

Direitos Autorais



FGV JURÍDICA

Direitos Autorais

**Pedro Paranaquá
Sérgio Branco**



EDITORA
DIREITO RIO

Copyright © 2009 Pedro Paranaguá e Sérgio Branco, alguns direitos reservados

Esta obra é licenciada por uma Licença Creative Commons

Atribuição — Uso Não Comercial — Compartilhamento pela mesma Licença, 2.5 Brasil.

“Você pode usar, copiar, compartilhar, distribuir e modificar esta obra, sob as seguintes condições:

1. Você deve dar crédito aos autores originais, da forma especificada pelos autores ou licenciante.
2. Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.
3. Se você alterar, transformar, ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.
4. Qualquer outro uso, cópia, distribuição ou alteração desta obra que não obedeça os termos previstos nesta licença constituirá infração aos direitos autorais, passível de punição na esfera civil e criminal.”

Os termos desta licença também estão disponíveis em: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/br/>>

Direitos desta edição reservados à EDITORA FGV, conforme ressalva da licença Creative Commons aqui utilizada:

Rua Jornalista Orlando Dantas, 37
22231-010 | Rio de Janeiro, RJ | Brasil
Tels.: 08000-21-7777 | 21-3799-4427
Fax: 21-3799-4430
E-mail: editora@fgv.br | pedidoseditora@fgv.br
www.fgv.br/editora

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade do autor.

Este livro foi editado segundo as normas do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 6.583, de 29 de setembro de 2008. nº 54, de 18 de abril de 1995, e promulgado pelo Decreto nº

1ª edição — 2009

PREPARAÇÃO DE ORIGINAIS: Maria Lucia Leão Velloso de Magalhães

DIAGRAMAÇÃO: FA Editoração Eletrônica

REVISÃO: Aleidis de Beltran, Fatima Caroni e Mauro Pinto de Faria

CAPA: Gisela Abad

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henriques Simonsen/FGV

Paranaguá, Pedro

Direitos autorais / Pedro Paranaguá, Sérgio Branco. — Rio de Janeiro : Editora FGV, 2009.

144 p. — (Série FGV Jurídica)

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-225-0743-6

1. Direitos autorais. 2. Propriedade intelectual. 3. Domínio público (Direitos autorais) I. Branco, Sérgio. II. Fundação Getulio Vargas. III. Título. IV. Série.

CDD – 342.28

Sumário



Introdução	11
1. Para que serve o direito autoral?	13
O sistema internacional de direitos autorais	13
<i>Como surge o direito autoral no mundo?</i>	13
<i>A história no Brasil: um direito constitucional</i>	18
<i>A distinção peculiar entre copyright e droit d'auteur</i>	20
<i>Lei versus tecnologia: uma batalha sem fim?</i>	21
Abrangência da lei: obras protegidas	22
<i>As criações do espírito: requisitos para proteção</i>	22
<i>O senhor da tradução: pagando por O senhor dos anéis</i>	25
<i>Que fazer com um título? De Amor mexicano a Jim Carrey</i>	26
<i>Se o registro é facultativo, registrar por quê?</i>	28
Obras não protegidas	29
<i>O que não é direito autoral: propriedade industrial</i>	29
<i>O que o direito autoral não protege e o que fazer com as ideias</i>	30
<i>É plágio? Um menino entre felinos</i>	32
<i>É plágio? Uma bicicleta azul</i>	33

