9 do Tratado reserva o “direito exclusivo de autorizar o aluguel comercial ao público...”. A lei brasileira concede, sem distinções, o direito de locação. Seja qual for a interpretação do Direito brasileiro, ele satisfaz em qualquer caso a previsão do Tratado.

Outras previsões do art. 9/1 do Tratado não parece trazerem discrepância.

O art. 9/2 prevê situação que se não encontra no Direito brasileiro.

28. Art. 10 – Direito de colocar à disposição interpretações ou execuções fixadas

Este artigo do Tratado respeita ao que podemos chamar simplesmente a disponibilização ao público em rede. Mas o preceito limita às interpretações ou execuções fixadas em fonogramas.

Esta faculdade tem correspondente na LDA no art. 90 IV LDA, que a *Proposta* não altera. É até mais vasto, uma vez que não contém a limitação “fixadas em fonogramas”.

O art. 10 do Tratado esclarece que essa disponibilização pode ser com fio ou sem fio. A omissão deste esclarecimento na lei brasileira não implica entendimento diferente.

Há pois neste caso uma correspondência substancial perfeita.

29. Art. 11 e Declaração Comum nt. 9 – Direito de reprodução (dos produtores de fonogramas)

Passando ao que respeita aos produtores de fonogramas, o art. 11 consagra o direito de reprodução destes, em termos idênticos aos usados no art. 7 para o direito de reprodução dos artistas.

Este artigo tem correspondência na LDA no art. 93 I, que atribui ao produtor de fonogramas o direito exclusivo de autorizar a título oneroso ou gratuito “a reprodução direta ou indireta, total ou parcial”.

Podemos por isso remeter para o que dissemos a propósito do art. 7, sobre o direito de reprodução dos artistas⁴⁸. Mesmo a Declaração Comum sobre esta matéria respeita igualmente ao art. 7.

30. Art. 12 e Declaração Comum nt. 10 – Direito de distribuição

Este artigo consagra o direito de distribuição dos produtores de fonogramas, exatamente nos mesmos termos que o art. 8 o faz no que respeita aos artistas.

O art. 93 II LDA consagra também este direito de distribuição, “por meio da venda ou locação de exemplares de reprodução”. A diferença está apenas em:

– a LDA incluir na distribuição a locação, que o Tratado autonomiza. Isso não cria diferença substancial

– o Tratado refere os fonogramas, enquanto a LDA refere os “exemplares de reprodução”. É a mesma coisa, porque os exemplares tangíveis sobre que os produtores de fonogramas têm direito são por definição os fonogramas.

⁴⁸ *Supra*, n.º 25.

A *Proposta* não altera neste ponto a LDA. Pelo que esta matéria também não é problemática.

31. Art. 13 e Declaração Comum nt. 11 – Direito de aluguel

Este direito é consagrado em termos exatamente correspondentes ao art. 9 do Tratado no respeitante aos artistas. É aplicável a Declaração Comum, que refere que as cópias referidas são exclusivamente as que possam ser postas em circulação como objetos materiais.

O art. 93 II LDA, não alterado pela *Proposta*, consagra como vimos o direito de locação do produtor de fonogramas, embora sob a referência à distribuição.

Não se suscitam assim problemas diferentes dos já analisados, particularmente em referência ao art. 9 do Tratado.

32. Art. 14 – Direito de colocar à disposição fonogramas

Este artigo aplica aos produtores de fonogramas a disciplina estabelecida no art. 10 para os artistas.

Porém, a disciplina correspondente no Projeto da LDA foi vetada. A *Proposta* não a retoma. Isso cria uma discrepância real da lei interna com o Tratado, que não é superável por interpretação.

33. Art. 15 e Declarações Comuns nts. 12 e 13 – Direito de remuneração pela radiodifusão e pela comunicação ao público

A partir deste artigo, o Tratado estabelece disposições comuns aos artistas e aos produtores de fonogramas.

O art. 5/1 atribui aos beneficiários do Tratado “uma remuneração equitativa e única pela utilização, direta ou indireta, de fonogramas publicados para fins comerciais pela radiodifusão ou por qualquer [outra] comunicação ao público”. Portanto, o exclusivo é aqui substituído por um direito de remuneração.

Mas além destes beneficiários há o próprio titular do direito de autor, que tem um direito próprio e exclusivo. Com isto há uma incidência tripla de direitos sobre a utilização: o direito exclusivo do autor e os direitos a remuneração equitativa dos dois titulares de direitos conexos.

O art. 15 do Tratado regula ulteriormente esta matéria, adoçando consideravelmente a imposição. No n.º 2, deixa as leis nacionais regular em concreto a exigência da remuneração equitativa. No n.º 3 vai mais longe, e admite que uma parte contratante não aplique, total ou parcialmente, o n.º 1. No n.º 4 determina que os fonogramas disponibilizados ao público em tempo e lugar individualmente escolhido pelo usuário são considerados como se tivessem sido publicados para fins comerciais.

Há duas Declarações Comuns relativas ao art. 15. A primeira reconhece que não foi possível chegar a consenso na matéria, pelo que esta ficou em aberto. A segunda admite a extensão do regime a interpretações ou execuções ou a fonogramas referidos a folclore, “caso esses fonogramas não tenham sido editados com fins comerciais”.

Dado o caráter embrionário destas previsões, torna-se inútil o confronto com as concretas previsões da *Proposta*, nomeadamente do que resulta dos arts. 94-A, 81 e 68 desta. O art. 15 do Tratado admite uma verdadeira reserva, como aliás é reconhecido no próprio Tratado, no art. 21.

34. Art. 16 e Declarações Comuns nts. 14 e 15 – Limitações e exceções

Este artigo admite os mesmos tipos de limitações e exceções previstos para o direito de autor (n.º 1). Não pode ser entendido como uma transposição

literal do que for estabelecido para o direito de autor, porque antes de mais há que adequar à natureza do objeto. Por isso não se diz “as mesmas restrições”, mas “os mesmos tipos”. Isto deixa uma considerável margem de liberdade às Partes Contratantes.

Por isso, o n.º 2 estabelece uma restrição adicional: estas limitações devem respeitar a casos especiais que não prejudiquem a exploração normal da interpretação ou execução ou do fonograma nem causem um prejuízo injustificado aos interesses legítimos dos titulares beneficiários. Trata-se da aplicação da regra ou teste dos três passos, à semelhança do que se estabelece já para o direito de autor no Tratado da OMPI a este relativo (art. 10/1), portanto de uma indicação para o legislador apenas.

No que respeita a estes direitos conexos não há no Tratado limitação correspondente para o aplicador do direito. Mas a Declaração Comum aditada ao art. 16 deste Tratado determina que a Declaração Comum relativa ao art. 10 do Tratado sobre Direito de Autor é aplicável *mutatis mutandis* ao art. 16 do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas. Há um jogo complexo de remissões.

Outra Declaração Comum, também respeitante aos arts. 7 e 11, faz a extensão do preceituado à armazenagem duma prestação ou fonograma sob forma digital num suporte eletrónico protegido, que considera ser igualmente modalidade de reprodução.

No que respeita à LDA, dispõe no art. 89 que as normas relativas aos direitos de autor se aplicam no que couber, como dissemos já. Não especifica as limitações, mas tem amplitude suficiente para englobar também estas: não há motivo para aqui as excluir, até porque não são conteúdo de normas excecionais⁴⁹. Deste modo, a *Proposta* satisfaz por remissão o Tratado, que igualmente por remissão regulará esta matéria.

⁴⁹ Curiosamente, o texto apresentado à Consulta pública esclarecera neste artigo que se aplicaram as normas relativas aos direitos de autor, “inclusive as que se referem às limitações”. Este acrescento foi eliminado na versão atual, ignoramos por que motivos: pode ser por ter sido considerado supérfluo ou por ter sido considerado inconveniente. Em qualquer caso, isso não dá base suficiente para se afirmar a *contrario* que, se o texto foi suprimido, é porque o legislador encarreirou por posição oposta.

35. Art. 17 – Duração da proteção

A duração mínima de proteção convencionada para os artistas é de 50 anos, a partir do fim do ano em que a interpretação ou execução foi fixada num fonograma (art. 17/1). Não se prevê a hipótese de duração dos direitos sobre interpretações ou execuções não fixadas.

A duração mínima estabelecida para os direitos dos produtores de fonogramas é de 50 anos a partir do fim do ano em que o fonograma foi publicado. Não se fazendo a publicação, será de 50 anos a partir da fixação (art. 7/2).

O art. 96 da *Proposta* estabelece uma duração geral de 50 anos de proteção. A previsão de uma redução geral da duração do direito de autor para 50 anos pós-morte não conduziu por arrastamento à redução geral dos prazos de duração dos direitos conexos a 50 anos.

Para os fonogramas, a duração é de 70 anos a partir da fixação. No caso dos artistas, os 70 anos seriam contados a partir da execução, exibição ou representação públicas.

Quaisquer que sejam as precisões a estabelecer, só há uma divergência: o Tratado, no art. 17/2, prevê a hipótese de o fonograma ter sido publicado; só se não for publicado dentro de 50 anos após a fixação, é que a caducidade se conta a partir desta. Há assim uma ampliação do prazo de proteção, que no limite pode levar a uma duração de proteção de mais de 99 anos: se o fonograma só for publicado no decurso do 49.º ano após a fixação. Não se vê nenhuma justificação para semelhante alongamento de proteção, uma vez que o interesse público está na realização da publicação o mais rapidamente possível.

De todo o modo, eis outro ponto em que há uma discrepância entre o Tratado e a *Proposta* (e também a LDA, que no art. 96 apenas não referira especificamente a exibição).

36. Art. 18 – Obrigações relativas a dispositivos tecnológicos

Este artigo repete *ipsis verbis*, no que respeita aos artistas e produtores de fonogramas, o art. 11 do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor.

A matéria é regulada no art. 107 LDA, em termos comuns ao direito de autor e aos direitos conexos; refere-se a “obras e produções protegidas”.

A *Proposta* adita várias especificações, que não entram em conflito com as previsões do Tratado.

Podemos por isso limitar-nos a remeter para quanto dissemos no n.º 13, a propósito do art. 12 do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor.

37. Art. 19 e Declaração Comum nt. 16 – Obrigações relativas à informação sobre a gestão dos direitos

Este artigo adapta às interpretações ou execuções fixadas e aos fonogramas o disposto no art. 12 do Tratado sobre o Direito de Autor, ao que parece sem desvios.

A Declaração Comum relativa a este artigo remete para a Declaração Comum aditada àquele art. 12.

A matéria é versada na LDA no mesmo art. 107, também em comum com o que respeita ao direito de autor.

Pelo que podemos, também aqui, remeter para o que atrás dissemos no n.º 14, sobre o art. 12 e a Declaração Comum respectiva do Tratado sobre o Direito de Autor, bem como para o número antecedente, pois versamos situação semelhante relativa aos dispositivos tecnológicos de proteção.

38. Art. 20 – Formalidades

Este artigo aplica aos direitos conexos o princípio, vigente há longo tempo para o direito de autor, da isenção de formalidades para o efeito da proteção.

Este é também o sistema vigente no Brasil, que a *Proposta* mantém.

39. Art. 21 – Reservas

Já referimos inicialmente o princípio da não admissão de reservas, consagrado por este artigo.

Nele se ressalva o disposto no art. 15/3 que, como vimos também, institui uma verdadeira reserva.

40. Art. 22 – Aplicação no tempo

O n.º 1 aplica, *mutatis mutandis*, o art. 18 da Convenção de Berna; o que significa a aplicação imediata às situações apresentadas objeto de proteção que não caíram ainda no domínio.

Este princípio é adotado apenas no n.º 2 para os direitos “morais” do artista (art. 5), em que se admite que se limite a aplicação às interpretações e execuções realizadas depois de o Tratado ter entrado em vigor para a Parte Contratante. É de supor que essa suavização se aplique, não apenas a um reconhecimento *ex novo* de direitos pessoais, como ainda a aspectos parcelares do regime destes imposto pelo Tratado: porque a norma que permite o mais permite o menos. Isto poderia ser tomado em conta perante disposições do Tratado sobre o conteúdo destes direitos que suscitassem reticências na ordem jurídica brasileira.

41. Art. 23 – Disposições sobre aplicação efetiva dos direitos

Este artigo reproduz para os direitos previstos neste Tratado o art. 14 do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor.

Vale por isso o que acima dissemos sobre aquele art. 14⁵⁰.

42. Índice de matérias de possível fricção

Os arts. 24 a 33 contêm disposições administrativas e finais. Estão fora do nosso âmbito de apreciação: aplica-se o que dissemos para o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor, no n.º 17.

À semelhança do que fizemos em matéria de direito de autor, vamos apresentar um Índice remissivo para os números da nossa análise em que concluímos pela existência de um possível contraste entre o Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas e a *Proposta*. Constam dos números:

24. , se não se considerar ultrapassável por interpretação a falta de previsão na *Proposta* do direito dos artistas de comunicação ao público

25. , se porventura se pretender excluir do âmbito do direito de reprodução as reproduções meramente tecnológicas

26. , se se considerar que a omissão na *Proposta* do direito de distribuição do artista não é suprível por interpretação

29. , para o direito de reprodução dos produtores de fonogramas. Veja-se a remissão para o n.º 25

35. , na medida em que o Tratado acaba por admitir uma duração de proteção do produtor de fonogramas que pode chegar a mais de 99 anos após a fixação

⁵⁰ *Supra*, n.º 16.

37. , sobre obrigações relativas à informação sobre o regime dos direitos, por remissão para o n.º 14 (sobre direito de autor).

IV – O ACORDO ADPIC / TRIPS – ACORDO SOBRE ASPECTOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS COM O COMÉRCIO

43. Enquadramento

Este Acordo, datado de 1994 (portanto, anterior aos Tratados da OMPI de 1996) está anexo ao Tratado que criou a OMC. Respeitaria pois a aspectos mercantis, embora na realidade vá muito além disso.

Embora proclame, logo no art. 1/1 que “Os Membros determinarão livremente o método adequado para a execução das disposições do presente Acordo no quadro dos respetivos sistemas e práticas jurídicas”, a verdade é que o ADPIC se caracteriza justamente por inverter a orientação internacional neste domínio, que deixava as sanções (sobretudo a sanção penal), as indemnizações e os meios judiciais e administrativos de execução aos Estados-Membros. O ADPIC contém afinal uma vasta rede de “meios de aplicação efetiva”, que se afastam gravemente do que vigora em muitos países.

Do mesmo modo, o art. 41/5, integrado na Parte III, respeitante à “Aplicação efetiva (*enforcement*) dos direitos de propriedade intelectual”, dispõe que o ADPIC não implica a obrigação para as Partes de criar um sistema judicial distinto do regime geral de aplicação da lei; tampouco cria qualquer obrigação relativamente à repartição de meios entre a aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual e a aplicação da lei em geral. A verdade é que, por aplicação do ADPIC, os Países-Membros se vêem obrigados a admitir meios processuais de tal maneira divergentes dos gerais que se deve concluir que, em países como o Brasil, deveria levar a bipartição do processo entre o processo em geral aplicável e o processo e meios de execução aplicáveis aos litígios de Propriedade Intelectual, tal como impostos pelo ADPIC.

Outra característica do ADPIC está em regular simultaneamente o Direito Autoral e o Direito Industrial. Nesta análise abstraímos do Direito Industrial, porque só o Direito Autoral está em causa na *Proposta*.

O ADPIC está há já muitos anos vigente no Brasil. Não se justificaria sobre ele uma análise como a que fizemos para os Tratados da OMPI, pois o ADPIC não é matéria a encarar de novo, antes tem sido abundantemente analisado nestes últimos anos. Vamos por isso ver apenas em que medida o ADPIC pode ser afetado por alguma modificação que conste da *Proposta*.

Assim, renunciando a uma apreciação artigo por artigo como a que fizemos a propósito dos Tratados da OMPI, versaremos apenas alguns grandes temas.

O ADPIC contém disposições quer substantivas quer adjetivas. No que respeita às disposições substantivas, o ADPIC é, como dissemos, um Berna *plus* e, para os direitos conexos, um Roma *plus*⁵¹. São estas disposições que nos interessarão em particular, mas sem a preocupação, que tivemos em relação aos Tratados da OMPI, de descrever o conteúdo de cada preceito.

Quanto às disposições relativas à aplicação efetiva, salientamos desde já outra novidade. O art. 61 torna obrigatórias disposições penais. Até aqui, sempre se afastaram imposições penais em matéria de contratação internacional. Agora são impostas. Por isso teremos de o referir, na parte respeitante ao Direito Autoral.

44. As disposições substantivas

O ADPIC, no art. 9, acolhe as disposições substantivas dos arts. 1 a 21 da Convenção de Berna e respetivo Anexo. Mas logo aí exclui o art. 6-*bis*, que respeita ao direito “moral” do autor. É consentâneo com um Acordo que se propõe regular o comércio internacional; mas traduz também o eclipse crescente

⁵¹ E além disso um Paris *plus*, para os preceitos sobre Direito Industrial, mas estes não estão compreendidos nesta análise.

do direito pessoal de autor a nível global, por influxo dos Estados Unidos da América. O Brasil não é obrigado a (nem está impedido de) consagrar o direito pessoal de autor – como efetivamente o faz.

A adesão e prolongamento da Convenção de Roma é menos ostensiva. O art. 14 ADPIC fixa diretamente os regimes que pretende estabelecer em relação aos direitos conexos. Mas no n.º 6 dispõe que os direitos conferidos nos n.ºs 1 a 3 desse mesmo artigo admitem “condições, limitações, exceções e reservas na medida autorizada pela Convenção de Roma”. Na mesma medida, dispõe que o art. 18 da Convenção de Berna se aplica igualmente, *mutatis mutandis*, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas, sobre os fonogramas.

Estas matérias têm sido controladas pela OMC. Limitamo-nos pois à busca de qualquer eventual elemento novo na *Proposta* de reforma da LDA, que obrigue a uma reflexão.

Assim, o acrescento das *normas técnicas* ao art. 8/1 LDA, como realidade que não é objeto de direito autoral, está conforme ao art. 9/2 ADPIC, porque neste caso não há a *expressão* criativa ou de fantasia que caracteriza o objeto do direito autoral.

A previsão do direito exclusivo de aluguel ou locação, no art. 11 do ADPIC, é suficientemente satisfeita, no que respeita ao programa de computador, pela remissão do art. 7 LDA para legislação específica, no caso a Lei n.º 9609, sobre programas de computador; e pela própria LDA, art. 30-A, que exclui a exaustão quando há locação de programas de computador e de obras audiovisuais ⁵².

O art. 12 ADPIC, sobre a duração de proteção, não suscita nenhuma dificuldade.

O art. 13 ADPIC, sobre “limitações e exceções”, submete-as à regra ou teste dos três passos. É uma limitação dirigida ao legislador: remetemos para o

⁵² Veja-se *supra*, n.º 7.

que se disse a propósito de regra semelhante do art. 10/1 do Tratado da OMPI sobre o direito de autor ⁵³.

Finalmente, o art. 14, relativo aos direitos conexos, contém providências que podemos considerar retomadas no Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas. Além disso, regula também os organismos de radiodifusão, como o faz a Convenção de Roma.

Sobre os direitos dos artistas, previstos no art. 14/1 ADPIC, veja-se o que dissemos a propósito dos arts. 6 e 7 desse Tratado da OMPI ⁵⁴.

O direito dos produtores de fonogramas de autorizar a reprodução direta ou indireta dos seus fonogramas (art. 14/2 ADPIC) corresponde estritamente ao disposto no art. 11 do Tratado da OMPI ⁵⁵.

O direito de ambos estes beneficiários a uma compensação equitativa pela locação do fonograma é assegurado no n.º 4 pela remissão para o art. 11. A restrição cronológica que no art. 14/4 ADPIC se estabelece para a vigência de um sistema de compensação equitativa na locação de fonogramas não releva perante o Direito brasileiro, que não conhece este sistema.

Os n.ºs 5 e 6, que correspondem igualmente a situações já examinadas – “duração” e “limitações e exceções” – a propósito dos Tratados da OMPI ⁵⁶, não suscitam problemas.

Resta o n.º 4, relativo aos organismos de radiodifusão, que como sabemos ficaram fora do Tratado da OMPI. Este concede aos organismos de radiodifusão os direitos de autorizar ou proibir a fixação, a reprodução de fixações e a retransmissão de emissões por meio de ondas radioelétricas e a comunicação ao público de emissões televisivas das mesmas. Este é o conteúdo do art. 95 LDA, apenas com alguma variação de dizeres. A *Proposta* não altera este dispositivo.

⁵³ *Supra*, n.º 12.

⁵⁴ *Supra*, n.ºs 24 e 25.

⁵⁵ Sobre este, veja-se *supra*, n.º 29.

⁵⁶ Ver *supra*, n.ºs 11 e 35 para a duração e n.ºs 12 e 34 para as “limitações e exceções”.

Daqui podemos concluir que esta matéria, que não suscitava dificuldades particulares anteriormente à *Proposta*, não as vai suscitar por força do advento desta.

45. As disposições sobre a aplicação efetiva

Mais numerosas são as disposições do ADPIC sobre a aplicação efetiva. Já dissemos que estas têm a característica de ser comuns ao Direito de Autor e ao Direito Industrial.

Consta dessas disposições, dissemos também, a obrigatoriedade de introduzir sanções penais. O art. 61 estabelece como mínimo que cada Parte preveja a incriminação da contrafação deliberada duma marca e da pirataria em relação ao direito de autor, numa escala comercial. Por interpretação, concluímos que ambos os casos são de infração deliberada e ambos numa escala comercial, pois só estas hipóteses justificam que se imponha a criminalização.