Software	35
<i>Um instituto híbrido</i>	35
<i>Software é igual a livro?</i>	36
<i>Uma lei só para programas de computador</i>	37
2. O direito do autor	39
Quem é o autor? Uma pergunta difícil	39
<i>Pessoa física e pessoa jurídica: a quem pertence a obra?</i>	39
<i>Coautoria e obras coletivas</i>	41
<i>Autoria além do autor? Como impedir a exibição de Os doze macacos?</i>	43
<i>Obras colaborativas e o desaparecimento do autor</i>	44
Direitos morais	47
<i>Um direito perpétuo?</i>	47
<i>Se são direitos inalienáveis, quem pode exercê-los?</i>	50
<i>Projetos arquitetônicos e sua exceção legal</i>	51
<i>Obras anônimas e publicadas sob pseudônimo</i>	51
Direitos patrimoniais	52
<i>A proteção econômica dos direitos autorais</i>	52
<i>Princípios que regem os direitos autorais: Harry Potter e O Código Da Vinci</i>	53
<i>Prazo de proteção das obras protegidas por direitos autorais: como um só ratinho pode mudar tanto o mundo?</i>	56
<i>Existe direito autoral do espírito? O caso Humberto de Campos</i>	58
Domínio público	58
<i>Vocação para a reciclagem: o uso de obras de terceiros e a expansão da cultura mundial</i>	58
<i>O que, afinal, está em domínio público e o que se pode fazer com essas obras?</i>	60
<i>Colocar a obra na internet é o mesmo que colocá-la em domínio público?</i>	61
<i>A estranha história de Alice no país das restrições</i>	62

3. O direito da sociedade	65
Função social dos direitos autorais	65
<i>Direito autoral como propriedade intelectual</i>	65
<i>Remuneração do autor versus acesso ao conhecimento</i>	67
<i>Mas em que consiste a função social?</i>	70
Limites legais	72
<i>O art. 46 da lei e seus objetivos</i>	72
<i>O problema do pequeno trecho: um dispositivo</i> <i>insuficiente</i>	75
<i>Quanto de uma obra se pode copiar? Colocando</i> <i>livros na internet no estado de São Paulo</i>	77
<i>Paródias e seus limites: ...E o vento levou, Idos com o</i> <i>vento e The wind done gone</i>	80
Os desafios tecnológicos	81
<i>Baixar música é o mesmo que roubar um CD?</i>	81
<i>A multiplicação dos vídeos na internet e fora dela</i>	83
<i>E-mails também são protegidos? E como ficam as</i> <i>crônicas do Arnaldo Jabor?</i>	84
<i>Os problemas das restrições tecnológicas: os DRMs</i> <i>e as TPMs</i>	85
Novos modelos, flexibilização e prognósticos	90
<i>Ganhando dinheiro com música gratuita: o</i> <i>caso Arctic Monkeys</i>	90
<i>A Web 2.0 e suas possibilidades</i>	91
4. O direito em movimento	93
Licença e cessão de direitos	93
<i>A licença e a cessão: autorizações necessárias</i>	93
<i>A quem pertencem os direitos nos casos de contrato</i> <i>de trabalho e de prestação de serviços?</i>	95
<i>O caso Amor, estranho amor: Xuxa para maiores</i>	95
Transmissão de direitos e o contrato de edição	99

<i>Transmissão de direitos</i>	99
<i>Contrato de edição: um contrato típico, afinal?</i>	103
<i>Direitos do autor</i>	104
<i>Direitos do editor</i>	105
Utilização de obras de terceiros	106
<i>A comunicação ao público e a abrangência de seus limites</i>	106
<i>Obra de artes plásticas e o direito de sequência</i>	107
<i>Obras em lugares públicos: quem tem direito ao Cristo Redentor?</i>	108
<i>Toda obra merece proteção: os sacos de lixo na Tate Gallery</i>	109
Licenças públicas	109
<i>Aumentando o domínio público</i>	109
<i>A origem dos projetos colaborativos: o software livre</i>	110
<i>Para quem serve o Creative Commons?</i>	113
<i>Uma história de sucesso. Uma, não: várias</i>	120
5. Direitos conexos, gestão coletiva e infrações	123
Direitos conexos	123
<i>Quem são os titulares?</i>	123
<i>Intérpretes que podem demais</i>	123
<i>O direito dos produtores fonográficos</i>	125
<i>O direito das empresas de radiodifusão</i>	126
<i>Broadcast Treaty da Ompi e a ameaça do excesso de direitos</i>	126
Gestão coletiva	129
<i>O que é o Ecad?</i>	129
Infrações	131
<i>Baixar arquivos da internet é crime? As ações da IFPI e seus aspectos legais</i>	131
<i>As condutas típicas da Lei de Direitos Autorais</i>	133

<i>O problema das 3 mil cópias</i>	133
<i>O que prevê o art. 184 do Código Penal?</i>	134
Bibliografia	139
Sobre os autores	143

Introdução



Este livro procura abordar questões tradicionais de direito autoral, trazendo também, de forma inovadora, diversos temas atuais poucas vezes explorados em cursos tradicionais. Para despertar a curiosidade e o interesse do leitor, contém exemplos de problemas práticos para serem resolvidos. O capítulo 1 trata das obras protegidas, das não protegidas, de software e do sistema internacional. O capítulo 2 reflete sobre os direitos patrimoniais e morais, assim como a questão do domínio público. O capítulo 3 aborda a questão da função social dos direitos autorais, com ênfase nos limites impostos a tais direitos, nos desafios tecnológicos e nos novos modelos de negócios. O capítulo 4 trata de licença, cessão, transmissão, edição, utilização de obras de terceiros e licenças públicas. Por fim, o capítulo 5 traz temas como direitos conexos, gestão coletiva (Ecad) e infrações.

O livro destina-se a todos — juristas ou não — que trabalham com obras intelectuais nas áreas artística, literária, científica e de comunicação.

1

Para que serve o direito autoral?

O sistema internacional de direitos autorais

Como surge o direito autoral no mundo?

A Antiguidade não conheceu um sistema de direitos autorais tal como o concebido contemporaneamente.

Como se sabe, os antigos impérios grego e romano foram o berço da cultura ocidental, em virtude do espetacular florescimento das mais variadas formas de expressão artística, principalmente o teatro, a literatura e as artes plásticas. Era comum a organização de concursos teatrais e de poesia, nos quais os vencedores eram aclamados e coroados em praça pública, sendo-lhes também destinados alguns cargos administrativos de importância.

No entanto, nas civilizações grega e romana, inexistiam os direitos de autor para proteger as diversas manifestações de uma obra, como sua reprodução, publicação, representação e execução. Concebia-se, na época, que o criador intelectual não devia “descer à condição de comerciante dos produtos de sua inteligência”.¹ Porém, já surgiam as primeiras discussões acerca da titulari-

¹ Leite, 2005:116, que contém excelente análise histórica dos direitos autorais.

dade dos direitos autorais. A opinião pública desprezava os plagiadores, embora a lei não dispusesse de remédios eficazes contra a reprodução indevida de trabalhos alheios.

Curiosos exemplos nos proporcionam os autores que tratam do tema. Um deles, Daniel Rocha, relata que Euforion, filho de Ésquilo, conquistou por quatro vezes a vitória nos concursos de tragédia apresentando peças inéditas do pai como se fossem suas. Assim, supõe-se que o filho herdava também a obra intelectual como se esta fosse uma *coisa* comum.²

O domínio do autor sobre sua obra era tão grande que lhe possibilitava negociar até mesmo sua autoria. Há registros de um interessante caso em que o poeta Marcial discute com Fidentino, suposto plagiador de sua obra, os meios de aquisição de seus trabalhos. Marcial teria argumentado: “segundo consta, Fidentino, tu lês os meus trabalhos ao povo como se fossem teus. Se queres que os digam meus, mandar-te-ei de graça os meus poemas; se quiseres que os digam teus, compra-os, para que deixem de ser meus”. E teria ainda afirmado que “quem busca a fama por meio de poesias alheias, que lê como suas, deve comprar não o livro, mas o silêncio do autor”.³

Atualmente, como se sabe, os princípios mais elementares das leis de direitos autorais vedam a transmissão da autoria da obra, independentemente do meio pelo qual se dê a cessão. Mesmo no caso de obras caídas em domínio público, o nome do autor, se conhecido, deve permanecer a elas vinculado eternamente. Assim, quando se realiza um filme como *Tróia*,⁴ há que se fazer referência a Homero, em cuja obra *A Ilíada* o filme se baseia.

² Rocha, 2001:14.

³ *Ibid.*, p. 15.

⁴ *Troy*, dirigido por Wolfgang Petersen em 2004.