Qualquer que seja o sentido, o Código Penal brasileiro, nos arts. 184 e 186, na versão reformada pela Lei n.º 10.965, de 1 de julho de 2003, abrange seguramente estas hipóteses, no que respeita aos beneficiários dos Tratados da OMPI.

Passamos às outras disposições. Aí, não há que nos enredarmos em interpretações pormenorizadas. O sistema brasileiro, no plano legislativo, tem funcionado. É em grande medida aperfeiçoável, como todos os sistemas, porque toda esta matéria está ainda em vias de consolidação. E a aprovação de um novo Tratado, o ACTA, que consideraremos a seguir, dá oportunidade mais adequada para uma reponderação da LDA. Por isso, basta-nos observar que os problemas suscitados, às vezes muito sensíveis, resultantes de choques internacionais de interesses, têm sido satisfatoriamente resolvidos no Brasil.

A *Proposta* trata a matéria da aplicação efetiva num Título VII, intitulado “Das Sanções às Violações dos Direitos Autorais”, nos arts. 101 e segs. Altera

frequentemente e amplia muito o disposto na LDA. Muitas das previsões vêm apresentadas em alternativa. Haverá que debater quais as fórmulas ótimas, mas os problemas não são primariamente de conformidade com o ADPIC, mas da adequação intrínseca da lei brasileira vigente.

Salientamos em todo o caso uma questão pontual: o art. 60 ADPIC. Este, colocado no termo da disciplina das “Medidas na fronteira” e sob a epígrafe “Importações *de minimis*”, dispõe: “Os Membros podem excluir da aplicação das disposições precedentes as mercadorias sem caráter comercial transportadas em pequenas quantidades na bagagem pessoal dos viajantes ou expedidas em pequenas remessas”. Nem a LDA nem a *Proposta* contêm disposição correspondente.

Devemos concluir que, quer a lei penal quer as várias providências previstas na *Proposta*, se aplicam àqueles tipos de importações?

Supomos que não. Desde logo, não estão compreendidas no art. 61, que só abrange a importação “à escala comercial” para efeitos de sujeição a sanção penal.

No Direito interno, não é imprescindível a repetição do limite do art. 20 ADPIC, embora para maior elucidação pública fosse muito conveniente. O princípio é o de que as sanções se aplicam às violações à escala comercial: o art. 28 § único da *Proposta* acentua-o hoje, ao determinar que “O objeto fundamental da proteção desta lei, do ponto de vista econômico, é a garantia das vantagens resultantes da exploração das obras literárias, artísticas ou científicas em harmonia com os princípios constitucionais da atividade econômica”.

Daqui decorre que a repressão só se exerce em princípio sobre atividades comerciais, deixando a liberdade do uso privado. A lei pode, quando o considerar necessário, abranger também atos da vida civil, mas deve nesses casos estabelecê-lo: é o que se passa com a utilização privada de programas de computador. Isso significa que as utilizações *de minimis* estão por natureza isentas, não havendo previsão que as inclua. Não é necessário a existência de regra correspondente ao art. 60 ADPIC na lei interna para que assim se entenda.

Consideremos agora uma disposição da *Proposta*, para apurar da sua compatibilidade com o ADPIC.

O art. 107 da *Proposta*, relativamente aos sinais codificados e dispositivos tecnológicos de proteção, dispõe que estes devem ter efeito limitado no tempo (§ 5.º, ou § 2.º dentro da Alternativa *B* exarada).

À primeira vista, poderia pensar-se que esta restrição cronológica funcionaria contra o ADPIC, que não prevê esta limitação.

Mas o próprio preceito afasta semelhante entendimento, uma vez logo se acrescenta que o efeito limitado é o “correspondente ao prazo dos direitos patrimoniais”.

Portanto, qualquer que seja o mérito da regra na lei interna, em qualquer caso ela não está em contradição com o ADPIC.

Somos assim de Parecer que se não afigura haver grandes problemas suscitados pela *Proposta*, no seu confronto com o ADPIC.

V – O ACTA

46. Aprovação; remissão

Estava este estudo adiantado quando foi aprovado um novo Acordo internacional sobre esta matéria. É conhecido pela sigla ACTA, extraído da designação inglesa, *Anticounterfeiting Trade Agreement*.

O Acordo foi preparado e elaborado quase em absoluto segredo, só desvelado já em 2010. Por isso, sem haver possibilidade de debate sério, foi aprovado. Tal aconteceu em Tóquio, a 2 de Dezembro de 2010.

O ACTA representa essencialmente um ADPIC *plus*, no que respeita à aplicação efetiva dos direitos. Agrava as medidas, já muito intrusivas nos sistemas internos, contidas no ADPIC. Nomeadamente, prevê a apreensão de

mercadorias em trânsito em contrafação, à luz da lei do país por onde transitam, mesmo quando nada tenham que ver com o que respeita a esse país, fora o fato da passagem. Podendo acontecer que essas mercadorias não estejam em contrafação nem no país de origem nem no país do destino, e no entanto o Estado por onde transitam dever apreendê-las.

Esta situação interessa ao Brasil, nomeadamente no que respeita ao trânsito de mercadorias vindas de além-mar e destinadas ao Paraguai.

Todavia, é prematura a apreciação da compatibilidade deste Acordo com a *Proposta*. O Acordo não foi nem podia ter sido tido em conta pela *Proposta*. É tudo muito recente e o Acordo nem sequer entrou em vigor. O Brasil aceita-o se quiser, e só à luz dessa intenção política haverá que aprofundar o que implica para a ordem jurídica brasileira.

Pelo que nos abstermos totalmente de o incluir no nosso confronto de textos internacionais com a *Proposta*.

CAPÍTULO 13

NOTA AO ANTEPROJETO DE LEI PARA REFORMA DA LEI AUTORAL SUBMETIDO À CONSULTA PÚBLICA PELO MINISTÉRIO DA CULTURA

Newton Silveira

Denis Borges Barbosa

Karin Grau-Kuntz

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito de Autor e Concorrência. 3. Direito de Autor na Constituição: sobre a utilização pública e privada. 4. Licença não voluntária.

Do equilíbrio do direito de autor com outros direitos e princípios da ordem jurídica brasileira

O Anteprojeto de Lei submetido à Consulta Pública pelo Ministério da Cultura em junho de 2010 inclui os seguintes dispositivos:

Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, e orienta-se pelo equilíbrio entre os ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais e de garantia ao pleno exercício dos direitos culturais e dos demais direitos fundamentais e pela promoção do desenvolvimento nacional.

Art. 3º-A – Na interpretação e aplicação desta Lei atender-se-á às finalidades de estimular a criação artística e a diversidade cultural e garantir a liberdade de expressão e o acesso à cultura, à educação, à informação e ao conhecimento, harmonizando-se os interesses dos titulares de direitos autorais e os da sociedade.

Todo o dizer do art. 1o. depois de "orienta-se...", assim como o art. 3-A como um todo, representa um acréscimo à atual redação da Lei 9.610/98, e será o objeto desta seção.

A ordem jurídica é um sistema.⁵⁷ Sistema, por sua vez, é caracterizado como um conjunto de elementos em interação, formando uma unidade, isto é, um todo que é delimitável de seu entorno.

Se a ordem jurídica é um sistema e se o sistema ordem jurídica é composto por direitos (elementos), então cada um dos direitos que compõem a ordem jurídica, i.e., cada direito-elemento do sistema ordem jurídica, está necessariamente em interação com os outros direitos que, conjuntamente, dão forma de unidade à ordem jurídica.⁵⁸

Esta primeira observação se volta a certos comentários expressos na dilatada fase de discussão do Anteprojeto, em especial de representantes de criadores, de que a mutação proposta seria desnecessária, ou mesmo restringiria o presente escopo dos direitos dos autores. Quanto à questão da desnecessidade, parece-nos importante lembrar que uma das funções republicanas do texto legal é ensinar o direito ao cidadão de que lhe é sujeito e senhor, sem obscuridades ou arcanos. A sensação de que o texto legal vigente é mais favorável do que a alteração proposta, por não explicitar o sistema de cidadania em que o direito autoral se insere, prova exatamente a necessidade desta explicitação.

Tal sensação de que o direito patrimonial de autor não precise estar em interação com os outros direitos garantidos na unidade do sistema denominado de ordem jurídica pressupõe estar considerando o direito patrimonial do autor como absoluto e incondicional.

A noção de um direito patrimonial de autor absoluto e incondicional, i.e. de um direito não sujeito a adequação em relação aos outros direitos que conjuntamente dão corpo a ordem jurídica, ou ainda um direito “supra-jurídico”, um direito *sagrado* nos termos da Declaração dos Direitos dos Homens e dos

⁵⁷ A norma jurídica é parte de uma “ordem geral e se encontra em estreita ligação interna e externa com diversas outras proposições legais. Vide a lição sobre teoria do direito de RÜTHERS, Bernd, *Rechtstehorie*, 2. Edição. München: CH Beck, 2005.

⁵⁸ Transcrevendo a lição de OLIVEIRA ASCENSÃO, José de: *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 219): “A noção de sistema ocupa hoje de novo um lugar central no Direito, e consequentemente na Ciência do Direito. **As soluções jurídicas não são arbitrárias nem desconexas. Integram-se num conjunto, de que participam. O significado de cada elemento só é estabelecido por essa integração no todo.** (...)” (grifo nosso)

Cidadãos na versão de 1789⁵⁹, tem sua origem na estrutura do pensamento *jusnaturalista*.⁶⁰ No âmbito histórico-político ela vem vinculada ao movimento que levou à Revolução Francesa, quando se aspirou superar através de ideais liberais o sistema político mercantilista.⁶¹

O radicalismo na compreensão do direito de propriedade como um fenômeno *supra legal* fracassou na prática da vida social. Direitos patrimoniais incondicionais levam a um processo social autofágico.

As sociedades ocidentais modernas há muito se afastaram da noção de direito patrimonial natural, absoluto, incondicional e, especialmente, “sagrado”. Pelo contrário, o entendimento de adequação (harmonização) dos direitos entre si é corrente no cotidiano das sociedades ocidentais.⁶² Assim, por exemplo, o proprietário da fábrica não pode poluir as águas do rio que corre no seu terreno; o dono de uma casa em área residencial não pode valer-se de seu imóvel para abrir uma oficina mecânica; a liberdade de expressão de um não justifica ataques desonrosos a terceiro; o direito de patente não pode ser empregado além de seus limites de exclusivo contra a concorrência de imitação, isto é, de forma a impedir a concorrência de superação inovadora etc.

O pensamento jurídico-filosófico, em resposta aos conflitos sociais que foram surgindo atrelados ao processo de industrialização, crescimento das cidades, formação da classe operária foi, então, se afastando da noção de direitos absolutos e incondicionais⁶³ e caminhando rumo ao mote do equilíbrio.

⁵⁹ Assim o art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.” Vide aqui, por exemplo, o pensamento de Frédéric Bastiat.

⁶⁰ Sobre o jusnaturalismo e a propriedade intelectual vide GRAU-KUNTZ; Karin. Jusnaturalismo e Propriedade Intelectual, in Revista da ABPI Nr. 100, págs 7-13.

⁶¹ De acordo com o pensamento jusnaturalista o direito de propriedade seria um direito dotado de *primazia* frente a ordem jurídica, posto que “natural”; vide GRAU-KUNTZ, Direito de Autor – Um Ensaio Histórico, Revista Da EMARF nº 13.

⁶² Nesse sentido causa espanto ainda ver o adjetivo “sagrado” sendo usado em relação ao direito do autor, ou ainda ver sendo afirmado que países que lograram atingir um nível educacional e econômico alto não se preocupariam em equilibrar os interesses individuais do autor com os interesses da coletividade. No que toca essa última afirmação recomenda-se a consulta ao livro *Propriedade Intelectual na Construção dos Tribunais Constitucionais*, (BORGES BARBOSA, Denis; GRAU-KUNTZ, Karin; NUNES BARBOSA, Ana Beatriz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009), onde vêm reproduzidos teores de diversos acórdãos evidentemente pautados pela procura do equilíbrio preferidos por Tribunais Constitucionais estrangeiros de países que merecem o qualitativo de desenvolvidos.

⁶³ Ainda a lição de OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, ,(– José: Introdução à Ciência do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág, 220 s.) sobre o dinamismo que caracteriza o sistema ordem jurídica e que

Se a ordem brasileira – ou de qualquer outro país civilizado – garantisse direitos patrimoniais absolutos e incondicionados, então o proprietário da fábrica poderia poluir as águas do rio; as regras de zoneamento nas cidades seriam letra morta; as pessoas poderiam denegrir seus próximos sem temer conseqüência alguma; o direito de patente justificaria uma posição de monopólio no que toca a concorrência de superação inovadora etc. No mesmo sentido, um direito patrimonial de autor absoluto e incondicional criaria a figura de autores super poderosos, cujos interesses não precisariam ser compostos e adequados com os interesses dos outros membros do corpo social.

Surpreendem, assim, as reações negativas quanto à redação dos artigos 1 e 3-A do Anteprojeto de Lei proposto pelo Ministério da Cultura, quando neles se postula a relação harmônica do direito de autor com os outros direitos garantidos no bojo da ordem jurídica brasileira. Equilíbrio é sinônimo de estabilidade social. A noção de um direito do criador como sendo capaz de transcender o equilíbrio e harmonia é anti-social e ruinoso para os próprios criadores.

A Lei de Direito de Autor em vigor no Brasil contém sérias imperfeições.⁶⁴ O Anteprojeto de Lei, ao procurar sanar essas imperfeições estabelecendo equilíbrio, não está retirando a força e a importância dos direitos dos autores. Pelo contrário, com a tônica do documento na procura de uma eficiente composição dos interesses dos autores – interesses individuais – com os interesses coletivos, o que se procura é proteger o instituto do direito de autor.

Essa preocupação está passando despercebida àqueles que não são capazes de ver o resultado positivo do equilíbrio.⁶⁵ Míopes – talvez porque viciados pela idéia de um direito natural de autor “*sagrado*” e absoluto, cuja

explica as transformações no âmbito da filosofia do Direito: “(...) Acentuaremos o caráter dinâmico do sistema. Nenhum sistema pode estar acabado; e os equilíbrios alcançados são constantemente transcendidos, porque a vida muda e muda o direito que lhe corresponde. O sistema jurídico é assim um sistema sempre em aperfeiçoamento, recompondo-se das quebras e tendendo para um nível superior de justiça. (...)”

⁶⁴ Algumas delas serão analisadas nos itens seguintes.

⁶⁵ Harmonização, equilíbrio, adequação, compromisso etc. são procedimentos que sempre apresentarão dois saldos, um positivo e um negativo. *A grande utilidade desses procedimentos, portanto, nunca será encontrada no saldo negativo ou no positivo, mas no equilíbrio!* É, assim, impossível ignorar a impressão de que os argumentos daqueles que se prendem apenas ao saldo negativo do processo não são produtos de reflexão feita com a profundidade e o embasamento devidos.

proteção ilimitada e incondicional seria obrigação cega de um Estado que só existiria para proteger e garantir interesses individuais (esse tipo de Estado não é capaz de garantir coexistência social harmônica) – não tem consciência de estarem agindo como o ganancioso rei Midas, como conta a anedota nas palavras de Ovídio, no livro XI do “*Metamorfoses*”.

Ovídio⁶⁶ narra que Silenos, o mestre adorado do deus do vinho Baco, andara bebendo e embriagado fora encontrado por camponeses que o levaram à presença do Rei Midas. Esse, reconhecendo-o, tratou-o com as honras devidas durante dez dias e dez noites. No décimo primeiro dia levou-o de volta a Baco que, cheio de alegria com a volta do mestre, ofereceu a Midas um presente de gratidão. Midas, ganancioso como só, disse: “*Faça que tudo que meu corpo tocar se transforme em ouro brilhante!*” O poderoso e sábio Baco, apesar de reconhecer que a escolha do Rei Midas seria motivo de arrependimento, consentiu em realizar o pedido.

E assim, agraciado com o dom do toque de ouro, Midas se apressou a testar o presente tocando um carvalho, uma pedra, um ramo seco e uma maçã, transformando-os em ouro brilhante. Fascinado pela beleza do metal precioso Midas retornou à sua casa e ordenou aos criados que servissem uma opulenta refeição. Faminto Midas estendeu a mão ao pão e viu este endurecer em um pedaço de metal amarelo. Horrorizado viu que a carne, assim que tocava seus dentes, se transformava em sua boca tomando consistência dura.

O suco das uvas fermentadas diluído em água desceu-lhe pela garganta em forma de ouro líquido. Faminto e com a garganta em chamas de tanta sede a riqueza do ouro perdeu o sentido para Midas. Desesperado ergueu os braços para os céus e implorou aos deuses que o libertassem do toque do ouro, agora não mais dom, mas sim maldição. O benevolente deus Baco, consciente do verdadeiro arrependimento de Midas, aconselhou-o a mergulhar nas águas do rio Pactolo, onde sua culpa e castigo foram lavados de seu corpo. E assim o Rei Midas se libertou do infeliz toque do ouro e as areias do rio se tornaram douradas.

⁶⁶ NASO, Publius Ovidius (Ovídio), *Metamorfoses*, Editora Martin Claret, 2003.

A defesa de um direito absoluto e incondicional do autor, imune ao equilíbrio necessário com outros direitos, ou ainda, a defesa de um direito supra-legal de autor, se revela encantada pela possibilidade do toque do ouro. E a magia do brilho do ouro cega, fazendo passar despercebido que o acesso à cultura, à educação, à informação e ao conhecimento são os alimentos e a bebida que mantém vivo e saudável o processo dinâmico almejado pela instituição jurídica da proteção patrimonial do direito de autor.⁶⁷

O desejo de equilíbrio manifestado no Anteprojeto de Lei apresentado pelo Ministério da Cultura nada mais é do que preocupação em manter o criador seguro e protegido contra o efeito do toque do ouro, ou seja, que o seu direito não acabe sucumbindo como vítima de si mesmo.

Alcançado o equilíbrio, os ganhadores serão todos aqueles que compõem a sociedade brasileira, o que inclui também os autores, posto estes não formarem uma categoria destacada do corpo social brasileiro. A verdade é que quanto mais for desenvolvida culturalmente a sociedade brasileira, maior será o estímulo ao consumo de bens intelectuais e, conseqüentemente, maior o incentivo econômico para sua produção.

Por fim, a menção explícita pela procura de equilíbrio expressas nas letras dos artigos 1 e 3 – A, que do ponto de vista de técnica jurídica é exemplar, é imprescindível como definição de padrão estrutural do Anteprojeto. Ela nada tem de supérflua. O intérprete que, consciente da preocupação com o equilíbrio, segue analisando o documento chegará a resultados socialmente suportáveis o que, por sua vez, refletirá no bom funcionamento do aparato jurídico de composição de conflitos.

Da adequação do rol de usos livres do Anteprojeto de Lei com as disposições da Convenção de Berna – Equilíbrio internacional

Diante de críticas no sentido de que o rol de usos livres proposto no Anteprojeto de Lei apresentado pelo Ministério da Cultura não estaria de acordo

⁶⁷ A cegueira causada pela febre do toque de ouro é tão aguda que parece esquecida na argumentação de alguns que a criação cultural exige das partes (autor e sociedade) o envolvimento em processo constante marcado pelo dar e receber, isto é, um processo de interação entre autor e sociedade e sociedade e autor.

com as disposições da Convenção de Berna, procede-se a seguir com algumas considerações.

Com relação aos usos livres do direito de autor, assim dispõe a Convenção mencionada:

- *“Art 2 bis*

1) Os países da União reservam-se a faculdade de excluir, nas legislações nacionais, parcial ou totalmente, da proteção prevista no artigo anterior os discursos políticos e os discursos pronunciados nos debates judiciários.

2) Os países da União reservam-se igualmente a faculdade de estabelecer nas suas leis internas as condições em que as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza, pronunciadas em público, poderão ser reproduzidas pela imprensa, transmitidas pelo rádio, pelo telégrafo para o público e constituir objeto de comunicações públicas mencionadas no artigo 11 bis 1, da presente Convenção, quando tal utilização é justificada pela finalidade da informação a ser atingida.

3) Todavia, o autor tem o direito exclusivo de reunir em coleção as suas obras mencionadas nos parágrafos anteriores.”

- *“Art. 9 (2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras [obras literárias e artísticas] em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra e nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.”*

- *“Art. 10 (1) São lícitas as citações tiradas de uma obra já licitamente tornada acessível ao público, com a condição de que sejam conformes aos bons usos e na medida justificada pela finalidade a ser atingida, inclusive as citações de artigos de jornais e coleções periódicas sob forma de resumos de imprensa.”*

- *“Art 10 (2) Os países da União reservam-se a faculdade de regular, nas suas leis nacionais e nos acordos particulares já celebrados ou a celebrar entre*

si, as condições em que podem ser utilizadas licitamente, na medida justificada pelo fim a atingir, obras literárias ou artísticas a título de ilustração do ensino em publicações, emissões radiofônicas ou gravações sonoras ou visuais, sob a condição de que tal utilização seja conforme aos bons usos.”

- “Art 10^{bis} (1) Os países da União reservam-se a faculdade de regular nas suas leis internas as condições em que se pode proceder à reprodução na imprensa, ou à radiodifusão ou à transmissão por fio ao público, dos artigos de atualidade, de discussão econômica, política, religiosa, publicados em jornais ou revistas periódicas, ou das obras radiofônicas do mesmo caráter, nos casos em que a reprodução, a radiodifusão ou a referida transmissão não sejam expressamente reservadas. Entretanto, a fonte deve sempre ser claramente indicada; a sanção desta obrigação é determinada pela legislação do país em que a proteção é reclamada.