A invenção da tipografia e da imprensa, no século XV, revolucionou os direitos autorais, porque os autores passaram a ter suas obras disponíveis de maneira muito mais ampla. Nessa época surgiram os privilégios concedidos a livreiros e editores, verdadeiros monopólios, sem haver ainda o intuito, porém, de proteger os direitos dos autores.

Durante a Renascença, recuperou-se o gosto pelas artes e pela ciência, que haviam ficado latentes e sobejamente esquecidas ao longo de toda a Idade Média. Ao mesmo tempo em que a invenção da tipografia por Gutenberg foi capaz de popularizar os livros como nunca antes se imaginara possível, teve como consequência despertar o temor da classe dominante, representada à época pela Igreja e pela Monarquia, de perder o controle sobre as informações que estavam sendo propagadas, o que de fato começou a ocorrer.

Naturalmente, esse temor da Igreja quanto ao surgimento de ideias perigosamente hereges e da Monarquia quanto a motins políticos acarretou, em pouco tempo, inevitáveis represálias.

Paralelamente, já nesse primeiro momento surgiram práticas de concorrência desleal. Os livreiros em geral arcavam com custos altíssimos para a edição das obras escritas. Além disso, faziam incluir nas obras gravuras e informações adicionais ao texto original. Não raro, entretanto, tais obras eram copiadas por terceiros, que as reproduziam e imprimiam sem tomar todos os cuidados necessários e sem arcar com os custos da edição original.⁵

⁵ Vê-se assim que a chamada “pirataria” não é uma prática exclusivamente contemporânea. É evidente que o avanço da tecnologia permite que a contrafação seja uma prática difundida e lucrativa, já que a cópia de obra alheia resulta em exemplares muitas vezes praticamente idênticos ao original e de custo muito reduzido, prejudicando-se em muitos casos a qualidade da obra e o investimento feito em sua concepção, manufatura e distribuição.

Por isso, também os livreiros passaram a se preocupar com sua atuação no mercado e decidiram pressionar as classes dominantes para terem seus direitos resguardados.

Com o passar do tempo, os livreiros começaram a obter lucro com sua atividade, mas continuaram a remunerar os autores de maneira exígua. Os autores, por sua vez, passaram a entender que eram detentores de direitos que mereciam ser protegidos.

Foi nesse cenário de temor por parte das classes dominantes em razão das ideias que poderiam vir a ser veiculadas, de insatisfação dos livreiros, que viam suas obras serem copiadas sem licença, e também dos autores quanto à remuneração recebida que surgiram os primeiros privilégios.

Claramente, o alvorecer do direito autoral nada mais foi que a composição de interesses econômicos e políticos. Não se queria proteger prioritariamente a “obra” em si, mas os lucros que dela poderiam advir. É evidente que ao autor interessava também ter sua obra protegida em razão da fama e da notoriedade de que poderia vir a desfrutar, mas essa preocupação vinha, sem dúvida, por via transversa.

No século XVI começaram a ser atribuídas licenças aos livreiros para que publicassem determinados livros. Mas passou-se a exigir dele que tivesse autorização do autor para publicar sua obra.

No entanto, a crescente insatisfação dos autores e o desenvolvimento da indústria editorial acabaram por enfraquecer o sistema de censura legal. Assim, na Inglaterra, a censura chegou ao fim em 1694 e, com ela, o monopólio. Os livreiros, debilitados, decidiram mudar de estratégia: começaram a pleitear proteção não mais para si próprios, mas para os autores, de quem esperavam a cessão dos direitos sobre as obras.⁶

⁶ Abrão, 2002:29.

Assim é que, em 1710, foi publicado o notório *Statute of Anne* (Estatuto da Rainha Ana), que concedia aos editores o direito de cópia de determinada obra pelo período de 21 anos. Mesmo sendo apenas um primeiro passo, tratava-se de evidente avanço na regulamentação dos direitos de edição, por consistir em regras de caráter genérico e aplicáveis a todos, e não mais em privilégios específicos garantidos a um ou outro livreiro individualmente.

Na França, logo após a Revolução, um decreto-lei regulou, de maneira inédita, os direitos relativos à propriedade de autores de obras literárias, musicais e de artes plásticas, como pinturas e desenhos.