“Art 10^{bis} (2) Os países da União reservam-se igualmente a faculdade de regular nas suas legislações as condições nas quais, por ocasião de relatos de acontecimentos da atualidade por meio de fotografia, cinematografia ou transmissão por fio ao público, as obras literárias ou artísticas, vistas ou ouvidas no decurso do acontecimento podem, na medida justificada pela finalidade de informação a atingir, ser reproduzidas e tornadas acessíveis ao público.”

A leitura do Art. 2 bis não deixa margens para dúvidas. A intenção aqui ao tratar das obras orais é servir à liberdade de informação.⁶⁸

Do conteúdo do dispositivo Art. 9 (2) transcrito retira-se a possibilidade de reprodução das obras literárias e artísticas em certos casos especiais, isto é, em casos em que a reprodução não afete a *exploração* normal da obra e nem cause *prejuízo injustificado* aos interesses legítimos do autor.⁶⁹

⁶⁸ Massouyé, Guide - the Berne Convention, WIPO, 1978, p. 24-25.

⁶⁹ Para a leitura desse dispositivo à luz do TRIPs, vide Panel Report, United States—Section 110(5) of the U.S. Copyright Act, WT/DS160/R (June 15, 2000).

Exploração normal é a exploração econômica costumeira.⁷⁰ Prejuízo injustificado, por sua vez, é aquele cujo resultado vá além dos limites do equilíbrio de interesses, isto é, que onere o autor frente aos interesses da coletividade além dos limites do razoável e proporcional.⁷¹ Reproduções que não sejam capazes de causar um estorvo à exploração econômica costumeira da obra intelectual e que não ultrapassem os limites de uma situação equilibrada são permitidas.⁷²

No art. 10 (1) vem regulado o direito de citação. Esta é expressão de uma adequação (harmonização) dos interesses do autor com os interesses da coletividade. O autor que porventura fosse autorizado a decidir de forma absoluta sobre a utilização de sua obra, impedindo que esta viesse a servir como ponto de partida para manifestações críticas, base bibliográfica de estudos e pesquisas etc. teria em suas mãos um poder desequilibrado em relação aos interesses e necessidades da coletiva. Esse poder se traduziria em um estorvo ao desenvolvimento cultural socialmente desejado. Por essa razão, o conteúdo das faculdades garantidas pelo direito de autor encontra aqui, nos interesses da coletividade vinculados à citação, o desenho de seus limites.⁷³

⁷⁰ UNCTAD-ICTSD. Resource Book on TRIPS and Development. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 192, referindo-se a uma decisão da OMC: "With regard to the second step of the test, the WTO panel held that "normal" includes both an empirical and a normative component. Thus, the evaluation of an exception under this second step requires an analysis of the way a work is in fact exploited as well as whether the nature of the exploitation is permissible or desirable. The panel held that, while not every commercial use of a work is necessarily in conflict with a normal exploitation; such a conflict will arise if uses of the work pursuant to the exception or limitation "enter into competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right."

⁷¹ Idem, p. 193. "As to the meaning of "interests," the above panel determined that both economic and non-economic advantage or detriment are covered. With regard to "legitimate" the panel noted that this means an interest authorized by law in the legal positivist sense, as well as a normative concern for protecting those interests that are justifiable in light of the objectives that motivate copyright protection. This suggests that there could be some public policy interests that potentially might weigh in the analysis of what constitutes a "legitimate" interest of the right holder. For example, the free speech objectives that underlie copyright in many countries might suggest that a right holder who wants to use copyright to suppress the communication of certain works may not be exercising the right in a legitimate way. In other words, such an author may not have a "legitimate" right to suppress the communication of his works. Likewise, it could be argued that a right holder who wishes to prevent the free distribution of copies of his work for non-commercial purposes lacks any legitimacy in doing so. While in the case of non-commercial use, the right holder does not run the risk of important economic losses, she/he would at the same time prevent the implementation of a policy that offers a promising potential for the development of a knowledge-based society in less advanced countries. Finally, with regard to the term "prejudice" the panel held that an exception or limitation that "has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner" is unreasonable and rises to the level of prejudice against the author".

⁷² Quanto à reprodução privada da obra vide infra, número 4.

⁷³ Como nota Massouyé, op. cit., p. 58-59. Este dispositivo tem um balanceamento específico, o que faz entender que a citação, como elemento essencial da construção do conhecimento, está isento da regra dos três passos do art. 9(2). Os requisitos aqui são que a citação seja compatível com o que se normalmente pratica e justificada por seu propósito.

Também no art. 10 (2) nos defrontamos com mais uma lição de adequação de interesses. O bem coletivo que surge como um contrapeso aos interesses individuais do autor é a educação. A redação da norma é ampla. Os norteadores da harmonização entre os interesses em questão são fornecidos pela medida justificada pelo *fin* que se procura atingir e a compatibilidade com o que se normalmente pratica (*fair practice*, ou uso regular).⁷⁴

No que toca ao uso regular, é importante notar que esses são produtos culturais, i.e. que são resultado de convicções sociais que variam de sociedade para sociedade. Não há, assim, um padrão universal de medida de determinação do que será ou não será abarcado pelo conceito de uso regular. Um país que tenha por meta social fornecer educação formal gratuita provavelmente terá um entendimento diferente dos bons usos do que aquele corrente em um país que deixa nas mãos da iniciativa privada a obrigação de educação formal.

Seguindo a mesma linha do raciocínio da necessidade de equilíbrio entre os interesses privados do autor e os interesses coletivos a Convenção de Berna também prevê a adequação dos interesses individuais do autor com o interesse coletivo de informação (incisos do art. 10^{bis}).

Além desses usos livres transcritos, cabe ainda destacar que, como ensina v. LEWINSKI,⁷⁵ no âmbito da Convenção de Berna também são reconhecidas usos livres não escritos, convencionados tacitamente, conhecidas como “*implied exceptions*”, que permitem aos Estados acordantes determinarem usos livres de material protegido pelo direito de autor em relação à apresentação, transmissão, gravação e exploração cinematográfica de obras em hipóteses que envolvam um valor econômico qualificado como insignificante ou inexistente. Seguindo a lição de v. LEWINSKI, esses casos foram considerados pelos delegados que participaram da Conferência de Revisão da Convenção de Berna, reunião que deu origem ao documento cujo Brasil é signatário, como tão comuns e variados, de forma que não seria possível listá-los no texto da

⁷⁴ Como nota Massouyé, *op. cit.* p. 60, Berna não limita esse uso educacional a quaisquer pequenos trechos, nem se limita a obras literárias. De novo, esse uso livre é que seja compatível com o que se normalmente pratica e justificada por seu propósito.

⁷⁵ V. LEWINSKI, Silke, in *Handbuch des Urheberrechts* (Org. LOEWENHEIM), München, C.H. Beck: 2003, pág. 900.

Convenção sistematizando-os sob um conceito gramatical genérico. Dessa forma os delegados acordaram durante as negociações no sentido de que esses tipos de usos livres poderiam continuar previstos nas leis nacionais sem que isso significasse afronta aos direitos convencionais. Exemplos circunscritos nessas hipóteses seriam as apresentações musicais durante missas, o concerto de banda militar, a apresentação de música em evento sem fins lucrativos ou no âmbito de comemorações de um feriado etc.

A tônica de justificativa desse tipo desse uso livre tácito é o valor econômico insignificante da utilização da obra⁷⁶ o que, por sua vez, deixa mais uma vez evidente o entendimento de que o vínculo da proteção do direito patrimonial de autor, como já bem diz o qualificativo *patrimonial*, está vinculado à exploração econômica da obra (e nunca em relação à utilização privada da obra, vide *infra*).

Da análise das disposições da Convenção de Berna retiramos que a proteção patrimonial internacional garantida ao autor foi desenhada em consideração com a interação dos interesses individuais do autor com uma série de interesses coletivos, como o interesse à educação, ao acesso a informação etc.

Também a Convenção de Berna se preocupou com o equilíbrio.

O rol de usos livres do direito patrimonial de autor no Anteprojeto de Lei ou, em outras palavras, a linha do desenho do direito patrimonial do autor no documento proposto pelo Ministério da Cultura, não vai, em linhas gerais, além da linha delimitadora proposta internacionalmente pela Convenção de Berna. Não se há assim de falar em inadequação do Anteprojeto com as normas convencionais.

1. Direito de autor e Concorrência

Também surpreendentes são as críticas no sentido de que o texto do Anteprojeto de Lei apresentado pelo Ministério da Cultura não deveria

⁷⁶ É a chamada doutrina das "exceções menores", consagrada pelo caso United States—Section 110(5) of the U.S. Copyright Act,

determinar ser necessário procurar uma relação de equilíbrio entre Direito de Autor e Direito Concorrencial e da Livre Iniciativa, uma vez que entre aquele e esses não haveria relação jurídica qualquer.

O direito garantido aos autores no art. 5 XXVII da Constituição brasileira é um direito de natureza patrimonial, o que, por sua vez, pressupõe necessariamente que seu objeto – a obra – seja dotada de valor econômico. *Não há direito patrimonial sem objeto dotado de valor econômico como, também, não há objeto dotado de valor econômico sem mercado.*

O exclusivo patrimonial é exercido pelo autor quando ele, convencido de haver procura no mercado, oferece a obra ao consumidor mediante o pagamento de um preço. Nesse momento, quando a obra é explorada economicamente, quer dizer, quando é oferecida ao mercado por um preço, ela nada mais é do que *mercadoria*. Quem paga pela utilização da obra é *consumidor*. Quem atua no mercado é *agente econômico*. E, obviamente, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não garante ao autor um salvo conduto de atuação no mercado – autores não fazem parte de uma categoria especial de agentes econômicos – deve ele, a exemplo do que vale a qualquer um que atue no mercado, respeito às regras que pautam as relações econômicas, i.e. aquelas de natureza concorrencial, de proteção ao consumidor etc.

De outro lado, nas hipóteses em que a obra é incorporada num objeto de circulação e consumo, como um disco ou DVD, o direito autoral - especialmente naquilo que o direito atual e mesmo o do Anteprojeto aceita o uso de meios de controle digital ao acesso à obra (os chamados DRM, previstos no art. 107 da lei vigente) - o Direito do Consumidor na sua manifestação do respectivo Código é uma contenção necessária ao abuso de restrições, que podem coibir até mesmo o que é uso livre. Quem tenta impedir que o público faça os usos livres da obra, através de mecanismos tecnológicos, infringe os direitos que a Constituição assegura a todos consumidores.

As críticas proferidas em relação à procura do equilíbrio entre o Direito de Autor e os direitos econômicos no Anteprojeto de Lei partem de premissa equivocada, posto que têm por fundamento a falta de *utilidade prática* da obra –

a obra satisfaz necessidades estéticas, ou intelectuais,⁷⁷ o que a faz diferente de um eletrodoméstico, por exemplo. Porém, a natureza da motivação que leva o consumidor a procurar o bem no mercado – seja ela utilitária ou estética/intelectual – em nada atinge o fato dele ter de pagar por ela o que, por sua vez, corresponde à compensação econômica (vantagem patrimonial) do autor.

Em miúdos, para que reste bem esclarecido, da mesma forma que o consumidor só poderá aproveitar a utilidade do aparelho eletrodoméstico se pagar o preço exigido por ele no mercado, o consumidor somente poderá desfrutar do conteúdo intelectual da obra literária ou o conteúdo estético de uma pintura na parede de sua sala se pagar o preço exigido pelo livro ou pelo quadro; aqui a essência do direito exclusivo patrimonial garantido ao autor. Sem o mercado o autor, bem como o fabricante do eletrodoméstico, não terá chance alguma de retorno econômico. A natureza da motivação que leva as pessoas a desejarem o acesso às obras intelectuais em nada atinge o fato do acesso desejado ser alcançado no mercado. E os acontecimentos no mercado estão sujeitos à obediência de regras.

O que surpreende no raciocínio acima exposto nem é tanto o equívoco na premissa do raciocínio – a motivação do consumidor e a falta de utilidade prática da obra intelectual não lhes roubam o caráter de *bem* intelectual, i.e. *mercadoria* – mas antes a falta de consciência das consequências que vêm atreladas ao raciocínio: ao negar o caráter de bem intelectual à obra tira-se do direito de autor seu valor econômico (patrimonial). Rouba-se do autor o seu pão!

2. Direito de Autor na Constituição: sobre a utilização pública e privada

O direito de autor brasileiro não garante ao autor o controle exclusivo de atos de natureza privada.

⁷⁷ O afirmado não se deixa aplicar aos programas de computadores, bases de dados etc., o que ressalta a artificialidade de garantir proteção autoral a esse tipo de “obras”.

Para provar o afirmado determina-se o conteúdo da garantia constitucional o que, por sua vez, reporta à determinação da natureza da exclusividade contida nos atos de *utilizar, publicar e reproduzir*.

O Art 5, XXVII da Constituição brasileira assim dispõe:

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

- *Utilização*: direito de *utilização* exclusiva da obra a que se refere o inciso constitucional é limitado à sua utilização patrimonial (econômica). Em outras palavras, o dispositivo constitucional garante ao autor apenas um direito exclusivo de controle de utilização patrimonial da obra. A utilização privada da obra não está contida na garantia constitucional do exclusivo. As razões que levam a essa conclusão são encontradas e facilmente explicadas pela própria natureza dos *bens intelectuais* que, ao contrário do que ocorre no que toca à utilização de bens materiais, pressupõe necessariamente a adesão da obra intelectual ao patrimônio cultural pessoal daqueles que dela tomem conhecimento.

Conforme JOHANN GOTTLIEB FICHTE⁷⁸, partindo da análise da utilização da obra literária, começa explicando o acima afirmado lembrando que geralmente não se compra um livro para, com suas páginas impressas, decorar paredes, mas antes para tirar um *proveito intelectual* dele.

A compreensão do processo de *aproveitamento intelectual* da obra (utilização pessoal da obra) pede, no raciocínio do filósofo, distinguir entre dois conceitos, quais sejam o de *conteúdo material (idéia)* e o de *forma de expressão do conteúdo*.

A forma de expressão do conteúdo é o objeto de proteção do direito de autor, enquanto que o conteúdo material (idéia) não é protegido pelo direito de

⁷⁸ FICHTE, Johann Gottlieb. *Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdruck*. 1791, publicado pela primeira vez em 1793.

autor. Tanto o conteúdo material do livro de nossa ilustração, como a forma de expressão do conteúdo, só podem vir à tona através do ato da leitura.

Ao proceder à leitura de uma obra literária o leitor reflete sobre o seu conteúdo material, incorporando-o, assim, às suas próprias idéias. Ao adquirir o suporte físico que contém o conteúdo e a forma de expressão do conteúdo, então, o comprador adquire necessariamente *a possibilidade de incorporar a idéia do autor às suas próprias idéias*. Aqui a essência do *aproveitamento intelectual*.

O exposto permite, por um lado, no que toca às obras do espírito, compreender a razão do direito de autor não proteger o conteúdo material daquelas, mas antes apenas a *forma de expressão* do conteúdo. Por outro lado, e aqui o ponto que mais nos interessa no momento, ainda esclarece porque a utilização privada da obra intelectual jamais poderá estar sujeita a um direito exclusivo de autor, posto que a garantia desse direito exclusivo exigiria que aquele que tem contato com a obra não a incorporasse ao seu patrimônio intelectual.

Isto posto, o dispositivo constitucional não pode estar se referindo a um direito exclusivo de autor sobre a utilização da obra para além dos limites do âmbito patrimonial. Esse tipo de direito exclusivo é impossível.

- *Publicação*: A expressão “publicação” adotada no dispositivo constitucional corresponde, seguindo a lição de OLIVEIRA ASCENSÃO, ao ato de *divulgação*.⁷⁹ Ela caracteriza, ainda na lição do professor lusitano, juntamente com o ato de reprodução, categorias da utilização.⁸⁰ Uma vez que só é protegida constitucionalmente a utilização pública da obra, i.e. a utilização comercial (patrimonial), também o ato de publicação só poderá ser vinculado a uma

⁷⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. Direito Autoral. 2ª edição. Renovar: 1997. Pág. 119.

⁸⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade, in Revista da ABPI – nº 59 – Jul/Ago 2002 – pp. 40 e ss: “O sentido das regras constitucionais brasileiras é claramente o de estabelecer liberdades, e não de estabelecer exclusivos”. (...) “Não só utilização é termo por demais genérico, como publicação e reprodução se sobrepõem em grande parte. O núcleo estará na referência à utilização. Mas não teria sentido que a lei estivesse garantindo a utilização privada. Direito à utilização privada todos temos. O que está em causa é a utilização pública, que fica condicionada à autorização do autor.”

prerrogativa de natureza patrimonial. E assim acontece, de fato, na legislação infraconstitucional.

Divulgar é tornar público. Aparentemente, seguindo OLIVEIRA ASCENSÃO, o direito de divulgação (publicação) poderia parecer ser um direito pessoal (direito moral do autor). Mas não é assim. Prova disso é a forma como o direito de publicar é previsto na Lei de Direito de Autor, podendo ser efetivamente transferido a alguém, ou seja, não sendo dotado de inalienabilidade autônoma que caracteriza os direitos morais. Ademais, a divulgação reveste ainda a forma de algumas formas de exploração previstas na legislação autoral. O direito de publicação, resta evidente, é prerrogativa patrimonial do autor.

- *Reprodução*: O ato de reprodução, por sua vez, diz respeito à produção de cópias da obra. Também ele é categoria de utilização que, por sua vez, como vimos *supra*, é limitada ao aproveitamento público (comercial, ou ainda patrimonial) da obra pelo autor.

O que se afirma resta evidente com a proposição de uma suposição e a análise de suas consequências jurídicas: se o legislador constitucional estiver garantindo ao autor um direito de controle de produção de cópias para além do âmbito patrimonial, i.e. para além do controle de cópias realizadas por terceiros com a intenção de exploração econômica, então ele estaria dando ao autor carta branca para invadir e controlar o âmbito privado de todos aqueles que tivessem acesso a exemplares de sua obra. Uma garantia de controle desse porte incluiria o direito de controlar, por exemplo, a correspondência ou o diário da adolescente que ousasse reproduzir sem a autorização do poeta seus versos. Da mesma forma o autor teria o direito de controlar o rapaz que gravasse em sua garagem o som do seu violão ao tocar uma música, obra intelectual de um terceiro.⁸¹

⁸¹ Quanto ao qualitativo público e privado, a lição de MORAES, Walter Moraes: Posição Sistemática do Direito dos Artistas Intérpretes e Executantes, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais S/A, 1973, páginas 91/92: "... como pública deve entender-se a circunstância em que se realiza o ato de interpretação ou execução, ou seja, o próprio desempenho artístico. Execução pública é a que se desempenha em público; e esta seria a circunstância que dá origem a todos os direitos do artista sobre a sua execução, nos termos da Lei. Qual a situação de fato que se pode considerar pública? Não se trata de um critério local; execução pública não é a ocorrida em lugar público necessariamente, pois o artista pode executar para o público a partir de um ambiente privado, como um estúdio de radiodifusão ou uma residência particular; pode, por outro lado, atuar em lugar público uma execução não pública, como a pessoa que canta ou declama num parque ou numa praia para um círculo privado. Tampouco se trata de um critério numérico ou quantitativo; pública não é necessariamente a execução dirigida a uma multidão de pessoas, porque o artista que

222

O absurdo dos exemplos acima oferecidos salta aos olhos. A norma constitucional que garantisse ao autor o controle do uso privado de sua obra estaria concomitantemente garantindo a ele um direito de controle que pressuporia, necessariamente, uma violação de intimidade e da vida privada de terceiros. Esse tipo de autorização seria digna de ser adicionada à representação da anti-utopia daquele conhecido romance de George Orwell.

Note-se, ainda, que a Lei de Direitos de Autor em vigor, bem como o texto do Anteprojeto de Lei apresentado pelo Ministério da Cultura, é clara na determinação de pertencerem ao autor os *direitos morais e patrimoniais* sobre a obra que criou. Não há garantia algum ao autor de prerrogativas de controle da utilização privada de sua obra.⁸²

Por fim, destaca-se que, uma vez que a reprodução privada não afeta a exploração econômica da obra, e uma vez que a reprodução privada da obra não causa prejuízo algum aos interesses legítimos do autor, já que apenas legítimos os interesses de natureza patrimonial e pessoal (direito moral), posto que só esses interesses são legalmente protegidos, não se há de falar em violação das disposições da Convenção de Berna.⁸³

Insistindo no exposto, agora em outras palavras, *o controle da reprodução privada foge ao âmbito do direito exclusivo garantido ao autor*. O direito exclusivo reconhecido ao autor constitucionalmente, uma vez que direito patrimonial, limita-se à prerrogativa de controle de cópias realizadas com fins econômicos.

interpreta para uma multidão de convivas não realiza com isso uma execução pública. É pública a execução, diz Ernst Müller, "quando o círculo de ouvintes não é determinado individualmente"; são públicas, prossegue, antes de tudo, as execuções em praças públicas, em locais de diversão aos quais qualquer um pode ter acesso. (Ernst Müller, Das Deutsche Urheber und Verlagsrecht, § 27, pág. 99) ... Cuidando, pois, de superar o defeito conceitual de Müller, dizemos simplesmente que pública é a execução acessível a qualquer pessoa. Pela letra da Lei, só à sua execução pública tem direito o artista. A execução privada, portanto, bem como as suas implicações gerais, escapam à esfera legalmente demarcada para o exercício dos direitos do executante."

⁸² Aliás, até onde se tem conhecimento, nunca vimos nos países ocidentais uma legislação de direito de autor que garantisse a esse a prerrogativa de controle da intimidade alheia, elemento essencial para a garantia de um direito exclusivo que transbordasse os limites da natureza patrimonial.