Mas somente em 1886 é que surgiram as primeiras diretrizes para a regulação ampla dos direitos autorais. Foi nesse ano que representantes de diversos países se reuniram na cidade de Berna, na Suíça, para definir padrões mínimos de proteção dos direitos a serem concedidos aos autores de obras literárias, artísticas e científicas. Assim, celebrou-se a Convenção de Berna, que desde então serviu de base para a elaboração das diversas legislações nacionais sobre a matéria.

A convenção impôs verdadeiras normas de direito material, além de instituir normas reguladoras de conflitos. Mas o que de fato impressiona é que, apesar das constantes adaptações que sofreu em razão das revisões de seu texto — em 1896, em Paris; 1908, em Berlim; 1914, em Berna; 1928, em Roma; 1948, em Bruxelas; 1967, em Estocolmo; 1971, em Paris e 1979 (quando foi emendada) —, a Convenção de Berna, passados mais de 120 anos de sua elaboração, continua a servir de matriz para a confecção das leis nacionais (entre as quais a brasileira) que irão, no âmbito de seus Estados signatários, regular a matéria atinente aos direitos autorais. Inclusive no que diz respeito a obras disponíveis na internet.

A história no Brasil: um direito constitucional

Antônio Chaves (1987:27) divide a história do direito de autor no Brasil em três fases: de 1827 a 1916, de 1916 a 1973 e desse ano aos nossos dias.

O primeiro diploma que contém uma referência à matéria é dos mais nobres e reverenciados: a lei de 11 de agosto de 1827, que “crêa dous Cursos de sciencias jurídicas e sociaes, um na cidade de São Paulo e outro na cidade de Olinda”.⁷

Embora o Código Criminal de 1830 previsse o crime de violação de direitos autorais, a primeira lei brasileira a tratar especificamente da proteção autoral foi a Lei nº 496/1898, também chamada de Lei Medeiros e Albuquerque, em homenagem a seu autor.

Até o advento dessa lei, no Brasil, a obra intelectual era terra de ninguém. Tanto era assim que Pinheiro Chagas, escritor português, reclamava ter no Rio de Janeiro um “ladrão habitual”, que ainda tinha a audácia de lhe escrever dizendo: “Tudo que V. Ex^a publica é admirável! Faça o que posso para o tornar conhecido no Brasil, reimprimindo tudo!”. O que ocorria é que, na época, era comum pensar-se que a obra estrangeira, ainda mais do que a nacional, podia ser copiada indiscriminadamente.⁸

A Lei nº 496/1898 foi, porém, logo revogada pelo Código Civil de 1916, que classificou o direito de autor como bem móvel, fixou o prazo prescricional da ação civil por ofensa a direitos autorais em cinco anos e regulou alguns aspectos da matéria nos capítulos “Da propriedade literária, artística e científica”, “Da edição” e “Da representação dramática”.

⁷ Chaves, 1987:28.

⁸ Rocha, 2001:23.

Somente em 1973 foi que o Brasil viu publicado um estatuto único e abrangente regulando o direito de autor. Segundo Antônio Chaves (1987:32):

Não correspondendo mais os dispositivos do CC [Código Civil], promulgados no começo do século, sem embargo de sua atualização através de numerosas leis e decretos que sempre colocaram nossa legislação entre as mais progressistas, às imposições decorrentes dos modernos meios de comunicação, foi sentida a necessidade de facilitar seu manuseio de um único texto.

A Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, vigorou até a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nossa lei atual de direitos autorais, que passaremos a chamar daqui por diante de LDA.

Mas antes de analisarmos a LDA, convém tratar brevemente de um assunto extremamente relevante: o caráter constitucional dos direitos autorais.

A primeira Constituição brasileira, a do Império, de 1824, não tratou de direitos autorais. A primeira Constituição a garanti-los foi a de 1891, promulgada dois anos após o nascimento da República. A partir de então, e à exceção da Carta de 1937 — editada sob o regime autoritário do Estado Novo —, todas as constituições brasileiras garantiram os direitos autorais, inclusive a de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que assegurava aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de utilizá-las, sendo esse direito transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixasse. Sob a égide desse dispositivo constitucional surgiu a Lei nº 5.988/73, que regulou a matéria pela primeira vez de maneira completa em nosso país.

Com a edição da Constituição de 1988, os direitos autorais encontraram ampla guarida. Dessa forma, é fundamental analisarmos, ainda que brevemente, a perspectiva civil-constitucional

e sua importância para a compreensão do estudo do direito autoral no Brasil.

Como se sabe, diante das inúmeras questões com que a vida contemporânea nos tem desafiado, e que se refletem no caráter cada vez mais específico que as soluções para problemas práticos precisam ter, o Código Civil se tornou absolutamente insuficiente para abranger toda a regulamentação da vida do homem comum. Desse modo, várias matérias passaram a ser inteiramente reguladas fora do âmbito do Código Civil, por meio de leis específicas.

De fato, “assistimos, entre as duas grandes guerras, a um movimento de socialização do direito, seguido de novos ramos do direito privado e público, dotados de princípios próprios, reconhecidos como ‘microssistemas’”.⁹

Por isso, nenhum tópico pode ser contemporaneamente estudado sem que se considere o todo. Não existe mais autonomia absoluta entre as matérias jurídicas — se é que algum dia tal autonomia existiu —, e mesmo a bipartição direito público-direito privado vem há muito sendo contestada.¹⁰ É, pois, fundamental analisarmos o direito autoral como um direito constitucionalmente previsto. Dado que a LDA muitas vezes será absolutamente insuficiente para resolver os problemas práticos propostos, como veremos adiante, somente a partir da interpretação constitucional da lei é que poderemos chegar, com certa razoabilidade, a decisões consonantes com o tempo em que vivemos.

A distinção peculiar entre copyright e droit d'auteur

É importante esclarecer desde logo que, no mundo, há dois sistemas principais de estrutura dos direitos de autor: o *droit*

⁹ Pereira, 2004:23.

¹⁰ Ver Giogianni, 1998.

d'auteur, ou sistema francês ou continental, e o *copyright*, ou sistema anglo-americano.

O Brasil se filia ao sistema continental de direitos autorais. Este se diferencia do sistema anglo-americano porque o *copyright* foi construído a partir da possibilidade de reprodução de cópias, sendo este o principal direito a ser protegido. Já o sistema continental se preocupa com outras questões, como a criatividade da obra a ser copiada e os direitos morais do autor da obra.

Ao longo deste livro, sempre que possível, faremos referência à distinção prática existente entre esses dois sistemas, sobretudo no que diz respeito ao *fair use*, conceito presente no sistema anglo-americano de direitos autorais.

Lei versus tecnologia: uma batalha sem fim?

A complexidade da vida contemporânea tornou a análise e a defesa dos direitos autorais muito mais difíceis. Até meados do século XX, a qualidade da cópia não autorizada de obras de terceiros, por exemplo, era sempre inferior à do original, sendo feita por mecanismos nem sempre acessíveis a todos.

Com o avançar do século, porém, e especialmente com o surgimento da cultura digital — cujo melhor exemplo é a internet —, tornou-se possível a qualquer um que tenha acesso à rede mundial de computadores acessar, copiar e modificar obras de terceiros, sem que nem mesmo seus autores possam exercer qualquer tipo de controle sobre isso.

Na prática, a conduta da sociedade contemporânea vem desafiando os preceitos estruturais dos direitos autorais. Conforme veremos adiante, nas seções que tratam das limitações a tais direitos, a cultura digital permite que diariamente sejam feitas cópias de músicas, filmes, fotos e livros mediante o *download* das obras da internet, contrariamente à literalidade da lei.

A fim de tentar proteger os direitos autorais, são criados mecanismos de gerenciamento de direitos e de controle de acesso às obras, mas tais mecanismos são frequentemente contornados e a obra mais uma vez torna-se acessível. É cada vez mais comum assistirmos à contestação judicial do uso de obra de terceiros. No final de 2006, a International Federation of the Phonographic Industry (IFPI — Federação Internacional da Indústria Fonográfica) e a Associação Brasileira de Produtores de Discos (ABPD) anunciaram a intenção de processar judicialmente usuários da internet que disponibilizem grande número de músicas na rede.¹¹

Vê-se, nesse passo, que a grande questão a ser analisada no caso dos direitos autorais é a busca pelo equilíbrio entre a defesa dos titulares dos direitos e o acesso da sociedade ao conhecimento.