⁸³ Reportando a lição de OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, ob.cit., pág. 161. "(...) O exclusivo do autor não colide com a faculdade genérica de uso privado por qualquer um. **O que significa que a esfera do uso privado está fora do círculo reservado ao autor.** A revisão de Estocolmo da Convenção de Berna, ao introduzir o direito de reprodução, admitiu também restrições, desde que não atinjam a exploração normal da obra nem causem prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. Mas não abrange o uso privado, pois só atinge as formas de limitação do exclusivo de exploração econômica." (grifo nosso).

Isto posto e esclarecido é simples compreender características diversas das relações entre a) titulares de direito de autor e cópia privada, b) titulares de direito de autor e produtores de aparelhos de reprografia e c) produtores de aparelhos de reprografia e pessoas privadas.

No que toca à relação entre o titular do direito de autor e cópia privada a questão já foi analisada: os titulares não têm prerrogativa alguma de controle de cópias privadas. Em referência à relação entre titulares de direito de autor e produtores de aparelhos de reprografia esses devem àqueles uma compensação remuneratória, uma vez que assentam e exploram através de suas *atividades econômicas* os direitos exclusivos de autor. Por fim, a relação entre os produtores de aparelhos de reprografia e aqueles que adquirem suas máquinas é uma relação típica entre agentes econômicos e consumidor, i.e. ela em nada afeta relações de direito de autor.

Na mesma linha da relação entre produtor de aparelhos de reprografia e consumidor deve ser compreendida a relação do prestador de serviços de reprografia e o consumidor. Esse último pode, legalmente, lançar mão dos serviços daquele (serviços de cópia), e aquele pode, legalmente, prestar serviços para o consumidor, desde que a reprodução desejada seja feita com objetivo privado. A relação que legitima uma remuneração compensatória é aquela entre prestador de serviços de cópias e autor.⁸⁴

As propostas e manifestações que clamam pela limitação ou proibição de cópias privadas, ou que pretendem que estas sejam pagas em relação ao âmbito privado da obra, indicam grande dificuldade de compreensão do instituto do direito de autor e de identificação da natureza das relações entre titular de direito de autor, produtor de aparelhos de reprografia e consumidor. *No que toca à questão da reprografia quem deve ao autor uma remuneração compensatória são os produtores de aparelhos de reprografia e aqueles que prestam serviços*

⁸⁴O Anteprojeto de Lei apresentado pelo Ministério da Cultura prevê a remuneração compensatória nesse caso. Note-se que a implementação desse dispositivo, se incorporado em dispositivo legal resultante do Anteprojeto, deve atentar para a dimensão em que o repasse dessa remuneração vir a transformar o público em contribuinte de fato desse ônus, em tudo que isso importa em contenção do direito ao uso livre.

*de reprografia*⁸⁵, e não aquele que no âmbito de suas atividades privadas faz uso do bem de consumo (os aparelho de reprografia) que licitamente adquiriu.

Aqueles que clamam por remuneração compensatória por cópia privada estão reclamando por um direito de remuneração em cima de um direito que não tem e nunca tiveram. Quem deve remuneração compensatória é quem explora comercialmente os direitos de autor e não aquele que faz uso privado da obra.

b) Uma vez que o direito garantido ao autor no dispositivo constitucional acima transcrito é de natureza puramente patrimonial, então qualquer negativa do uso privado da obra por terceiro no bojo da lei ordinária é inconstitucional.

Mais especificamente, o dispositivo na Lei de Direito de Autor em vigor, que limita a cópia *privada* a pequenos trechos da obra, bem como o dispositivo no corpo do Anteprojeto de Lei que limita a reprodução *privada* a um exemplar, extrapolam grotescamente os limites do direito constitucionalmente garantido.

Recomenda-se, assim, com veemência, que não se inclua qualquer vedação às cópias privadas no corpo do Anteprojeto de Lei, sob pena – caso a disposição seja mantida no texto de Lei reformada – de ser objeto de posterior Ação de Inconstitucionalidade.

Uma adequação gramatical do dispositivo ao âmbito de garantia de controle exclusivo patrimonial do autor poderia ser encontrada em uma regra que determinasse quantitativamente a partir de que momento se estaria deixando o âmbito do privado e se aproximando de reproduções que poderiam presumir objetivos econômicos. Note-se, porém, que para sanar o risco de inconstitucionalidade da regra este limite quantitativo deverá necessariamente ser definido mediante critérios razoáveis e proporcionais (aqui se trata de composição de liberdades individuais), quer dizer, estar *adequado à realidade tecnológica*. Deve-se levar em consideração a variedade de suportes capazes de reprodução acessíveis a um consumidor médio. Essa determinação será variável dependendo de uma série de fatores que envolvam casos concretos. Nesse sentido o ideal seria deixar que o judiciário se ocupe da fixação da quantidade de

⁸⁵ Vide artigo 88 do Anteprojeto

cópias que determinariam o limite entre o ato de cópia privada (não abarcada pelo direito de autor) e o ato de reprodução comercial, cujo controle é exclusividade do autor.

c) Como visto *supra*, os círculos de poder e de proibição garantidos *não atingem as utilizações privadas*, mas antes apenas as públicas (natureza comercial, ou patrimonial).

Vamos, pois, reexaminar os dispositivos da Lei de Direitos Autorais, à vista da discriminação entre público e privado, considerando público o que ocorre no seio da empresa, já que sua atividade se dirige ao mercado, que é público.

No art. 29, a reprodução parcial ou integral (I) só pode ser considerada ilícita quando se tratar de *multiplicação* (para fins de comércio), o que equivale à edição (II). A adaptação e outras transformações (III), a tradução (IV) e a inclusão em fonograma ou audiovisual (V) não é ilícita se realizada no âmbito da vida privada, no recesso familiar. Todos os atos de *execução* relacionados nas letras a) a g) do inc. VIII são excluídos do círculo de proibição, de acordo com interpretação sistemática em consonância com o art. 68 e seus §§. Se o emprego de meios tecnológicos de informação (letras h e i do inc. VIII) se realiza entre particulares, no ambiente privado, também não ocorre infração.

O mesmo vale para a letra j) do mesmo inciso: a exposição de obras de artes plásticas e figurativas no ambiente privado é livre. Da mesma forma, a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento são livres para os particulares, pois a regra tem de ser a mesma que se aplica às obras de artes plásticas e figurativas (nem se diga que a reprodução de obra de arte plástica depende de autorização do autor, de acordo com os arts. 77 e 78, pois vale o mesmo *discrímen* entre público e privado — que o digam os estudantes de arte que copiam as pinturas exibidas em Firenze, meticolosamente, *para uso privado*).

Assim, o art. 30 e seu § 1º são abundantes, se não de caráter meramente didático, ao esclarecer que “o titular dos direitos autorais poderá colocar à

disposição do público a obra” (caput), bem como aquele devidamente autorizado pelo titular (§ 1º).

O círculo de proibição é esclarecido nos arts. 102 e segs., relativos às sanções civis às violações de direitos autorais.

O art. 102 confere ao titular o direito de apreender os exemplares reproduzidos ou suspender sua *divulgação*. O art. 104 estabelece a responsabilidade solidária para aquele que *distribuir...* obra ou fonograma reproduzido com fraude, com a finalidade de *vender*, etc... (a reprodução privada não é feita com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem). No mesmo sentido deve ser interpretado o art. 105, que cuida da suspensão da transmissão, da retransmissão e da comunicação *ao público* de obras, interpretações e fonogramas.

4. Licença não voluntária

a) O licenciamento não voluntário impõe ao autor o dever de contratar o que, por sua vez, implica necessariamente no respeito ao seu direito de receber compensação econômica justa pela exploração de sua obra intelectual. Licença não voluntária, então, não pode ser confundida com “desapropriação”. Pelo contrário, ela apenas obriga o autor, tendo em vista interesses coletivos justificáveis, a contratar. Nessa linha os dispositivos previstos no Anteprojeto de Lei apresentado pelo Ministério da Cultura.⁸⁶

Em sua essência a licença não voluntária é um mecanismo de correção contra o mau uso do direito de autor.⁸⁷ Como já visto acima, o legislador não reconhece ao autor um direito absoluto, que paira sobre todos os outros

⁸⁶ Vide art. 52- B, § 2º “Todas as hipóteses de licenças não voluntárias previstas neste artigo estarão sujeitas ao pagamento de remuneração ao autor ou titular da obra, arbitrada pelo Poder Público em procedimento regular que atenda os imperativos do devido processo legal, na forma do regulamento, e segundo termos e condições que assegurem adequadamente os interesses morais e patrimoniais que esta Lei tutela, ponderando-se o interesse público em questão.”

⁸⁷ O mecanismo da licença compulsória vem previsto em leis estrangeiras, é uso nos EUA e nos países da União Européia, quer dizer, não causa comoções nos países mencionados.

interesses individuais de terceiros e sobre os interesses coletivos.⁸⁸ O direito de autor é reconhecido dentro do sistema da ordem jurídica e, assim, deve estar em adequação e interação com aos outros direitos hierarquicamente semelhantes que, em conjunto, dão corpo ao sistema legal.

No plano internacional nada obsta contra a previsão de licença não voluntária. Pelo contrário, o mecanismo é comum em outras áreas do direito sobre bens intelectuais.⁸⁹

Como um corretivo contra o mau uso do direito garantido ao autor cabe, então, inquirir o que caracteriza o mau uso. Para tanto devemos perguntar qual é a finalidade que o legislador brasileiro persegue ao garantir ao autor proteção pessoal (moral) e patrimonial.⁹⁰ A proteção pessoal está vinculada a interesses pessoais (ou morais) do autor. Uma vez que a licença não voluntária refere-se à obrigação de contratar, quer dizer, a uma liberdade econômica, é a finalidade perseguida na garantia dos direitos de natureza patrimonial que nos interessa aqui.

Com a garantia de faculdades patrimoniais garante-se ao autor a possibilidade de ir ao mercado e, em posição exclusiva, tentar buscar vantagem econômica em contrapartida ao seu esforço criativo.⁹¹ O exclusivo de exploração

⁸⁸ O direito de acesso à informação aparece desde logo no art. 5º, cujo inciso XIV garante a todos o acesso à informação, e, também, no XXIII que subordina a propriedade à sua função social. Bem assim os arts. 215 e 219, que se referem, respectivamente, ao acesso às fontes da cultura nacional e ao desenvolvimento cultural. É desnecessário lembrar que sem acesso a informação não há desenvolvimento. Nesse sentido devem ser autorizados a pedir licença compulsória tanto os entes públicos como os privados.

⁸⁹ A licença não voluntária é um mecanismo importante no direito de patente. Sua importância e funcionalidade desponta evidente no seguinte episódio histórico: como já dito *supra*, a garantia do direito de “propriedade” aos titulares de bens intelectuais foi uma conquista revolucionária, i.e. um meio de combater a intervenção estatal do sistema mercantilista nos negócios jurídicos que tinham por objeto bens intelectuais. O mote do pensamento liberal era: Quem é proprietário é livre para dispor de seu bem da maneira que mais lhe aprouver. Na prática, porém, logo ficou evidente que esse direito de propriedade sem limites criava situações que depunham contra o próprio objetivo que levava à sua garantia, qual seja o de garantir a liberdade econômica. Frente ao uso abusivo do direito de propriedade sobre as invenções, muitos economistas na Alemanha nos tempos de Bismarck viam no direito de patente um risco à liberdade de determinação econômica (um direito tão fundamental no estado liberal quanto o de propriedade), o que caracteriza um verdadeiro paradoxo, quando se tem em vista o papel ideológico da garantia da propriedade intelectual. Em consequência disso Bismarck suspendeu em 1868 o direito de patente, alegando que ele seria antieconômico. A decisão foi criticada e em 1873 o sistema de patente voltou a valer na Alemanha, mas agora contendo um corretivo importante, qual seja o instituto da licença não voluntária.

⁹⁰ No Brasil há separação entre religião e direito, ou seja, diferentemente de algumas sociedades islâmicas, leis religiosas ou opiniões de líderes religiosos não tem força de lei. Nesse sentido um eventual caráter “sagrado” que se possa pretender ao direito de autor não poderá ser considerado na determinação da finalidade da garantia legal da proteção.

⁹¹ Note-se que os titulares de direitos de autor não têm garantia nenhuma de vantagens patrimoniais. Essas vantagens quem dará, ou não, é o mercado. O autor de uma obra literária de baixa qualidade

econômica incorpora, então, um *incentivo* aos autores a criarem e a colocarem à disposição da sociedade suas obras, o que, por sua vez, culmina no enriquecimento cultural da sociedade. Aqui desponta clara a instrumentalidade da garantia do exclusivo patrimonial. O reconhecimento das faculdades patrimoniais não persegue então um fim em si mesmo, mas antes está vinculado a um mecanismo de incentivo para a consecução de um fim maior, qual seja o enriquecimento cultural da sociedade.

Além disso, não se pode perder de vista a importância do bem intelectual na economia moderna. O capitalista nos dias de hoje não é mais necessariamente o dono do capital, mas antes o dono do conteúdo intelectual. Assim sendo, a garantia da exclusividade de exploração patrimonial ao autor não serve apenas como instrumento de incentivo de enriquecimento cultural, mas também de gerador de desenvolvimento econômico.

Por não servir a um fim em si mesmo, isto é, por não ser garantido no bojo do ordenamento jurídico com a finalidade única e imediata de satisfazer necessidades patrimoniais de seu titular, abusa-se do direito de autor quando dele se faz uso em contrariedade com seu fim imediato, qual seja o desenvolvimento cultural e econômico nacional. Insistindo, o legislador brasileiro não garante ao autor um direito cuja finalidade simplesmente se esgota na vantagem patrimonial de seu titular e no controle absoluto da obra. A vantagem patrimonial é sem dúvida desejada, mas é desejada dentro de um quadro de incentivo ao desenvolvimento cultural e econômico. Quando o titular do direito de autor faz uso de seu direito de forma a estorvar a consecução dos fins que justificam a proteção garantida caberá a imposição de contratar (licença não voluntária).

O instrumento previsto no Anteprojeto de Lei proposto pelo Ministério da Cultura é um corretivo necessário e equilibrado, posto que, por uma, corrige a situação abusiva enquanto que, por outra, satisfaz o direito de remuneração do

provavelmente não será compensado pelo seu esforço criativo, posto que obras de baixa qualidade geralmente não encontram leitores interessados nelas (não há demanda por obras ruins no mercado, logo não se paga por elas e, por consequência disso o bolso do titular dos direitos de autor permanecerá vazio).

autor, o fator elementar no raciocínio calcado na idéia de incentivo a produção cultural.

Esse raciocínio em nada se contrapõe à lógica jurídica do ordenamento brasileiro ou a dos textos dos documentos internacionais vinculativos no Brasil. Os limites que justificam a aplicação de licença não voluntária encontram-se no bom uso do direito, isto é, do uso em consonância com os fins da proteção, que – é necessário insistir – não se esgotam na possibilidade de enriquecimento (vantagem econômica) dos titulares de direito patrimoniais. Os casos listados no Anteprojeto estão em plena conformidade com esse raciocínio.

b) Por fim cabe ainda esclarecer que o mecanismo da licença não voluntária em nada afeta os direitos morais do autor.

Nos termos da lei de direito de autor em vigor são direitos morais do autor:

- (i) o direito de reivindicar a paternidade 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 encontrar 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.

Como é fácil verificar, o direito do autor de decidir como e quando vai explorá-la economicamente não é direito moral do autor.

Na verdade esse direito, um direito que não é absoluto, tem natureza patrimonial. E, uma vez que o direito patrimonial do autor é garantido com o fim precípua de fomentar o desenvolvimento cultural e econômico nacional – (a vantagem patrimonial do autor é, sem dúvida, importantíssima nesse mecanismo, mas sua garantia não é, como já explicado, a tônica exclusiva da garantia do direito) – o titular do direito de autor poderá sim, se não fizer uso do direito que a ordem jurídica lhe garante em consonância com sua finalidade, ser obrigado a contratar. Aqui não se deixa antever inconstitucionalidade alguma.

CAPÍTULO 14

NOTAS SOBRE OS SISTEMAS DE DIREITO DE AUTOR BRASILEIRO E ALEMÃO, TENDO EM CONSIDERAÇÃO A PERSPECTIVA DE REFORMA DAS LEGISLAÇÕES VIGENTES E A PROCURA DE EQUILÍBRIO DE INTERESSES

Gert Würtenberger

Karin Grau-Kuntz

Sumário: 1 - Sobre as reformas das leis de direito de autor brasileira e alemã; 2 - Sistemática de construção e interpretação do Direito de Autor: uma comparação entre o direito brasileiro e alemão 3 - Das chamadas “limitações” do Direito de Autor 4 - Remuneração compensatória 5 - Sobre o usuário da obra ou ainda sobre a “crise do direito de autor”.

1. Sobre as reformas das leis de direito de autor brasileira e alemã

I. Em 2007, foi iniciado no Brasil o *Fórum Nacional de Direitos de Autor*. O objetivo desse *Fórum* foi a promoção de debates com os mais diversos setores ligados ao direito de autor. Como resultado de discussões durante eventos e reuniões,⁹² o Ministério da Cultura apresentou, em junho do corrente ano, um Anteprojeto de Lei para Reforma da Lei de Direitos de Autor.

Em 14 de junho, por sua vez, iniciou-se a fase de *Consulta Pública* ao Anteprojeto de Lei elaborado pelo Ministério da Cultura. O texto legal proposto foi apresentado no portal eletrônico daquele Ministério e, nesse mesmo espaço virtual, foi aberta a possibilidade de manifestação de todos os interessados na reforma do direito de autor brasileiro.

Encerrada a fase de *Consulta Pública* em 31 de agosto próximo, o governo brasileiro irá, após ter procedido a uma análise das manifestações

⁹² De acordo com o Ministério da Cultura foram realizadas mais de 80 reuniões, ebm como oito seminários em três diferentes regiões do Brasil. Vide a esse respeito: <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautor/wp-content/uploads/2010/07/cartilha-direito-autoral.pdf>.

individuais recolhidas durante o período de consulta, preparar um Projeto de Lei a ser apresentando, então, ao Congresso Nacional.

O caminho de produção legislativa escolhido pelo Ministério da Cultura, um caminho fomentador do debate aberto e transparente, merece elogio. De um lado porque, tendo em conta aquela máxima que diz que aquele que determina os temas a serem discutidos é também aquele que decide sobre o resultado da discussão, o governo brasileiro não poderá ser acusado de não ter considerado, ou de ter evitado, discussões em torno de determinados aspectos do direito de autor que se possam julgar essenciais.

Por outro lado, o processo de *Consulta Pública* vem fornecendo uma “radiografia” da interação do cidadão brasileiro com o direito de autor.⁹³ O direito de autor é hoje presente no cotidiano dos usuários da Internet e dos consumidores de aparelhos capazes de reproduzirem ou armazenarem conteúdos intelectuais protegidos. No entanto, fica evidente nos resultados da *Consulta Pública* que, apesar desse contato diário, há dificuldades de compreensão da estrutura do Direito de Autor. Aqui um paradoxo da sociedade de informação: o contato com o direito de autor é constante, mas poucos são aqueles que, de fato, sabem o que é direito de autor.

Se, de um lado, o processo de debate aberto e democrático coloca temas ligados à proteção garantida pelo direito de autor na pauta do dia – um fato dotado de valor educativo imensurável – decepciona constatar, de outro lado, que a falta de informação em relação àquilo que compõe o conteúdo do direito de autor está fazendo passar despercebida a linha equilibrada adotada como escopo para a elaboração do Anteprojeto de Lei.⁹⁴

⁹³ Vide os resultados ainda não definitivos da fase de Consulta Pública no site do Ministério da Cultura <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoralei/consulta/>.

⁹⁴ No âmbito das contribuições feitas durante o processo de *Consulta Pública*, bem como em artigos e entrevistas de jornais, encontramos manifestações surpreendentes. Entre elas afirma-se que o direito de autor seria um “*direito sagrado*”, ou que entre direito de autor e direito concorrencial e/ou direito de consumidor não haveria qualquer “*nexo*”. No que tange à primeira manifestação, já falamos em outra ocasião que no Brasil há separação entre religião e direito, ou seja, diferentemente de algumas sociedades islâmicas, leis religiosas ou opiniões de líderes religiosos não têm força de lei. Nesse sentido, um eventual caráter “sagrado” que se possa pretender ao direito de autor não poderá ser considerado na determinação da finalidade da garantia legal da proteção. No que toca à presumida “*falta de nexos*” entre direito de autor e direito da concorrência e/ou direito do consumidor, evidencia-se uma dificuldade latente de compreensão das *prerrogativas patrimoniais* do autor. As faculdades patrimoniais do direito de autor garantem ao criador da obra a possibilidade exclusiva de tirar proveito econômico de sua criação. O aproveitamento econômico,

A grande preocupação das legislações autorais modernas nas chamadas sociedades de informação tem sido com o equilíbrio entre interesses.⁹⁵ Isso porque qualquer proteção jurídica que queira ser eficaz pressupõe identificação social dos destinatários da norma com o seu conteúdo. Identificação social dos destinatários com a norma pressupõe, por sua vez, que o núcleo do direito espelhe equilíbrio na composição dos interesses envolvidos. Entretanto, tendo em vista as dificuldades do cidadão brasileiro em relação à boa compreensão do conteúdo do direito de autor, fica também patente a dificuldade de avaliação objetiva dos esforços que permeiam o Anteprojeto no sentido de um desenho harmônico do conteúdo do direito, que, assim construído, terá grandes chances de alcançar identificação social.⁹⁶ Aqui parece estar passando despercebida aos olhos dos brasileiros uma chance valiosa.

II - Levando em consideração os tratados firmados internacionalmente⁹⁷ e a necessidade de harmonização dos direitos de autor nacionais com as determinações da Diretiva de 2001 sobre a sociedade de informação,⁹⁸ o legislador alemão procedeu em 2003 a uma primeira reforma, neste século, da

porém, só pode acontecer no mercado, e não fora dele. Como o autor poderia explorar economicamente sua criação sem atuar no mercado? Por sua vez, quem atua no mercado está necessariamente sujeito a agir em adequação às regras que regulam o mercado e a concorrência, o que inclui também o direito do consumidor. O autor que não queira se sujeitar às normas de concorrência deve, então, evitar ir ao mercado. Porém, deixando de ir ao mercado, seus direitos exclusivos patrimoniais nada mais serão do que direitos com valor econômico meramente potencial.

⁹⁵ A comparação com o direito de autor alemão, a que se procede a seguir, servirá de exemplo do afirmado.

⁹⁶ Aquilo que se denomina de “crise do direito de autor” é manifestação da falta de identificação dos destinatários do direito de autor em relação ao seu conteúdo. Em miúdo, as pretensões patrimoniais garantidas ao autor se caracterizam pela expectativa de que terceiros se *abstenham de determinados atos* (e, por essa razão, esses terceiros são aqui chamados de *destinatários* do direito). Não havendo identificação por parte dos destinatários em relação ao conteúdo do direito, ou ainda não reconhecendo o destinatário o conteúdo do direito do autor, então ele não tenderá a se abster de determinadas ações que são garantidas exclusivamente ao autor. Se não há identificação com o conteúdo da lei, o titular do direito terá grandes dificuldades em fazer valer as prerrogativas de abstenção que lhes são garantidas pela lei. Para ilustrar, basta lembrar que o ambulante vende CDs “piratas” nas ruas do centro do Rio de Janeiro sem causar comoções nos transeuntes. Mas o que aconteceria se, em vez de expor aqueles suportes falsificados na sua banquinha, o ambulante expusesse armas de fogo? É fácil imaginar a reação dos passantes. Quanto à questão da identificação dos destinatários com o conteúdo da norma, vide a lição de RÜTHERS, Bernd: *Rechtstheorie*, 2ª edição, München: C.H. Beck, 2005, pág. 237: “O direito posto pelo Estado somente gerará efeitos completos e duradouros quando aceito pelo povo. A ‘acceptio legis’ é um importante critério do Direito. Quando uma norma posta pelo Estado é recusada de forma determinada por grande parte do povo, porque ela é percebida por ele [povo] como uma injustiça por parte do Estado, ou seja, quando o seu reconhecimento for recusado pela maioria, então surge uma contradição entre Direito e o convencimento jurídico da comunidade jurídica. As normas estatais poderão, então, estar sujeitas a imposição por meio do poder de sanção do Estado, a obediência a elas pode ser forçada. Mas seu reconhecimento resta colocado em dúvida de forma contínua. Para elas [esse tipo de norma não reconhecida, mas imposta pelo poder de sanção do Estado] vale a experiência geral das ditaduras: com baionetas [nas mãos] pode-se fazer muito, mas nada duradouro.” Vide ainda o *infra* item V da presente exposição.

⁹⁷ Tratados WCT e WPPT - OMPI.

⁹⁸ Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

Lei de Direitos de Autor alemã. Em 2007, procedeu-se a uma segunda reforma da mesma lei e, por fim, em junho de 2010, foram iniciados os trabalhos referentes a uma terceira reforma do texto legal com um discurso da Ministra da Justiça alemã, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger.

As razões que ensejam essa terceira reforma na Lei de Direitos de Autor reportam a considerações feitas no Parlamento alemão, no sentido de que o regulamento atual do direito de autor não estaria sendo suficiente para satisfazer os objetivos nacionais de fomento da ciência e da educação.

De forma bastante sucinta, os pontos principais do discurso da Ministra da Justiça:

- o discurso foi calcado na importância econômica do direito de autor. A garantia efetiva deste direito é imprescindível para todo um setor econômico que tem como fundamento de suas atividades a exploração de conteúdos intelectuais;

- compreendendo a estrutura do mercado sob uma perspectiva liberal, a Ministra da Justiça alemã destacou a ideia de autodeterminação econômica do autor. Além disso, lembrou com ênfase que não é tarefa do legislador dirigir as relações de concorrência, ou seja, agentes de mercado que insistam em não adaptar seus modelos de exploração de obras intelectuais à realidade tecnológica, isto é, aqueles que persistem na exploração de “modelos de negócio obsoletos” não deverão contar com proteção autoral. Ainda seguindo com o raciocínio de natureza político-econômica liberal, a Ministra também frisou que às sociedades de gestão coletiva não serão garantidas quaisquer prerrogativas monopolistas em relação às suas atividades de gestão de direitos;

- no que toca à preocupação prática com a proteção do investimento da indústria de direitos de autor, a Ministra da Justiça rejeitou em seu discurso modelos de controle de utilização de obras baseados em bloqueios da Internet. O modelo que o direito alemão seguirá será baseado em avisos legais e notificações.

No discurso, sente-se a falta das considerações que deram ensejo a uma terceira reforma da Lei de Direitos de Autor alemã, quais sejam, àquelas referentes ao desejo de fomento da ciência e da educação. A grande preocupação no discurso foi, sem sombra de dúvida, com o papel econômico do direito de autor.⁹⁹

Após a realização de quatro reuniões nos próximos meses, cujos temas foram predeterminados¹⁰⁰ e quando serão consideradas propostas de círculos ligados ao direito de autor, será apresentado um Projeto de Lei ao Parlamento.

2. Sistemática de construção e interpretação do Direito de Autor: uma comparação entre o direito brasileiro e alemão

1. O Anteprojeto brasileiro de reforma da Lei de Direitos de Autor acrescenta nos primeiros artigos do seu texto parâmetros de construção e interpretação do Direito de Autor.¹⁰¹

Esse tipo de sistemática – adoção de parâmetros de construção e interpretação do direito no corpo legal – não é adotado pelo Direito de Autor alemão. Mas o problema que envolve a interpretação e a construção do direito de autor e, especialmente, a questão referente à necessária composição entre os interesses individuais do titular do direito de autor e o seu significado social e econômico, foi tema de inúmeros acórdãos proferidos pela Corte Constitucional alemã.

⁹⁹ E aqui desponta evidente uma contradição na compreensão do direito de autor nos países em análise: enquanto no Brasil especialistas em direito de autor querem negar a ele qualquer função econômico-concorrencial, na Alemanha a grande preocupação indica no sentido de garantia da eficiência do instituto jurídico como medida político-econômica.

¹⁰⁰ O fato de o próprio Governo ter determinado as pautas de discussão no âmbito da terceira reforma da Lei de Direitos de Autor tem sido motivo de duras críticas. A primeira reunião, que aconteceu no dia 28 de junho de 2010, teve por tema a criação de uma proteção especial voltada a proteger o investimento de editoras. A segunda reunião, que aconteceu no dia 13 de julho de 2010, tratou do tema *Open Access*. Estão programadas para os dias 27 de setembro e 13 de outubro duas reuniões, a primeira sobre a gestão coletiva de direitos de autor e a segunda sobre obras órfãs.

¹⁰¹ “Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, e orienta-se pelo equilíbrio entre os ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais e de garantia ao pleno exercício dos direitos culturais e dos demais direitos fundamentais e pela promoção do desenvolvimento nacional.

Art. 3º-A – Na interpretação e aplicação desta Lei atender-se-á às finalidades de estimular a criação artística e a diversidade cultural e garantir a liberdade de expressão e o acesso à cultura, à educação, à informação e ao conhecimento, harmonizando-se os interesses dos titulares de direitos autorais e os da sociedade.”

No que se refere ao Brasil, a situação que se coloca é distinta. Além de a Lei de Direito de Autor em vigor não ter se ocupado em determinar parâmetros de construção e interpretação, o Supremo Tribunal Federal, até onde se tem conhecimento, apenas se manifestou timidamente sobre a questão da necessária composição entre interesses individuais e sociais vinculados ao Direito de Autor.¹⁰²

A técnica de interpretação jurídica assente determina que a adequação social dos direitos patrimoniais exclusivos garantidos ao autor sirva como lastro de interpretação e determinação dos contornos do direito garantido. Uma vez que, no entanto, não se encontra na legislação brasileira, seja em nível constitucional ou em nível infraconstitucional, padrões “oficiais” de construção e interpretação, e na falta de pauta interpretativa determinada no âmbito da corte constitucional, alguns defendem a natureza absoluta das prerrogativas patrimoniais do autor; estes ainda tacham como “intervencionismo” ou até mesmo “ditadura” menções quanto à necessidade de adequação do direito de autor a outros direitos.¹⁰³

II. No Brasil o direito exclusivo de exploração econômica garantido ao autor não é expressamente caracterizado como *propriedade*.¹⁰⁴

Também é assim na Alemanha. Em nenhum texto legal alemão vem garantida expressamente ao autor proteção patrimonial na forma de um direito

¹⁰² Nós analisamos cerca oitenta acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no período de 1954 até os dias de hoje.

¹⁰³ Vide os resultados ainda não definitivos da fase de Consulta *Pública* no site do Ministério da Cultura <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/consulta/>.

¹⁰⁴ A Constituição brasileira não garante ao autor um direito de propriedade, mas antes um direito de utilização, publicação e reprodução exclusivo de suas obras. O art. 23 da Lei nº 9.610/98 em vigor determina, por sua vez, caber ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. O reconhecimento do *jus utendi*, *jus fruendi* e *jus disponendi* nesse artigo e a equiparação do direito patrimonial do autor a bens móveis (Art. 3 da Lei 9.610/98) inspiram parte da doutrina brasileira a descobrir nesses dispositivos o tratamento das prerrogativas patrimoniais do autor como propriedade (assim Hammes, Elemento Básicos, 228). Fato é que, enquanto o legislador constitucional brasileiro garante ao inventor expressamente um direito de propriedade, ele optou, no que toca à garantia do direito de autor, a não se manifestar nesse sentido. As razões desse tratamento podem ser encontradas na história da proteção autoral no Brasil, mais especificamente na redação do antigo Art. 667 do Código Civil de 1916. Esse dispositivo garantia, por um lado, um direito de propriedade ao autor, enquanto, por outro lado, permitia a cessão do direito de paternidade. Essa norma foi alvo de ácidas críticas, o que explica o cuidado dos legisladores subsequentes a não caracterizarem as faculdades patrimoniais garantidas aos autores como uma propriedade. Vide nesse sentido GRAU-KUNTZ, Karin: *Urheberrecht in den Ländern des Mercosul*, Dissertação.

de propriedade. A caracterização das prerrogativas patrimoniais do autor como propriedade é, porém, naquele país, resultado de construção jurisprudencial.

De acordo com a Corte Constitucional alemã (BVerfG), os direitos patrimoniais do autor caracterizam propriedade em sentido constitucional, em virtude de cumprirem com a função típica da instituição propriedade.¹⁰⁵ As normas relativas às faculdades patrimoniais reconhecem ao titular do direito de autor direitos exclusivos de utilização e disposição de sua obra para que, dessa forma, o autor possa, ele mesmo e de forma independente, determinar como agir economicamente. Esse tipo de prerrogativa coincide em suas características com aquelas contidas no direito de propriedade previsto no Art. 14 da Lei Fundamental alemã: a propriedade é garantida para que cada indivíduo tenha a possibilidade (pelo menos em tese) de determinação própria dos aspectos patrimoniais de sua existência.

A determinação desse núcleo – a exploração patrimonial da obra é prerrogativa exclusiva do autor, para que assim ele possa determinar livremente os aspectos patrimoniais de sua existência – não significa, porém, que ao autor seja garantida com exclusividade toda e qualquer forma possível de exploração econômica de sua obra.

A limitação da propriedade garantida ao autor é expressa e vinculativa na jurisprudência da Corte Constitucional alemã.¹⁰⁶ E ela se justifica, uma vez que a ordem jurídica não protege apenas interesses individuais do autor, mas antes e também uma série de interesses coletivos. O conteúdo do direito patrimonial do autor, que tem no seu núcleo a idéia de autodeterminação econômica da pessoa do autor, é então determinado no direito alemão em consideração aos parâmetros de proteção fornecidos por uma série de outros direitos sociais também protegidos pela ordem jurídica.

Da análise da jurisprudência proferida no âmbito constitucional retiramos:¹⁰⁷

¹⁰⁵ Vide *infra*, no Anexo trechos de uma série de acórdãos proferidos pela Corte Constitucional alemã (BVerfG).

¹⁰⁶ Vide anexo *infra*.

¹⁰⁷ Vide anexo *infra*.

a) o núcleo das prerrogativas patrimoniais do direito de autor é a autodeterminação econômica do autor;

b) os contornos dos direitos que emanam do núcleo da proteção patrimonial são traçados em consideração ao bem-estar social;

c) ao interesse individual do autor não é reconhecida primazia hierárquica sobre o interesse da coletividade;

d) o bem comum não é apenas a razão do desenho do direito patrimonial de autor adequado aos interesses da coletividade, mas também o parâmetro para a determinação dos contornos do conteúdo do direito patrimonial do autor, i.e., os contornos impostos às prerrogativas patrimoniais exclusivas do autor não podem ir além daquilo que se exige para o fomento do bem-estar social;

e) o legislador infraconstitucional está obrigado a considerar, no ato de produção legislativa, tanto os interesses patrimoniais individuais do autor, como também os interesses da coletividade. As leis devem ser elaboradas tendo como pauta a proporcionalidade nas prerrogativas garantidas e a igualdade de tratamento dos interesses envolvidos;

f) ao legislador e ao juiz cabe a tarefa de concretizar as normas de acordo com as pautas da proporcionalidade e da igualdade.

Resta, então, evidente que a construção do conteúdo do direito de autor na Alemanha é procedida pelo método da composição de interesses. Nesse país, não há como querer sustentar a primazia de direito de autor sobre interesses sociais ligados a cultura, educação, informação etc. Também não há como sustentar – numa visão altamente individualista – que ao Estado caberia proporcionar a satisfação dos interesses coletivos, enquanto o autor mereceria proteção privilegiada, como se ele não fizesse parte do todo social.

III. A análise da aplicação do método de composição de interesses para a determinação do conteúdo do direito de autor alemão serve aqui especialmente como um meio de desmistificação dos riscos desse método jurídico. Contradizendo manifestações temerosas no âmbito da *Consulta Pública*

brasileira, a preocupação com a composição entre interesses individuais do autor e os interesses coletivos em nada estorvou a produção intelectual na Alemanha, ou ainda retrocedeu o desenvolvimento econômico do país. Nesse sentido, a argumentação crítica que vem sendo feita no Brasil em relação à introdução de parâmetros de interpretação e construção no Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos de Autor é a evidência máxima da premente necessidade de adoção desses parâmetros.

Por fim, resta ainda notar que a Corte Constitucional alemã é bem esclarecida quanto à função econômica da vertente patrimonial do direito de autor.

No Brasil, não obstante o fato de os autores do Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos de Autor também terem esse aspecto bem esclarecido, o resultado da *Consulta Pública* vem demonstrando, como já mencionado, dificuldades de compreensão do tema por parte dos cidadãos brasileiros e até mesmo de especialistas na matéria.¹⁰⁸ Nesse sentido, porque o direito de autor tem em sua raiz a pessoa do autor, há quem queira negar a ele qualquer caráter econômico e, assim, negar que seu exercício devesse ser adequado às regras de funcionamento do mercado (direito da concorrência, direitos de proteção ao consumidor etc.). Porém, entendida a vertente patrimonial do direito de autor como uma prerrogativa voltada a possibilitar ao autor sua autodeterminação patrimonial, desponta evidente a natureza econômica desse direito. Em miúdo, para que reste realmente esclarecido, o valor jurídico da individualidade do autor na raiz da vertente patrimonial faz que ele, o autor, desponte como o titular de direitos de atuação econômica exclusiva (exploração econômica da obra). A atuação econômica exclusiva, ou ainda a exploração econômica da obra, porém, não ocorre no âmbito individual do autor, mas fora dele, no mercado. Enquanto a obra permanecer no âmbito individual do autor, ou seja, enquanto ela não for posta no mercado, seu valor econômico será apenas potencial.

¹⁰⁸ Vide os resultados ainda não definitivos da fase de Consulta Pública no site do Ministério da Cultura <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautorale/consulta/>.

3. Das chamadas “limitações” do Direito de Autor¹⁰⁹

I. A consideração dos resultados fornecidos até a data de hoje no âmbito da *Consulta Pública* no Brasil deixa evidente que o nó górdio nas críticas tecidas em relação às inovações propostas no texto do Anteprojeto de Lei encontra-se no método adotado de composição de interesses.

Mesmo deixando de lado o radicalismo de algumas manifestações, que parecem ter sido proferidas em um cenário legal típico do momento histórico da Revolução Francesa, fica patente o tradicionalismo na compreensão do direito de autor no Brasil. E esses traços tradicionalistas, como é de se presumir, também estão presentes na Lei de Direito de Autor brasileira em vigor (Lei nº 9.610/98).

Um exemplo, aqui, é a disposição do art. 46, II, onde vem determinado apenas serem permitidas as reproduções, em um só exemplar e de “pequenos trechos” de obras, desde que para uso privado do copista e desde que feita por ele próprio e sem intuito de lucro. Nesse dispositivo, o interesse legítimo do usuário da obra sofre com a prevalência do interesse individual do autor. Ademais, por pressupor uma intromissão na esfera privada do usuário (só assim o autor poderia exercer suas prerrogativas de controle vinculadas à expectativa de abstenção em relação ao usuário), a norma é viciada de ilegalidade.

No texto do Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos de Autor, o Ministério da Cultura inovou, ampliando a autorização de cópia a um exemplar da obra. Mas também essa nova redação do artigo não supre a deficiência no equilíbrio dos interesses e a ilegalidade normativa. Cópia privada não é objeto de controle do direito de autor. O parâmetro para a determinação do número de cópias a partir do qual o uso privado não poderia mais ser caracterizado como tal, deve ser retirado do objetivo da reprodução, i.e., da utilização privada voltada à satisfação de necessidades pessoais. A cópia limitada a um exemplar não é,

¹⁰⁹ Note-se que o direito é aquilo que ele contém e nesse sentido não é correto falar em “limitações” de um direito. Assim, a propriedade pode ser limitada, o *direito* de propriedade não; no mesmo sentido as prerrogativas econômicas exclusivas do autor, mas não o direito patrimonial de autor.

em diversos casos, suficiente para satisfazer as necessidades pessoais vinculadas à utilização privada.

Mas, apesar da patente insuficiência na busca de equilíbrio na composição de interesses no texto do Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos de Autor, também essa nova redação tem sido objeto de amplas críticas. Isso porque no Brasil persiste o entendimento equivocado de que o direito de autor garantiria ao seu titular uma prerrogativa de controle de atos privados.

O direito de autor, nunca é demais insistir, não garante ao seu titular prerrogativas de controle da esfera privada do usuário da obra. A esfera privada do usuário é protegida constitucionalmente. O direito patrimonial de autor, como bem diz a palavra “patrimonial”, apenas (e sem que a palavra “apenas” queira significar menor valor) garante a possibilidade de exigir abstenção de atos de utilização econômica da obra por terceiros.

II. No que tange à reprodução privada de obras na Alemanha, a regra prevista no §53 da Lei de Direitos de Autor determina ser livre a utilização de obras intelectuais para fins privados e sem fins comerciais.¹¹⁰ Por exclusão, afirma-se então que ao titular do direito de autor é garantido um direito exclusivo de exploração econômica da obra, e não pretensão de controle sobre o uso privado da obra. Esse tipo de pretensão, se reconhecida, significaria uma intromissão na esfera privada do usuário, o que seria ilegal frente ao direito alemão.

Utilização privada, para o direito alemão, é aquela que ocorre no âmbito privado e para satisfação de necessidades pessoais. Âmbito privado, por sua vez, abarca uma utilização direta pelo adquirente do suporte que incorpora a obra, ou por pessoas ligadas a ele por um vínculo pessoal, i. é., sua família ou círculo de amigos. Se o uso da obra servir de forma direta ou indireta para fins comerciais, então não se tratará mais de uso privado.¹¹¹

¹¹⁰ Para todo esse capítulo vide, entre muitos outros, LÖWENHEIM (Org.), *Handbuch des Urheberrechts*. München: C.H. Beck, 2003.

¹¹¹ Note-se, porém, que o consumo de músicas em uma festa de casamento fechada, por exemplo, realizada no espaço de um restaurante, não gera, frente ao direito alemão, obrigação alguma de pagamento de direitos de autor. A razão é simples: a relação comercial só está caracterizada entre aquele que aluga o espaço do restaurante e aquele que oferece o espaço em aluguel. A essência do negócio, ou seja, o ato

As reproduções privadas, como uma categoria de utilização privada, são livres na Alemanha. A lei, naquele mesmo § 53, refere-se a “algumas reproduções”, isto é, usa a palavra reprodução no plural e a vincula ao vocábulo “algumas”. Não há assim limitação legal quanto ao número de cópias permitidas. Na linha de não incidência do direito de autor aos atos de natureza privada, a reprodução poderá ocorrer em qualquer tipo de suporte, podendo até mesmo ser levada a cabo por terceiros. A lei alemã também não exige que a reprodução seja feita a partir de um suporte próprio; o que ela exige é que o copista tenha tido acesso a esse suporte de forma legítima.

III. Duas são as exceções à regra de liberdade de reprodução para fins privados. A primeira diz respeito à cópia de partituras, ao passo que a segunda refere-se a cópia integral de livros.