Abrangência da lei: obras protegidas

As criações do espírito: requisitos para proteção

O art. 7º. da LDA indica que obras são protegidas por direitos autorais. Seus termos são os seguintes:

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:

- I — os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II — as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

¹¹ Ver, a respeito do tema: <www.overmundo.com.br/overblog/inaugurado-o-marketing-do-medo> e <www.rollingstone.com.br/edicoes/2/textos/240/>, entre outros.

- III — as obras dramáticas e dramático-musicais;
- IV — as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- V — as composições musicais, tenham ou não letra;
- VI — as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- VII — as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- VIII — as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- IX — as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- X — os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- XI — as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- XII — os programas de computador;
- 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.

Da simples leitura do *caput* do artigo transcrito, percebe-se que o legislador teve duas grandes preocupações: a) enfatizar a necessidade de a obra, criação do espírito, ter sido exteriorizada e b) minimizar a importância do meio em que a obra foi expressa.

De fato, é relevante mencionar que só são protegidas as obras que tenham sido exteriorizadas. As ideias não são passíveis de proteção por direitos autorais. No entanto, o meio em que a obra é expressa tem pouca ou nenhuma importância, exceto para se produzir prova de sua criação ou de sua anterioridade, já que não

se exige a exteriorização da obra em determinado meio específico para que, a partir daí, passe a existir o direito autoral. Ou seja, este existe desde o momento em que a obra é exteriorizada, independentemente do meio.

A doutrina indica os requisitos para que uma obra seja protegida no âmbito da LDA.¹² São eles:

- pertencer ao domínio das letras, das artes ou das ciências, conforme prescreve o inciso I do art. 7º da LDA, que determina, exemplificativamente, serem obras intelectuais protegidas os textos de obras literárias, artísticas e científicas;
- originalidade: esse requisito não deve ser entendido como “novidade” absoluta, e sim como elemento capaz de diferenciar a obra de determinado autor das demais. Cabe ressaltar que não se leva em consideração o respectivo valor ou mérito da obra;
- exteriorização, por qualquer meio, obedecendo-se assim ao mandamento legal previsto no art. 7º, *caput*, da LDA;
- achar-se a obra no período de proteção fixado pela lei, que é atualmente a vida do autor, mais 70 anos contados a partir de sua morte.

Uma vez atendidos esses requisitos, a obra goza de proteção autoral. Não se exige que a obra que se pretende proteger seja necessariamente classificada entre os 13 incisos do art. 7º, já que a doutrina é unânime em dizer que o *caput* deste artigo enumera as espécies de obra exemplificativamente.

Por outro lado, é necessário que a obra *não* se encontre entre as hipóteses previstas no art. 8º da LDA, que indica o que a lei considera como não sendo objeto de proteção por direitos autorais.

¹² Ver, entre outros, Costa Netto, 1998.

O senhor da tradução: pagando por O senhor dos anéis

Em 29 de fevereiro de 2004, o filme *O senhor dos anéis — o retorno do rei* sagrou-se o grande vencedor da 76ª cerimônia de entrega do Oscar, a láurea máxima do cinema norte-americano, recebendo os 11 prêmios a que havia sido indicado.

Ganhar o Oscar de melhor filme representa no mínimo, desconsiderados os benefícios colaterais, um grande incremento na bilheteria do agraciado com a estatueta dourada. No caso de *O senhor dos anéis*, por seu apelo juvenil e por atingir em cheio a camada da população que mais frequenta cinema, a vitória significa ainda a industrialização em larga escala de uma infinidade de produtos derivados do filme, que por sua vez derivou de um extenso livro. Em princípio, toda utilização de obra original para a confecção de produtos derivados depende de autorização do titular dos direitos autorais. Além disso, e naturalmente, com o sucesso da trilogia, o próprio livro, escrito entre as décadas de 1930 e 40 pelo inglês J. R. R. Tolkien, tornou-se um fenômeno comercial, inclusive no Brasil.