No primeiro caso, o legislador alemão determinou que a cópia não autorizada de edição de partituras só seria permitida se feita à mão, pelo próprio copista. A preocupação que deu ensejo a essa exceção encontramos na manifestação expressa do legislador em garantir aos compositores, e especialmente aos editores de partituras, uma proteção especial. Ocorre que, com o desenvolvimento e expansão dos serviços de fotocópia nos anos 70 do século passado, tornou-se usual a reprodução de partituras que, por sua vez, eram distribuídas aos membros de coros ou orquestras. As editoras de partituras, que naquela época não contavam com as facilidades gráficas que hoje faz parte do nosso cotidiano, chocadas com a possibilidade de cópia e risco de perda da chance de amortização do investimento realizado na produção da edição musical, reclamaram por uma proteção especial, ao que o legislador alemão respondeu excepcionando na reforma da lei autoral de 1985 a regra de liberdade de cópia.

Também a exceção voltada à proibição de cópias integrais de livros e revistas foi introduzida na legislação autoral alemã por meio da reforma de 1985. Na mesma linha da exceção prevista às partituras, o dispositivo referente à

que dará origem a uma compensação econômica é o colocar a disposição o espaço para a realização da festa. O que ocorrerá posteriormente, dentro desse espaço, não é parte do contrato e, portanto, cai no âmbito da esfera privada dos noivos. Vide OGH, Acórdão de 27.1.1998, 4 Ob 347/97^a.

proibição de cópias integrais de livros e periódico expressou uma preocupação especial com os interesses de editoras, no caso especialmente de editoras de obras de conteúdo científico, frente ao desenvolvimento da tecnologia de fotocópia.

Essas exceções só encontraram espaço na Lei de Direitos de Autor alemão em razão do momento histórico em que foram produzidas. Nos anos 80 do século passado, a tecnologia de reprodução ainda engatinhava, de forma que o recurso de consagrar uma proteção especial ao modelo de negócio das editoras através do direito de autor também pode ser considerado excepcional e assim ser tratado com alguma condescendência. Mas mesmo esse fato não permite que se ignore não ser possível, seja do ponto de vista legal, como também do fático, controlar a esfera privada do usuário.

Se nos dias de hoje o legislador alemão decidisse excepcionar da regra de liberdade de reprodução privada todos os interesses individuais “prejudicados” pelo desenvolvimento dos aparelhos de reprodução, ou dos suportes de armazenamento de obras intelectuais, então veríamos no direito alemão uma inversão de valores: a exceção acabaria por ser a cópia privada livre. Além disso, veríamos um forte protecionismo do Estado em relação à indústria de direito de autor, que estaria protegendo modelos de negócios contra os efeitos do desenvolvimento tecnológico e, concomitantemente, apresentando a conta dessa medida ao usuário.

Recordando a linha de argumentação adotada pela Ministra da Justiça alemã no discurso acima analisado, e lembrando que um dos temas das reuniões convocadas toca exatamente aos interesses do setor editorial, não parece ser necessário grande talento visionário para arriscar afirmar que os dias de existência dessas regras de exceção da liberdade de cópia privada estão contados.

IV. Além da regra sobre a liberdade de reprodução privada, a preocupação do legislador alemão com uma composição de interesses equilibrada encontra ainda manifestação naquele mesmo § 53 da Lei de Direitos de Autor, nos chamados “*outros usos próprios*”. Considerando o interesse da

coletividade em ter livre acesso às informações, e levando em conta que a reprodução de obras intelectuais se faz necessária para que se alcance esse fim, o legislador alemão determinou expressamente outras formas livres de reprodução de obras intelectuais.

A base jurídica que legitima a liberdade de reprodução nesses casos é a função social da propriedade e a determinação de que o autor está obrigado a permitir que terceiros utilizem sua obra em certas condições, em virtude de não haverem autores destacados de um contexto cultural comum a todo o grupo social, o que, por sua vez, faz pressupor que toda e qualquer criação intelectual tenha sempre por fundamento outras criações intelectuais anteriores. Nessas regras, há o reconhecimento da criação intelectual como parte de um processo que exige sempre um dar e um receber.¹¹²

O conceito legal de “*usos próprios*” caracteriza uma categoria, da qual o *uso privado* faz parte como subcategoria. Enquanto somente às pessoas naturais é reconhecida a possibilidade de utilização privada de uma obra intelectual, e enquanto essa utilização só pode ocorrer sem que com ela se pretenda alcançar direta ou indiretamente fins econômicos, o conceito de “*uso próprio*” abarca a utilização de obras intelectuais no âmbito privado, quando voltadas à consecução de determinados fins econômicos, bem com a utilização da obra por pessoas jurídicas.

Nesse sentido, é permitida a reprodução nos casos apresentados a seguir.

a) em alguns exemplares, voltada à satisfação de fins científicos, se e quando essa reprodução for necessária para a consecução da finalidade científica e se com ela não se visar vantagem econômica.

A preocupação do legislador nesse dispositivo foi satisfazer o interesse coletivo de fomento do desenvolvimento científico, bem como evitar que o direito

¹¹² Vide LÖWENHEIM, Ulrich § 31, Einzelfälle des Urheberrechtsschranken, in LÖWENHEIM (Org.), Handbuch des Urheberrechts. München: C.H. Beck, 2003, p. 423.
246

individual garantido ao autor venha estorvar o exercício de atividade científica de, por exemplo, instituições de pesquisas.

De acordo com essa regra, pessoas jurídicas que atuem na área científica gozam de liberdade de reprodução de obras intelectuais, desde que tais reproduções sejam necessárias para cumprir com a finalidade de pesquisa e estudo científico, e desde que não sirvam a satisfazer objetivo econômico.

Ao autor, como será visto no item seguinte IV, é garantido um direito de remuneração compensatória. Esse direito, porém, não se origina do ato de reprodução, mas antes do emprego de aparelhos voltados para esse fim. A remuneração, nesse caso, não é devida pelo usuário, mas pelo produtor e /ou comerciante daqueles aparelhos.

b) em alguns exemplares, voltada à integração dos exemplares em arquivo próprio da instituição que reproduz.

Ao determinar essa possibilidade de reprodução de obras intelectuais, o legislador pretendeu facilitar o armazenamento de cópias de obras, seja para fins de conservação, seja para fins de otimização de espaço.

A condição, aqui, é que o arquivo mantido pela instituição reprodutora seja voltado a atender interesses públicos, ou seja, que a utilização do arquivo não esteja vinculada a fins econômicos. Ademais, a reprodução deve ser necessária para atender a finalidade de arquivamento, e ainda é necessário que a cópia seja feita a partir de obra própria, isto é, da obra já anteriormente integrada ao acervo da instituição em questão.

As bibliotecas podem então reproduzir as obras que já estejam incorporadas ao acervo para fins de arquivamento. A reprodução, porém, só é permitida em suporte de papel ou em outro tipo de suporte vinculado a processo fotomecânico, como microfilme, por exemplo. A possibilidade de armazenamento digital não está prevista na lei.

Também aqui o autor contará com uma remuneração que, como será visto no item *infra* IV, não é devida pelo ato de reprodução, mas antes em razão da existência de aparelhos no mercado voltados para esse fim.

c) em alguns exemplares, de obras sobre temas cotidianos transmitidas por meio de radiodifusão, voltadas à satisfação de fins informativo.

Enquanto o § 49 da Lei de Direitos de Autor alemã permite de forma ampla a reprodução de notícias de conteúdo diário, o § 53, (2) Nr. 3, por sua vez, determina ser livre a reprodução de notícias atuais, originariamente transmitidas por radiodifusão, para fins de sua divulgação nos limites da estrutura de uma empresa ou de um órgão público.

Como nos itens anteriores, no que diz respeito à remuneração compensatória, reporta-se ao item *infra* IV.

d) Em alguns exemplares, de pequenas partes de obras já publicadas, ou de contribuições independentes publicadas em jornais ou revistas.

Enquanto o § 53 (1) determina ser livre a reprodução privada que não tenha por fim a consecução direta ou indireta de objetivos econômicos, o § 53 (2) determina também ser livre a reprodução de pequenas partes de obras publicadas, independentemente do objetivo que com ela se persiga. Isso significa que a reprodução de pequenas partes de obras no âmbito do exercício profissional também é livre.

Esse dispositivo é o resultado da preocupação do legislador alemão em equilibrar o direito patrimonial do autor com o interesse de bom exercício de atividade profissional. Sujeitar o usuário a uma restrição ampla de cópias o obrigaria a ter de adquirir todos os exemplares de obra que viesse a necessitar para exercer sua atividade profissional, o que significaria um ônus desequilibrado a ser pago pelo usuário de obras intelectuais.

Uma vez que o comércio de aparelhos capazes de reproduzir obras, bem como o de suportes de armazenamento, está sujeito ao recolhimento de uma contribuição remunerativa, o titular dos direitos de autor receberá também, nesse

caso, uma remuneração vinculada ao processo de reprodução. Vide item IV *infra*.

e) em alguns exemplares, de obra esgotada há mais de dois anos.

Toda obra intelectual tem em sua base a produção cultural do grupo social a que pertence o autor. O autor então desenvolve o seu trabalho intelectual a partir de um patrimônio cultural que não lhe é exclusivo, mas antes comum a todos os membros de sua comunidade cultural. A expressão pessoal do autor, por sua vez, é adicionada à base do patrimônio cultural comum, e assim a obra passa a ser caracterizada como a produção intelectual de um autor específico. Por sua vez, ao ser levada ao público, também essa nova obra será incorporada ao patrimônio cultural, enriquecendo-o. E os autores de gerações subsequentes, então, contarão com o patrimônio intelectual enriquecido como a matéria-prima, que lhes possibilitará desenvolverem novas obras intelectuais. Nesse sentido, entre autor e patrimônio cultural há uma relação de simbiose.

Tendo essa relação em vista, o legislador alemão determina que a obra esgotada, e conseqüentemente não explorada há mais de dois anos, é livre para ser reproduzida.

Também aqui se reporta à leitura do item IV *infra*.

Note-se ainda que a *essência* desse dispositivo é bastante semelhante àquela do art. 52 B, I, do Anteprojeto de Reforma da Lei de Direito de Autor brasileiro. Naquele documento, a previsão é de concessão de licença não voluntária da obra que, já dada ao conhecimento do público há mais de cinco anos, não estiver mais disponível para comercialização em quantidade suficiente para satisfazer as necessidades gerais do público. Por trás desse dispositivo também encontramos a relação de simbiose entre autor e patrimônio cultural.

f) a reprodução de pequenas partes de uma obra, ou a reprodução integral de obras de dimensão limitada, ou ainda a reprodução de contribuições isoladas de jornais ou revistas já publicadas ou já dadas ao conhecimento do público, quando estas forem utilizadas:

- *durante aulas em escolas, em órgãos educativos de formação profissional sem fins comerciais, e desde que em número adequado à quantidade de alunos;*

- *em exames públicos, ou provas de escolas, universidades, ou instituições de formação profissional sem fins lucrativos, desde que limitada ao número dos alunos.*

A reprodução das obras didáticas, aquelas elaboradas com a finalidade pedagógica precípua, depende de autorização do autor.

Essa norma tem em conta o fato de a produção de cópias de partes de obras intelectuais fazer parte do método de ensino moderno. Permitir ao autor controlar esse tipo de reprodução significaria garantir a ele um direito que, por fim, exigiria uma alteração do método de ensino, o que resultaria em uma situação altamente desequilibrada, em que os direitos individuais estariam prevalecendo sobre interesses de natureza educativa.

Note-se que o legislador alemão não garante liberdade de cópia às instituições de ensino que perseguem fins lucrativos – o que é exceção naquele país, por ser o ensino público. Ademais, os livros didáticos, ou seja, aqueles elaborados sob medida para serem utilizados como material didático de acompanhamento de aulas, não estão abarcados pela norma.

V. Além dos casos acima transcritos, o direito de autor alemão ainda conhece uma série de outras limitações que, em atenção aos limites deste ensaio, não poderão ser objeto de estudo. Nossa intenção, porém, ao propormos o estudo dos casos de “*uso próprio*”, foi cumprida: a preocupação do legislador alemão na determinação de um conteúdo equilibrado do direito de autor resta aqui evidente.

Ao contrário do que vem sendo afirmado no âmbito da *Consulta Pública* brasileira, não é verdade que os países mais desenvolvidos economicamente não demonstrem preocupação com os interesses sociais. Muito pelo contrário, espera-se demonstrado que a tendência na Alemanha, um país que pode ser

qualificado como desenvolvido, indica que, quanto maior a importância econômica dos direitos patrimoniais de autor, maior é a tendência de equilibrar socialmente esse direito econômico individual.

O que se afirma fica ainda evidente, por exemplo, na discussão sobre a forma de interpretação daquilo que se convencionou denominar “limitações de direitos de autor” no direito alemão. É comum aos manuais tradicionais do direito de autor, elaborados originariamente nos anos 80 e 90 do século passado, a defesa de uma interpretação restritiva delas.¹¹³ A tendência dos trabalhos acadêmicos contemporâneos, contudo, indica em outra direção.

Autores modernos, como METZGER,¹¹⁴ por exemplo, lembram que a Corte Constitucional alemã não trata os direitos fundamentais sob uma perspectiva de uma relação linear de regra–exceção; ademais, em nenhum de seus acórdãos aquela Corte formulou uma pauta de interpretação das normas infraconstitucionais de direito de autor. Assim, também no que toca à interpretação das “limitações” do direito de autor, a consideração do interesse da coletividade, expresso no primado da função social da propriedade, coloca-se imprescindível. A regra então é que as “limitações” sejam interpretadas de forma equilibrada, e não de forma restrita.

VI. Por fim, ainda no âmbito da terceira reforma da Lei de Direitos de Autor alemã, nota-se uma série de exigências por parte dos setores interessados no sentido de correções do texto legal.¹¹⁵

As bibliotecas e instituições de pesquisa científica, por exemplo, vêm reclamando a extensão dos direitos de reprodução, especialmente no sentido de permissão de arquivamento em forma digital.

¹¹³ Vide, por exemplo, GÖTTING, Horst-Peter. § 30 – Übersicht zu Urheberrechtsschranken, in LÖWENHEIM (Org.), Handbuch des Urheberrechts. München: C.H.Beck 2003 pág. 412.

¹¹⁴ METZGER, Axel. *Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: “Fair Use” oder enge Einzelatbestände?*, in LEISTNER, Matthias (Org.). Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, pág. 16 s.

¹¹⁵ Vide o documento preparado pela aliança de institutos científicos, como a Max-Planck-Gesellschaft, a Alexander von Humboldt-Stiftung entre outras no endereço: http://www.allianzinitiative.de/fileadmin/user_upload/Home/Desiderate_fuer_Dritten_Korb_UrhG.pdf

Outra proposta que merece destaque é a introdução de um “segundo direito de publicação” no que se refere a obras científicas. Nesse sentido, seria garantido ao autor de obra científica, depois de transcorrido um prazo adequado para que o editor da primeira publicação possa amortizar o investimento, a possibilidade de publicar o seu trabalho científico uma segunda vez. Esse direito, que não caracterizaria uma imposição ao autor de um trabalho científico, garantiria a ele maior liberdade de decisão sobre o grau de divulgação de suas teses científicas, e a coletividade aproveitaria com a melhora no acesso aos resultados de trabalhos científicos.

4. Remuneração compensatória

A regra de remuneração compensatória é um instrumento de composição de interesses típico da sociedade de informação. Se, por um lado, ela garante ao autor uma remuneração pelas reproduções do conteúdo intelectual protegido, por outro lado exige essa remuneração daqueles que exercem atividade econômica vinculada – mesmo que indiretamente – à exploração do conteúdo protegido.

O direito de autor alemão determina, no § 54 da Lei de Direitos de Autor, que os produtores, comerciantes e importadores de aparelhos de reprodução e de suportes de armazenamento estão obrigados a prestarem ao autor uma remuneração compensatória.

Note-se que o direito de remuneração compensatória do titular das faculdades patrimoniais do direito de autor não é devido por aquele que reproduz ou armazena o conteúdo intelectual protegido, mas antes por aqueles que produzem e comercializam aparelhos capazes de reproduzirem obras intelectuais, ou que produzam e comercializem suportes adequados ao armazenamento de conteúdo intelectual protegido.

O Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos de Autor brasileiro não prevê norma que determine a obrigação de pagamento de remuneração compensatória

pela produção e comercialização de aparelhos de reprodução e suportes de armazenamento de conteúdo intelectual. A única inovação nesse sentido foi feita com a introdução de um dispositivo – que, da forma como proposto, pede revisão – que determina remuneração compensatória devida pela prestação de serviço de fotocópia.

5. Sobre o usuário da obra ou ainda sobre a “crise do direito de autor”

I. No discurso proferido em Berlim, a Ministra da Justiça alemã criticou a opinião dos chamados “*digital natives*”, no sentido de que as fraquezas da aplicação do direito de autor na Internet deixaria pressupor a falta de validade desse direito. A Ministra da Justiça retrucou esclarecendo que o fato de uma violação jurídica ser frequente não justifica poder caracterizar o direito como irrelevante. Essa afirmação, porém, refere-se apenas ao aspecto vinculado à *legalidade* do direito. Ela não permite que se ignore que a constância e a insistência de violação do direito de autor é um forte indício de seu baixo grau de *legitimidade social*.

A teoria jurídica identifica três formas distintas de validade:¹¹⁶

a) a validade jurídica (validade do “dever-ser”);

b) a validade fática (a validade do “ser”);

c) a validade moral (a validade em razão do reconhecimento social da norma por seus destinatários).

Essas três categorias de validade interagem entre si. Assim, por exemplo, a validade jurídica não será efetiva quando a norma não for cumprida pelos destinatários, ou, ainda, faltando validade moral, a validade jurídica será colocada em risco.

¹¹⁶ Vide RÜTHERS, Bernd, op.cit., p. 231 ss.

Somente a interação harmônica entre as três categorias de validade é capaz de levar à formação de *consciência jurídica*, visto que somente por meio dessa interação a *obediência* devida no âmbito de validade jurídica se transformará em *convencimento jurídico* (validade moral).

A interação harmônica das categorias de validade depende, por sua vez, da determinação de um conteúdo *equilibrado* do direito.

Não se pode negar que o direito de autor moderno sofre de latente disfunção em sua estrutura de validade. Uma grande parte dos usuários de conteúdos intelectuais, i.e., uma grande parte dos destinatários das pretensões de abstenção contidas nas prerrogativas patrimoniais do autor, não se identifica com o conteúdo do direito, negando a ele validade moral, colocando em risco sua validade fática e, assim, estorvando sua validade jurídica. O ponto de vista defendido por aqueles que se autodenominam “*digital natives*”, ponto de vista que de tão rico em força argumentativa ganhou até mesmo menção explícita no discurso da Ministra da Justiça alemã, é prova dessa disfunção.

Nesse quadro de crise, aqueles incumbidos com a responsabilidade de reformar o direito de autor vigente estão diante de uma tarefa muito delicada.

Por um lado, eles devem garantir a proteção autoral, de forma que ela continue viabilizando o funcionamento de todo um setor econômico importantíssimo na economia moderna. É inegável que sob essa perspectiva econômica o direito de autor cumpre com o papel de *instrumento de proteção de investimento*.

Por outro, eles devem ter em mente que a extensão do direito de autor como uma medida de proteção de modelos tradicionais de exploração econômica de bens intelectuais significaria um intervencionismo indesejado no modelo de economia de mercado. Nesse modelo, concorrência e superação de modelos econômicos tradicionais traduzem o motor do desenvolvimento econômico e, por conseguinte, do fomento do bem-estar social. A indústria de exploração de conteúdos intelectuais precisa então adaptar-se às transformações tecnológicas.

Além desses aspectos econômicos, os responsáveis por reformas no direito de autor não podem perder de vista que a decisão política de garantia de proteção patrimonial exclusiva ao autor exige, ainda e concomitantemente, a consideração de uma série de direitos coletivos protegidos pelo ordenamento jurídico. O conteúdo do direito de autor maculado pelo desequilíbrio na composição entre os interesses individuais e coletivos é semente de instabilidade social.

Ademais, é fundamental a consideração dos interesses dos usuários das obras intelectuais. O progresso tecnológico abriu um leque de novas possibilidades de utilização desses conteúdos e, ao mesmo tempo, transformou o comportamento de seus usuários. O consumo de produtos cujas funções e utilidades estão acopladas à utilização de bens intelectuais não é apenas comum, mas também estimulado como um fator imprescindível de funcionamento da estrutura econômica do mercado. A economia moderna funciona então ao toque de desenvolvimento tecnológico rasante, de inovação e superação em um curto espaço de tempo de toda uma geração de produtos. Em outras palavras, quanto mais “descartáveis” as tecnologias, maior o fluxo de consumo no mercado e, conseqüentemente, maior a circulação de capital e o estímulo de desenvolvimento de novas tecnologias.

Do consumidor espera-se, por sua vez, que esteja disposto a consumir seguindo o ritmo da superação tecnológica rasante. A atratividade desse tipo de consumo é encontrada nas possibilidades cada vez mais sofisticadas e qualitativas de utilização de conteúdo de obras intelectuais. No entanto, espera-se que o consumidor – agora também chamado de usuário de obras intelectuais – restrinja-se nessa utilização. Em outras palavras, o mercado acena com uma mão com uma grande variedade de produtos que prometem utilização de conteúdos intelectuais; com a outra mão, porém, o direito de autor breca o consumidor na utilização das possibilidades prometidas pelos produtos oferecidos no mercado. Não é necessário conhecimento profundo em economia, psicologia de consumo ou direito de autor para intuir que esse tipo de modelo está fadado ao fracasso retumbante. Aqui basta o recurso ao bom senso.

O fato de o direito de autor ter a pessoa do autor na raiz das prerrogativas garantidas por lei dificulta sobremaneira a compreensão desse instituto jurídico. Muitos são aqueles com dificuldades em entender que, apesar de a garantia jurídica de faculdades patrimoniais reportar à pessoa do autor, essas faculdades só poderão cumprir com seu destino econômico quando destacadas da pessoa do autor e oferecidas ao mercado.

A falta de compreensão desse aspecto tem sido fatal, já que a tendência, especialmente no Brasil, é de esquecer que o usuário da obra intelectual é o destinatário das pretensões de abstenção vinculadas à garantia exclusivas patrimoniais do autor, ou seja, que é ele o grande responsável por emprestar legitimidade ao direito de autor.

Por mais que soe dolorido aos ouvidos dos titulares dos direitos de autor, a verdade é que, enquanto o direito de autor não ganhar junto aos destinatários forma de *convencimento jurídico*, ele só poderá ser imposto pela lei das baionetas, e controle desse tipo, além de praticamente impossível no meio virtual, está fadado a somente funcionar enquanto as baionetas estiverem em riste. Relaxe-se o braço, e o direito deixará de ser respeitado.

Assim, o titular de direitos de autor que sonhe ver os passantes chocados com o ambulante que expõe em sua banca CDs e DVDs piratas, da mesma forma que os passantes hoje se chocariam com o ambulante que expusesse à venda armas de fogo, deveria estar empunhando a bandeira do equilíbrio de interesses e estar desfilando com ela em praça pública.

ANEXO - Jurisprudência da Corte Constitucional alemã

Corte Constitucional alemã, acórdão proferido no caso “Kirchenmusik”

(BverfG 49, 392 ss, de 25.10.1978, “Kirchenmusik”)

“1. 1. (...)”

2. Parâmetro de exame para essa regra de caráter patrimonial é a garantia do Art. 14, (1) da Lei Fundamental.

O Tribunal Constitucional decidiu, no acórdão BVErfG 31 229, [238 ff.] = NJW 1971, 2163 que, do ponto de vista patrimonial, a obra criada pelo autor e o trabalho intelectual nela incorporado é propriedade no sentido do Art. 14 (1) da Lei Fundamental. Da garantia constitucional nasce a pretensão do autor de exploração econômica dessa “propriedade intelectual”. Não apenas os direitos patrimoniais regulados individualmente na Lei de Direito de Autor são protegidos constitucionalmente, mas também o direito potencial de disposição e exploração. Dentro dos limites de sua tarefa reguladora pautada pelo Art. 14 (2) da Lei Fundamental, o legislador é basicamente obrigado a garantir o resultado patrimonial da criação intelectual ao autor e garantir a ele a liberdade de dispor dele [*do resultado patrimonial*] da forma que melhor lhe aprouver. Porém, ele está especialmente obrigado a, no que diz respeito às peculiaridades do conteúdo do direito de autor, definir parâmetros apropriados que assegurem a utilização correspondente à natureza e ao significado social do direito e a sua justa exploração.”

Corte Constitucional alemã

(BverfG, 77, 263, de 4.11.87)

“ (...) III

Com relação à ordenação constitucional do Direito de Autor em vinculação com o Art. 14 (1) sentença 1 da Lei Fundamental o Tribunal Constitucional manifestou-se basicamente em seu acórdão de 7 de julho de 1971 (BVerfGE 31, 229; 31, 248; 31, 255 e 31, 270). Parte-se [*no acórdão*] do princípio de que o Direito de Autor é propriedade no sentido do Art. 14, (1) da Lei Fundamental e que os direitos patrimoniais do autor – da mesma forma como ocorre com a propriedade sobre bens materiais – necessitam ser conformados pela ordem

jurídica. O legislador deve, no exercício da tarefa de determinação do conteúdo e das limitações da propriedade (Art. 14, (1), sentença 2 da Lei Fundamental), levar em consideração o cerne da proteção constitucional do Direito de Autor. Assim, é característica do Direito de Autor como propriedade no sentido da Lei Fundamental a ordenação categorial dos resultados patrimoniais do esforço criativo pelo caminho de normatização [*de natureza*] de direito privado, e pelo reconhecimento ao autor de liberdade de deles dispor [*do resultado do esforço criativo*] ao seu bel prazer. Essa ordenação categorial da faceta patrimonial do Direito de Autor não significa, porém, que qualquer possibilidade de exploração seria garantida constitucionalmente (vgl. BVerfGE 31, 229 [240 s.]).

Na decisão tomada em acórdãncia com o antigo texto legal do § 27 da Lei de Direitos Autorais (UrhG) foi expressado que o legislador, com o reconhecimento do direito de distribuição no § 15 (1), Nr. 2 e § 17 da Lei de Direitos de Autor (UrhG), satisfaz suficientemente as exigências do Art. 14 da Lei Fundamental manifestadas na possibilidade de exploração econômica adequada da obra. Não pode ser razão de objeção o fato dele [*o legislador*] ter partido do princípio de que, de acordo com § 17 (2) da Lei de Direitos Autorais (UrhG), o direito de distribuição se esgota com a alienação do suporte material da obra. Da garantia constitucional do Direito de Autor não podem ser retiradas pretensões de que o autor, depois da exaustão do direito de distribuição, seja mais uma vez remunerado, quando um exemplar da obra adquirido licitamente venha a ser emprestado ou alugado. Se apesar disso o legislador reconheceu uma pretensão nesse sentido, então ele também está autorizado a limitar essa nova pretensão de remuneração aos casos de aluguel com fins econômicos. Mesmo se o condicionamento do aluguel para fins comerciais não fosse objetivo ou aleatório o autor não teria nenhum direito fundamental garantido constitucionalmente de receber por todo e qualquer aluguel uma remuneração. O legislador pode, sem violar a Constituição, deixar de levar em consideração a regra do § 27 (1) da Lei de Direitos Autorais (UrhG) e reestabelecer o estado antigo, ou seja, o de livre permissão de aluguel de exemplares de obra sem a autorização do autor (vgl. BVerfGE 31, 248 [252 f.]) (...)"

Corte Constitucional alemã

BverfG 1 BvR 587/88

“No que diz respeito ao direito de autor, o Tribunal Constitucional decidiu (...) que são características constitutivas do direito de autor como propriedade no sentido constitucional a garantia básica de que o resultado da atividade criativa seja garantido ao autor por meio de normas de caráter privado e a liberdade para que ele possa dispor desses resultados da forma que mais lhe aprouver. Isso não significa, porém, que qualquer possibilidade de exploração seja garantida constitucionalmente. Em particular é competência do legislador, nos limites do conteúdo do Art. 14 (1), sentença 2 da Lei Fundamental, definir parâmetros objetivos que garantam o aproveitamento e exploração adequada correspondente a natureza e ao significado social do direito (vide BVerfGE 31, 229 “240 s.”).”

Corte Constitucional alemã, acórdão proferido no caso “Germania 3 - ”

(BVerfG, 1 BvR 825/98 vom 29.6.2000)

„(...) B, I,

b) O Art. 5, (3) sentença 1 da Lei Fundamental garante de forma ampla a liberdade de ação no âmbito artístico; são protegidos o âmbito das obras e o âmbito de eficácia [*da proteção*]. Sentido e função desse direito fundamental é, assim, garantir especialmente o livre desenvolvimento do processo de criação artística sem intervenções do poder público (vide BVerfGE 30, 173 <190>). Com isso a proteção garantida através da liberdade artística não será por isso eliminada, mesmo quando se trate da apresentação de um tema político (vide BVerfGE 67, 213 <227 s>).

A liberdade artística é, na verdade, incondicional, porém não ilimitada. As limitações são retiradas dos direitos fundamentais de outros sujeitos de direito (por exemplo direitos de personalidade de acordo com o Art. 2 (1) em conexão

com o Art. 1 (1) da Lei Fundamental: BVerfGE 30, 173 <193>; 67, 213 <228>), mas também de outros valores jurídicos que gozam de hierarquia constitucional (por exemplo proteção de menores: BVerfGE 83, 130 <139>). Uma limitação deste tipo também pode advir da proteção da propriedade do Art. 14 (1) da Lei Fundamental, que abarca a proteção da propriedade intelectual e especialmente aqui do direito autoral. Porém, também a propriedade não é protegida de forma ilimitada, mas antes ela ordena, no âmbito do direito de autor, a garantia fundamental da parte patrimonial desse direito ao autor. Isso não quer significar que qualquer possibilidade de exploração possível seja assegurada constitucionalmente, mas antes que o legislador deve, nos limites do direito de autor, encontrar parâmetros objetivos para as limitações (basicamente BVerfGE 31, 229 <240 s.>). Esses parâmetros surgem, por exemplo, das exceções dos §§ 45 ss. da Lei de Direito de Autor (UrhG), cuja validade não é discutida no caso em questão.

Quando colidem várias posições protegidas por direitos fundamentais é inicialmente tarefa do juiz, em acordância com a aplicação das regras competentes de direito simples, concretizar os limites do âmbito protegido pelo direito fundamental de uma parte frente a outra (comparar com BVerfGE 30, 173 <197>).

c) (...)

Deve-se fundamentalmente observar que, com sua publicação, a obra não está mais a disposição apenas do autor. Pelo contrário, ela entra, em acordância com a norma, no âmbito social e pode, com isso, se transformar em um fator independente, um fator determinante do quadro cultural e intelectual de seu tempo. Com o tempo ela se desprende de sua disponibilidade privada e se torna bem coletivo intelectual e cultural (BVerfGE 79, 29 <42>). Essa é, por um lado, a justificativa inerente da limitação temporal da proteção autoral, por outro lado essa circunstância também leva a conclusão de que quanto mais uma obra cumprir com o seu papel social desejado, maior será seu potencial de servir como ponto de partida para uma confrontação artística.

Essa vinculação social da arte é, assim, ao mesmo tempo uma condição de efeito e uma razão para que, em determinada medida, o artista tenha de suportar intervenções em seus direitos de autor por parte de outros artistas como parte de uma sociedade que se confronta (interage) com a obra artística.

As limitações do direito de autor (§§ 45 ss, Lei de Direito de Autor - UrhG) servem para a determinação da extensão do âmbito permitido dessas intervenções que, por um lado, devem ser interpretadas sob a ótica da liberdade artística e, (por outro lado), devem alcançar um equilíbrio entre os diferentes interesses – também constitucionais – protegidos.

O interesse do titular do direito de autor, de não ver sua obra explorada sem a sua autorização para fins comerciais de terceiros, é confrontado com o interesse protegidos pela liberdade artística de outros artistas, sem que com isso, e por meio de um diálogo artístico e processo criativo em relação a obras já existentes, possa surgir o risco de violações de natureza financeira ou de conteúdo.

Quando, como no caso em questão ocorre, partindo-se da consideração da liberdade de expansão artística [künstlerischen Entfaltungsfreiheit], uma pequena intervenção nos direitos de autor que não comporta em si um risco de desvantagem econômica perceptível (por exemplo redução de vendas vgl. hierzu BGH, GRUR 1959, S. 197 <200>), então os interesses de exploração do titular do direito de autor devem ceder frente aos interesses de aproveitamento (da obra) para possibilitar a discussão artística.”

CAPÍTULO 15

BREVE ANÁLISE DO PROJETO DE NOVA LEI DE DIREITO AUTORAL E SUGESTÕES DO GEDAI / UFSC

Gonzaga Adolfo

Sumário: 1. Sucinta introdução, com ênfase no “espírito” que norteia o projeto; 2. Breve análise das principais alterações sugeridas pelo GEDAI/UFSC

1. Sucinta introdução, com ênfase no “espírito” que norteia o projeto

Ab initio, antes de encetar o enfrentamento pontual de alguns aspectos específicos que constam no Anteprojeto de nova Lei Autoral do Ministério da Cultura (MinC), ora em discussão, necessário acentuar que é louvável a tentativa governamental de se criar uma legislação autoralista mais moderna, flexível e adaptada à nova realidade do mundo da tecnologia.

Outro aspecto e o principal que merece ser enfatizado neste intróito, é a visão e a disposição de construção de um texto legislativo que não seja um “porto isolado” das demais áreas do ordenamento jurídico, como muitas vezes se constatava, como se o Direito Autoral (ou, em última análise, alguma área do Direito ou do conhecimento em qualquer domínio) pudesse ser um sistema autorreprodutivo, que não se comunica com as demais instâncias de formação e construção de interpretação.

Nesta linha de mira, o primeiro artigo do Projeto já sinaliza que esta nova Lei será orientada pelo equilíbrio entre os ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais e da garantia do pleno exercício (ficaria melhor exercício pleno?) dos direitos culturais e dos demais direitos fundamentais e pela promoção do desenvolvimento nacional.

Em outros instantes do texto, se avista a adequação do diploma autoral com outras áreas do Direito, como exemplificadamente quando se verifica a

função social do contrato, ou sua resolução por onerosidade excessiva, institutos que constam no Digesto Civil, mas que evidentemente podem e devem aparecer na Lei Autoral.

De fato, como já tive oportunidade de salientar em vários textos, principalmente a partir de minha tese de doutoramento (Obras Privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação, 2006, publicada em 2008 como livro com revisão e acréscimos por Sérgio Fabris Editor), o “modelo” autoral atual, em que pese fruto de uma lei que pode ser considerada “recente” (pois com pouco mais de doze anos), ainda se mostra excessivamente vinculado ao padrão assentado no século XIX, derivado do texto da Convenção de Berna.

Salutar, pois, neste seu grande espírito norteador e principal suporte básico, o Projeto aqui comentado.

2. Breve análise das principais alterações sugeridas pelo GEDAI/UFSC

O trabalho realizado pelo Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), muito tem contribuído nos últimos tempos para o aperfeiçoamento e melhor análise do Direito Autoral de nosso país e além fronteiras, fruto da dedicação incansável de todos os seus membros, principalmente a partir da liderança firme e muito bem focada do professor Marcos Wachowicz, que é indiscutivelmente um dos mais efetivos nomes da teorização e concretização prática de um novo Direito Autoral em nosso país na última década.

Registre-se, assim, vestibularmente, os votos de exaltação acadêmica à belíssima iniciativa desse coletivo, e ainda à ideia de ampliar a discussão a outros especialistas na matéria, como é o caso do signatário.

A seguir, far-se-á uma análise de cada uma de suas sugestões, muitas das quais que pela pontualidade que trazem em si mesmas e nas suas justificativas, somente poderão receber anotação de concordância.

2.1. Inserção de “educacionais” no artigo 1º: O direito à educação sabidamente é um dos direitos fundamentais consagrados na Carta Política do país, e que muitas vezes é sonegado em sua forma plena por “direitos autorais”, muitos dos quais interesses empresariais poderosíssimos que se anunciam como estes fossem. Muito oportuna a sugestão do GEDAI, que acompanho.

2.2. Alteração do parágrafo único do artigo 1º do Projeto de nova Lei Autoral, inserindo ali a função social da propriedade: o Projeto, mesmo saudavelmente se referindo a princípios e normas, mormente aqueles, não faz (como a maioria avassaladora de nossos doutrinadores) a necessária e indispensável distinção entre normas, princípios e regras, bem delimitando-os, certamente quando se refere a normas querendo dizer “regras”, já que estas efetivamente são positivadas, ou em consagrada visão as normas são o gênero, compostas pelos tipos princípio e regras.

De qualquer sorte em nenhuma delas encontrarão suporte para fundamentar proposição de tutela dos Direitos Autorais como direito de propriedade. Filia-se o autor destas breves linhas (como a grande maioria, para não dizer todos) os comentaristas convidados a fazer parte desta obra, à visão do professor José de Oliveira Ascensão, de que os Direitos Autorais se configuram em direitos exclusivos de publicação e exploração econômica por determinado período tutelado pelo Estado.

Quer isso dizer que propriedade não são, mesmo para aqueles que possam ser filiados a correntes mais conservadoras de interpretação, pois a a Constituição Federal de 1988 somente se refere a propriedade de marcas em seu texto, no que pertine aos Direitos Intelectuais (artigo 5º, incisos XXVII a XXIX).

Se assim for necessário e indispensável, então que se adote a mesma visão do autoralista português, para se referir à “função social do Direito”, o que seria uma solução plausível.

Discordo, desta forma e com estas observações, da sugestão do GEDAI/UFSC.

2.3. Alteração do *caput* do artigo 4º, e inserção do artigo 4º-A e parágrafos 1º e 2º: É de se concordar plenamente com a inserção no *caput* do artigo 4º da expressão “visando ao atendimento de sua finalidade”, logo após o texto sugerido pelo MinC, que na verdade reproduz a previsão atual. Da mesma forma no artigo 4º-A e nos dois parágrafos propostos, que adéquam o Direito Autoral a princípios consignados na parte atinente aos Contratos do Código Civil vigente, especialmente à necessária boa-fé objetiva antes, durante e após a consecução contratual, ainda ali prevendo outros institutos trazidos pelo Digesto Civil, como a resolução por onerosidade excessiva, e a anulação de contrato formulado em estado de perigo pelo autor.

Saudável e somente possível de concordância, então, dita sugestão, somente discordando este analista da técnica de redação como inicialmente artigo 4º-A, indiscutivelmente sendo mais adequado que se construam três parágrafos.

2.4. Substituição da expressão “alcance” por “conhecimento”, no inciso VI do artigo 5º: Manifesto concordância com a proposição, por seus próprios méritos e argumentos. Efetivamente a expressão proposta é mais ampla e melhor adequada que a anterior.

2.5. Proposta de ampliação do conceito de obra em coautoria na alínea “a” do inciso VIII do artigo 5º: concordo com a proposta de inclusão de “obra colaborativa” na disposição aqui em comento. Não posso concordar, entretanto, com a adoção – que de resto se vê na alínea “b” deste mesmo inciso, de possibilidade de tutela de obra anônima. Se um dos objetivos do projeto, aliás seu cerne magnificamente pensado, como ficou dito na introdução desta análise, era a adequação da legislação autoral à Carta Magna, esta veda expressamente

o anonimato, não sendo crível que uma lei infraconstitucional proteja o que o ordenamento constitucional proíbe, logo inexistindo desde 05 de outubro de 1988 proteção às obras anônimas em nosso país, para todos os fins. Concordo parcialmente, por estes motivos, com a alteração recomendada.

2.6. Proposta de inserção do inciso XVI no artigo 5º do Projeto de Lei Autoral: de fato tem razão o GEDAI ao sustentar que é necessário acrescentar o conceito de cessão de direitos nos conceitos básicos que introduzem a previsão legislativa autoral deste artigo 5º. Concordo parcialmente, já que o mais adequado seria se constasse expressamente que trata-se da transferência de direitos “patrimoniais”, sendo indispensável a meu ver a consignação desta expressão após “direitos” no texto sugerido.

2.7. Proposta de inserção do inciso XVII no artigo 5º: concordo plenamente com a proposta, por seus próprios argumentos e méritos sustentados na justificativa.

2.8. Proposta de inserção do inciso XVIII no artigo 5º: realmente é oportuna e indispensável a previsão do conceito de “transformação criativa” neste artigo 5º. Concordo plenamente, por seus próprios argumentos.

2.9. Alteração do previsto no artigo 6º, *caput*, do Projeto: a previsão de ressalva ao que dispõem os editais de concursos públicos que redundem em obras desta natureza é salutar. Do mesmo modo a troca da expressão “domínio” por “titularidade”, como proposto. Aliás, veja-se que além de propriedade, como antes mencionado e criticado, o texto agora fala em “domínio”.

2.10. Proposta de deslocamento do artigo 6º-A e seus parágrafos para o artigo 4º do Projeto de Lei Autoral: concordo plenamente com a proposta, por suas razões e seus próprios méritos.

2.11. Proposta de supressão da expressão “intangível” no *caput* do artigo 7º do Projeto de Lei Autoral: penso, *data venia*, que há um excesso nesta proposta de alteração. Sabidamente ao se referir à expressão “intangível” em sede de Direitos Autorais, se está falando de obras cujos substratos materiais de

fixação não são essencialmente materiais, como aqueles do meio digital. Não vejo razão para tal dispositivo, discordando, no mérito, da proposta do GEDAI/UFSC.

2.12. Inserção de obras elaboradas com a técnica de “grafite” no rol exemplificativo de obras protegidas do artigo 7º: mesmo sendo notório que a previsão legislativa dos incisos do artigo 7º da atual Lei Autoral e mesmo assim do Projeto proposto não é *numerus clausus*, mas meramente exemplificativa, sugiro a inclusão de obras feitas pelo processo de “grafite” em inciso próprio. Demanda judicial da década de 1990 em nosso país pôs em confronto grafiteiro do Bairro de Perdizes em São Paulo com empresa que produz e vende cadernos acadêmicos (cadernos de aula), tendo utilizado sem menção de autoria e sem autorização fotografia de obra deste naipe elaborada por jovem em parede de prédio. A previsão somente soma ao tratar-se de uma linha mais produtiva dos autores em geral, mormente daqueles que sobrevivem de suas criações artísticas.

2.13. Inserção de petições judiciais no rol dos “atos oficiais” não protegidos do inciso IV do artigo 8º: não posso concordar com esta ideia. A petição em processos judiciais pode ser obra literária de titularidade do Advogado seu autor. Aqui há uma confusão que muitos (inclusive a referida jurisprudência “pacífica” da justificativa) fazem, pois o que é oficial e assim público é o acesso aos autos, por qualquer forma, inclusive fotocópia, para exercício pleno do direito ao contraditório e a ampla defesa. Discordo, desta forma, da proposta.

2.14. Readequação do texto do inciso VIII do artigo 8º, relativo a normas técnicas: concordo com a proposta, por seus próprios e bem lançados fundamentos.

2.15. No *caput* do artigo 11 do projeto sob mira, observação deste avaliador, é indispensável a adequação da nomenclatura aos modernos meios regulatórios em sede legislativa, já que o vigente Código Civil se refere à pessoa “natural” em vez de pessoa física, nomenclatura assim superada, devendo aparecer desta forma ali.

2.16. A inserção da orientação acadêmica em qualquer esfera de ensino como atividade que não é considerada coautoria, proposta no parágrafo 1º do artigo 15 é proposta que de fato vem ao encontro de tema bastante polêmico, mas equivocadamente interpretado por alguns, já que fato o orientador não participa nesta condição da feitura de trabalhos científicos. Meritória, devendo ser mantida, a proposta do GEDAI/UFSC.

2.17. De igual sorte, concordo por seus próprios méritos com a alteração propostas no parágrafo 2º do artigo 15 do Projeto de Lei Autoral, pois efetivamente a forma verbal sugerida é a melhor para dito dispositivo.

2.18. Da mesma forma o parágrafo 4º do artigo 17 encontra melhor técnica redacional na forma proposta pelo GEDAI/UFSC, motivo de minha expressa concordância, mais uma vez.

2.19. Como observação deste avaliador, mais uma vez tomo a iniciativa de discordar com dispositivo inserido no Projeto, mesmo sem a iniciativa pontual própria do GEDAI: não há motivo claro de no artigo 19 remeter para regulamentação posterior de forma e condições do registro facultativo de obra autoral, como vem no parágrafo único do artigo 19. Por que não regular desde já este tema?

2.20. De igual e mais uma vez este avaliador submete à apreciação de todos sugestão que não foi construída pelo GEDAI/UFSC: no *caput* do artigo 22 do Projeto de Lei Autoral se labora com a discutida e tão criticada expressão “direitos morais” de autor. Autores de nomeada, como Ascensão, a criticam, referindo expressamente este autor que foi mal traduzida da língua francesa. Constata-se que a referida expressão serve para todos os tipos de confusão, como a que empresta à interpretação análise valorativa (moralidade), o que sabidamente não corresponde a realidade. Então, se é o momento histórico de construir uma diploma legal que seja considerado de vanguarda no mundo inteiro para seu tempo, pode ser a oportunidade também de se utilizar o termo mais adequado para se referir aos direitos autorais (prerrogativas) que não são patrimoniais, sugerindo eu como já fiz em outras vezes que a expressão escolhida e utilizada venha ser “extrapatrimoniais”.

2.21. Concordo plenamente com a sugestão de alteração do parágrafo primeiro ao artigo 24 do Projeto, fixando o mesmo prazo de duração dos direitos patrimoniais aos direitos extrapatrimoniais de autor. Realmente já era tempo de superar dúvidas lançadas na interpretação de vários autoristas, ao ponto de a legislação vigente, nos três parágrafos do artigo 24, construir três critérios distintos para a duração dos tipos de direitos extrapatrimoniais ali enunciados, como já tive oportunidade de sustentar (ADOLFO, 2008, *op. cit.*). Concordo plenamente, então, com a proposta consignada. Ouso somente acrescentar que ao referir que “compete ao Estado...”, pode ser feita uma menção: “nas suas esferas federal, estadual e municipal, e em nível de atuação do Ministério Público”, o que ampliará sobremaneira a tutela e especialmente a defesa de autoria, integridade e demais direitos extrapatrimoniais de obras caídas em domínio público, quando cabível. É a sugestão.

2.22. Do mesmo modo, sugiro que se acrescente a expressão “impenhoráveis” nas características dos direitos extrapatrimoniais do artigo 27 do Projeto de Lei Autoral. Será um avanço significativo.

2.23. Há um equívoco conceitual no inciso IV do artigo 29 do Projeto de nova Lei Autoral, que reclama enfrentamento e correção: a tradução da obra para qualquer idioma não prescinde de autorização do autor da obra traduzida. O que requer autorização é a publicação da tradução. Trata-se de equívoco que vem sendo reiterado nas consecutivas legislações autorais pátrias. Eu posso traduzir qualquer obra, inclusive porque já no processo de leitura se faz uma “tradução automática” (caso contrário seria obrigado a ler na língua original). A questão que se põe é que se o objetivo geral da lei é equilibrar interesses em jogo a facilitar de forma mais concreta e plena o direito à educação e à cultura, não tem sentido esta interpretação.

2.24. Concordo plenamente com a sugestão feita pelo GEDAI de substituição da expressão “produtor” por “titular”, na feição sugerida ao artigo 31 do Projeto em jogo. Perfeitamente fundamentada.

2.25. Mais uma vez ousa este professor fazer uma observação que não consta nos registros dos debates do GEDAI: o artigo 39 do Projeto de nova Lei Autoral, que repete dispositivos que apareceram nas últimas codificações autorais brasileiras, é totalmente desnecessário e sem sentido. Isso é matéria afeita ao Direito das Sucessões e não ao Direito Autoral. E configura-se como desnecessária repetição (para não dizer redundância) legislativa, já que não se transmite ao cônjuge nenhum direito patrimonial que tenha anterior ao casamento, salvo pacto antenupcial em contrário. É o instante de corrigir este equívoco, extraindo este artigo do Projeto e posteriormente da nova Lei Autoral, definitivamente.

2.26. Como já se disse preteritamente, a menção a possibilidade de obras anônimas” deve ser extirpada do Projeto, pois a Lei Excelsa não permite o anonimato. Conseqüentemente, deve ser revista a redação do *caput* do artigo 40 do Projeto.

2.27. Estou de acordo com a sugestão do GEDAI/UFSC à nova redação sugerida ao artigo 41 da Lei Autoral, fixando-se prazo geral nele e nos três artigos subseqüentes de cinquenta (50) anos para a proteção dos Direitos Autorais, assim observando de modo adequado a Convenção de Berna e fixando prazo condizente com um proteção exequível e que de certo modo possibilite o acesso vinte anos antes dos interessados às obras caídas em domínio público. O artigo, não obstante, ao remeter para a “ordem sucessória da lei civil”(leia-se Direito das Sucessões, principalmente no artigo 1829 do atual Digesto), nada refere com relação a possibilidade de transferência ou não aos entes públicos previstos (Municípios e Distrito Federal) como herança jacente, de obras de autores que hajam falecido sem deixar sucessores. Sugere-se aqui que o inciso I do artigo 45 da novel legislação seja completado com a seguinte expressão: “não se aplicando aqui e para o fim de sucessão de Direitos Autorais as previsões da lei própria atinentes à herança jacente e herança vacante”.

2.28. O artigo 44-A, na forma construída, reclama maior aprofundamento e esclarecimentos, inclusive na forma de redação, já que não diz expressamente

a extensão da expressão “âmbito da administração pública”. A quais tipos e formas de obras está se referindo quando assim prescreve?

2.29. Concordo de forma plena com a sugestão de redação do inciso I do artigo 46 do Projeto na berlinda, pelas próprias e bem lançadas razões justificadoras de seus autores.

2.30. Nesta toada, somente posso aquiescer com a sugestão de redação do inciso III do mesmo artigo 46 do Projeto, pois efetivamente a palavra “notícia” pode receber melhor conotação no sentido que se lhe empresta ali como “relato”. Razoáveis os argumentos expostos, devendo ser acatados.

2.31. Mesma sorte tem, na minha análise, o disposto no inciso IV do artigo 46 sustentado pelo GEDAI/UFSC, que aprovo na sua essência, pois bem pensado e fundamentado.

2.32. Concordo com a redação proposta ao inciso V deste mesmo artigo 46, no qual mais uma vez laborou com a perspicácia de sempre o GEDAI/UFSC, sendo absolutamente pertinentes suas razões e os argumentos justificadores. Anoto, para o fim de colaborar de forma efetiva e mais concreta possível, se o objetivo é ampliar o acesso ao conhecimento, à educação e à informação como objetivo geral que perpassa todo o texto legislativo, é de se acrescentar que possam ser disponibilizadas inclusive capas (ilustrações na capa, ou a capa completa em sua forma estética) e índices de livros (sumário), mormente por editoras e livrarias. Com isso, além de se fazer notar uma prática comercial que é consuetudinária, se atentar para a facilitação do acesso às obras pelos interessados.

2.33. Concordo com a sugestão de supressão da palavra “teatral” e a inserção da expressão “qualquer outra forma de utilização”, feita pelo GEDAI/UFSC no inciso VI do artigo 46 do Projeto de Lei Autoral, pelos motivos bem consignados ali.

2.34. O mesmo diga-se com relação ao inciso VIII deste artigo 46, ao propor a utilização da expressão “partes de obras preexistentes, na medida

justificada”. Adoto a sugestão, na sua íntegra, pois bem fundamentada e pertinente.

2.35. O mesmo infelizmente não posso dizer da proposição atinente ao inciso XII do artigo 46 do Projeto de Lei Autoral brasileira, ao propor o GEDAI que se permita gravar aulas. Ora, além de ser nova utilização (o aluno é matriculado e tem direito de assistir e anotar aulas, e não grava-las) envolve o Direito Autoral em outras esferas desnecessárias e conflitantes, como o Direito Educacional em sentido estrito (contratos com instituições de ensino, que não possibilitam gravar aulas) e direito de imagem dos professores, que além do mais perderiam toda sua espontaneidade ao saber que suas aulas estarão sendo indistintamente gravadas. Ou seja, o espaço da sala de aula como *lócus* privilegiado da informalidade e até da descontração muitas vezes deve ser preservado, e a possibilidade ampla de gravação fará com que as aulas sejam como são as palestras em eventos, onde se utiliza um linguajar mais formal, e se toma cuidado extremo com cada palavra pronunciada. Até onde isso vai contribuir com um maior e mais eficaz acesso à educação é a pergunta que deve ser feita.

2.36. Manifesto opinião favorável à redação construída para o inciso XV deste mesmo artigo 46 da Lei Autoral, já que acertadamente pensada a fundamentada.

2.37. Não posso conceder aval, entretanto, à forma prescrita de redação do inciso XVI do artigo 46 do Projeto em enfoque. A expressão no “interior de suas instalações ou por meio de suas redes de informática”, ao contrário da justificativa, deve ser melhor esclarecida, desde já votando este pesquisador que fique restrita ao âmbito exclusivo daqueles acessos possibilitados no interior dos espaços físicos das Bibliotecas, estritamente, e nada mais. Aqui, reitero aquela sugestão feita no item II.32, retro, quando se enfrentava o inciso V, no sentido que também neste particular e neste dispositivo possam ser disponibilizadas inclusive capas (ilustrações na capa, ou a capa completa em sua forma estética) e índices de livros (sumário) nos locais de consultas de bibliotecas, para maior facilitação do acesso aos conteúdos das obras dos acervos.

2.38. Expresso concordância cabal com o texto do artigo 48 sugerido pelo GEDAI/UFSC, eis que apropriado e bem construído.

2.39. Em idêntico pensar, concordo com a sugestão de inciso VII do artigo 49, feita pelo GEDAI, perfeitamente crível.

2.40. O disposto no parágrafo 2º do artigo 49, na proposição aqui sob crítica, merece aprovação pelo MinC e posteriormente pelo Poder Legislativo federal, já que está em consonância com a principiologia geral da legislação em construção.

2.41. O parágrafo 2º do 52, entretanto, não tem a mesma sorte. A palavra “compete” ao MinC, como ali constou, absolutamente não condiz com o espírito da Lei Suprema quando esta efetivamente determina a todas as instâncias, é claro inclusive as administrativas como é o caso, que dêem o mais amplo e possível direito de defesa e ao contraditório, constituindo-se em verdadeira “marca” de um Estado de Direito plena e eficazmente democrático. A expressão correta então deve ser “Deverá o Ministério da Cultura...”.

2.42. Consigno concordância com a redação sugerida pelo GEDAI ao parágrafo único do artigo 56, restando cabível o número de “salvo prova em contrário” que se propõe.

2.43. Na mesma trilha e com aceitável sentido também o que se propõe no artigo 60 do Projeto de nova Lei Autoral, nos estudos e sugestões arquitetados pelo GEDAI. Efetivamente a expressão “prejudicar”soa melhor ali que “embaraçar”.

2.44. O mesmo diga-se no que pertine ao artigo 67-A, com o qual manifesto concordância.

2.45. O norte fixado ao se sugerir a supressão do artigo 67-B é verdadeiro, e opino favoravelmente.

2.46. Aceitação plena neste instante registro da proposta de redação do parágrafo 4º do artigo 68, adequado ao fim que se propõe.

2.47. Não tenho a mesma certeza no que tem a ver com a redação muito ampla do artigo 88-A sugerido pelo GEDAI. Parece-me, num primeiro instante, uma previsão muito ampla e possivelmente descabidamente onerosa a disponibilização de referidas “listas”. Deve-se ampliar esta discussão.

2.48. De bom alvitre o sugerido no inciso II deste artigo 88-A, desta feita manifestando este analista plena concordância.

2.49. A harmonização do prazo de 50 anos de proteção dos direitos conexos feita na proposta de artigo 96 é consentânea à regra geral do artigo 41, na proposta engendrada. Corretamente redigida.

2.50. Perfeitamente cabível aquilo que se propõe no parágrafo 4º do Projeto sob crivo. Deve prosperar.

2.51. Na mesma senda, manifesto opinião favorável ao dispositivo do artigo 98 do GEDAI, muito bem pensado e articulado.

2.52. Concordo com o parágrafo 2º sugerido ao artigo 98, pelas razões bem lançadas,

2.53. Idêntica sorte merece o parágrafo 3º, devendo ser aprovado como está.

2.54. Manifesto concordância ao que prevê o artigo 98-A, na forma pensada e consignada pelo GEDAI/UFSC. Merece evoluir.

2.55. O mesmo diga-se com relação ao artigo 98-B. Merece prosperar.

2.56. O artigo 98-C, na forma preconizada, deve ser aprovado. Assim voto.

2.57. O artigo 98-D está bem idealizado. Concordo com a redação e sua justificativa.

2.58. Está correto o GEDAI ao propor nova redação ao artigo 101 do Projeto de nova Lei Autoral, sendo efetivamente não recomendável que se consigne possibilidade de matéria penal neste aspecto. Concordo!

2.59. De fato, como referido anteriormente, bem se labora na sugestão de parágrafo único do artigo 103, possibilitando espaço para se provar edição superior a 3.000 exemplares. Correta visão, que merece evoluir.

2.60. Corretíssimo o artigo 104 sugerido, que prima pela proteção dos consumidores. Merece evolução.

2.61. Raciocínio correto está consubstanciado na proposição de artigo 105, que segue na vertente de descriminalização dos direitos que absolutamente pouco tem a ver com o Direito Penal, em época de Direito Penal Mínimo e de penas alternativas.

2.62. O artigo 106, na forma levada à consulta pelo GEDAI merece evoluir, sendo adequado ao fim a que se propõe.

2.63. Para além disso, como última anotação ao belíssimo trabalho desenvolvido inicialmente pelo MinC em todas as consultas públicas, congressos e demais debates que proporcionou por uma legislação autoral mais moderna, eficaz e democrática, ampliado na visão de igual sorte do GEDAI/UFSC, na seqüência final destes considerandos, tenho dúvidas com relação a eficácia da regra proposta no artigo 112 e seus parágrafos e alienas, sendo de duvidosa efetividade referida “declaração de interesse”. Me parece que uma previsão efetiva e cogente de transição (a exemplo do artigo 2028 do Código Civil) seja mais plena e concreta.

São as observações que tinha fazer, muito honrado com a possibilidade de contribuir com meu país e com o acesso pleno à dignidade humana transformadora e plena através de um Direito Autoral de nosso tempo, 21 anos após ter dado os primeiros passos na matéria, sob inspiração e incentivo do saudoso padre Bruno Jorge Hammes.

Sobre os Autores

Alexandre R. Pessler

Advogado, possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná -PUC-PR (2000) e mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2011). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direito autoral, sociedade informacional, direito da informática, direito da informação, acesso aberto, bibliotecas, repositórios e arquivos. Pesquisador do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Informação (GEDAI) - CPGD/CCJ/UFSC.

Christiano Lacorte

Advogado, analista legislativo na Câmara dos Deputados, mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC – 2010/2011). Bacharel em Ciências Jurídicas pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB - 2005) e bacharel em Ciências da Computação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp - 1995). Pós-graduado (especialização) em Tecnologias da Informação pela Uneb/ITEI. Cursos de extensão em Direito da Tecnologia da Informação (FGV) e Direitos Autorais (FGV). Autor de artigos sobre Direito da Informática, Direito Administrativo e Direitos Autorais. Pesquisador do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Informação (GEDAI) - CPGD/CCJ/UFSC.

Denis Borges Barbosa

Advogado no Rio de Janeiro, é autor ou co-autor de 36 livros e mais de duas centenas de artigos publicados no Brasil e no exterior, concentrando a maioria de sua produção doutrinária, desde a década de 1970, no campo da propriedade industrial. Bacharel e Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, é mestre pela Columbia Law School, de Nova York, e também mestre em direito empresarial pela Universidade Gama Filho. Sua atividade docente inclui os cursos de pós graduação lato sensu e stricto sensu da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, UERJ, INPI, Fundação Getulio Vargas do Rio e de São Paulo, Universidade Candido Mendes, UNICURITIBA e do Centro de Extensão Universitária de São Paulo. É coordenador acadêmico do Instituto Brasileiro da Propriedade Intelectual e pesquisador do Núcleo de Estudos em Propriedade Intelectual da UERJ, da Universidade Federal de Viçosa e da Universidade Federal de Sergipe. Ex-Procurador Geral do INPI, é Procurador do Município do Rio de Janeiro, aposentado, tem atuado como consultor do Governo Federal e de órgãos internacionais, e foi assessor e delegado em conferências diplomáticas em matéria de tecnologia e propriedade intelectual.

Gert Würtenberger

Doutor em Direito pela Universidade de Marburg, Alemanha; advogado em Munique, Alemanha; coordenador internacional do IBPI - Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual.

Guilherme Coutinho

Advogado na área de Direito Intelectual e Empresarial. Mestre em Direito na área de Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador do GEDAI - Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação da UFSC.

José de Oliveira Ascensão

Professor Catedrático da Universidade Clássica de Lisboa-Portugal. Presidente da Associação Portuguesa de Direito Intelectual – APDI. Membro do Comité de Peritos sobre Direito de Autor da Comunidade Européia.

Karin Grau-Kuntz

Possui mestrado em Direito - Ludwig Maximilian Universität (1996) e doutorado em Direito - Ludwig Maximilian Universität (2005). Atualmente é coordenadora acadêmica e pesquisadora na Alemanha (Estudos Europeus) do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual. Atua principalmente nas seguintes áreas: propriedade intelectual, interface da propriedade intelectual com o direito antitruste, interface da propriedade intelectual com o direito constitucional, história da propriedade intelectual.

Luiz Gonzaga S. Adolfo

Possui mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2000) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006). Tem experiência de dezenove (19) anos em ensino superior, com atuação e experiência docente em pesquisa, extensão, prática jurídica e pós-graduação (em nível de Especialização e Mestrado). Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual APDI, da Associação Brasileira de Direito Autoral ABDA, e da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RS), que preside na gestão 2010/2012.

Marcos Wachowicz

Professor de Direito nos cursos de graduação-CCJ e Pós-graduação-CPGD da Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa - Portugal. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. É o atual Coordenador-líder do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação - GEDAI vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito CPGD/UFSC/CNPq. Atualmente é membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual - APDI e associado do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – IBPI.

Newton Silveira

Possui mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo (1980) e doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (1982). Atualmente é professor doutor da Universidade de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial e Propriedade Intelectual.

Rangel Trindade

Mestrando em Direito, sub-área Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela UniRitter/RS. Atualmente é pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Sociedade da Informação (GEDAI/UFSC/CNPq). Advogado em Direito Cível e Intelectual, em Porto Alegre - RS



Grupo de Estudos em

Direito Autoral e Informação

UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

O Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação – GEDAI foi constituído em maio de 2007, estando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), com sede está no Centro de Ciências Jurídicas CCJ - Campus Universitário Trindade, tendo como finalidade principal o estudo da Propriedade Intelectual na Sociedade da Informação.

O projeto de pesquisa que deu origem ao grupo está focado nos desafios da tutela dos Direitos Intelectuais. A divulgação da pesquisa se realiza através da publicação de contribuições dos integrantes do GEDAI em revistas especializadas e na elaboração de obras coletivas organizadas com tal finalidade.

O GEDAI mensalmente divulga suas atividades de pesquisa por meio do Boletim do GEDAI que está disponível no site

www.direitoautoral.ufsc.br

 **FUNJAB**
Fundação José Arthur Boiteux
Editora Fundação Boiteux
Florianópolis - 2011

A necessidade de revisão da Lei de Direito Autoral brasileira é muito clara quando se percebe o desequilíbrio em relação ao sentido público e privado, e também, quando se observam manifestações positivas da sociedade civil brasileira com relação à reforma da lei.

O Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação – GEDAI, vinculado ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, promoveu um ciclo de nove debates de junho de 2010 até julho de 2011, sob a coordenação científica do Prof. Dr. Marcos Wachowicz, para discussão do projeto de alteração da Lei de Direitos Autorais (LDA) promovido pelo Ministério da Cultura (MinC) e pela Casa Civil da Presidência da República.

A abordagem da primeira parte da presente obra é sistêmica, observando o texto da Lei 9.610/98, as propostas do MinC e as contribuições do GEDAI. A partir de tais registros, o GEDAI montou uma proposta para a alteração da Lei de Direitos Autorais, enviada à Casa Civil da Presidência da República.

A segunda parte da presente obra são pareceres dos professores José de Oliveira Ascensão, Newton Silveira, Denis Borges Barbosa, Karin Grau-Kuntz e Luiz Gonzaga S. Adolfo.

Os Estudos e Pareceres agora publicados não se limitaram aos pontos de reforma propostos pelo MinC, mas à uma leitura criteriosa da Lei, foram estudados também itens de importância que não entraram na consulta pública, tornando assim leitura obrigatória e indispensável para o aprimoramento da legislação autoral no Brasil.



Grupo de Estudos em
**Direito Autoral
e Informação**
UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina



FUNDAÇÃO
BOITEUX