Conforme se observa no art. 7ª da LDA, a tradução é um dos tipos de obras protegidas por direitos autorais. Sendo assim, a tradução — que para ser feita precisa ser autorizada pelo titular dos direitos sobre a obra original a ser traduzida — confere ao tradutor o direito autoral sobre seu trabalho.

No Brasil, a tradução de *O senhor dos anéis* acabou no tribunal. Dois tradutores foram contratados e remunerados para realizar o trabalho de traduzir o monumental livro de Tolkien. Os desdobramentos das relações jurídicas derivadas das diversas cessões e licenças de direitos autorais referentes a *O senhor dos anéis* acabaram repercutindo inclusive na seara da tradução, que no Brasil rendeu um processo judicial, no qual a Editora Martins Fontes foi obrigada a pagar aos tradutores da versão brasileira 5% sobre o valor de cada exemplar vendido, conforme decisão da 37ª Vara Cível de São Paulo.

Os tradutores alegaram no processo que haviam recebido um adiantamento pelo trabalho e que, após o lançamento da obra no mercado, não receberam qualquer valor adicional. Argumentaram ainda que não há cessão definitiva dos direitos autorais dos tradutores e que diversos julgados confirmavam essa tese. Os dois afirmaram ainda que a Martins Fontes teria obtido um enriquecimento injustificado com a obra, já que eles nada tinham recebido pela venda das várias tiragens.¹³

O juiz acolheu os argumentos dos tradutores e julgou o pedido de pagamento procedente. “Os autores possuem o direito de receber cinco por cento a título de direitos autorais sobre o preço de capa de cada exemplar da obra *O senhor dos anéis*”, registrou. Segundo o magistrado, o trabalho do tradutor gera direitos autorais, não sendo tarefa sobre a qual se deva pagar um preço fixo. Consta ainda da sentença que “na falta de estipulação por escrito, que deve existir sempre, não se presume qualquer cessão de direitos”.¹⁴

Que fazer com um título? De Amor mexicano a Jim Carrey

A LDA prevê, em seu art. 10, que a proteção à obra intelectual abrange seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgado anteriormente por outro autor. O art. 8º, por sua vez, que trata das obras *não* protegidas por direitos autorais, determina que não são objeto de proteção os nomes e títulos isolados.

Por isso, há que se considerar com cautela a proteção aos títulos das obras. Como a lei observa que a proteção só será

¹³ Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/22601,1>>. Acesso em 1 fev. 2007.

¹⁴ Idem.

conferida se o título for “original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero”, temos um critério que, na prática, precisa ser interpretado.

Se alguém quiser fazer um filme intitulado *Amor*, não poderá se opor a que outro também o faça. A consulta ao site do The Internet Movie Database <www.imdb.com> aponta a existência de 11 filmes chamados *Amor*, desde uma produção mexicana de 1922 até um outro filme mexicano de 2006. Considerando-se os títulos que contêm a palavra “amor”, a lista atinge o expressivo número de 1.025 filmes.¹⁵

Por outro lado, não há como tratarmos da mesma maneira um título como *Brilho eterno de uma mente sem lembranças* — *Eternal sunshine of the spotless mind*, filme dirigido por Michel Gondry em 2004 e estrelado por Jim Carrey e Kate Winslet —, ou *Noites de verão com perfil grego, olhos amendoados e cheiro de manjerição* (*Noite d'estate con profilo greco, occhi a mandorla e odore di basilico*), título excêntrico da diretora Lina Wertmüller, de 1986. Assim, a regra é que quanto mais original o título, maior a proteção de que gozará.

Recentemente, houve um problema envolvendo o título de um filme de Woody Allen — *Match point*. À época do lançamento do filme, a Playarte, sua distribuidora no Brasil, queria lançá-lo como *Ponto final*. Mas o diretor brasileiro Marcelo Taranto estava pré-produzindo um filme com o mesmo título e, segundo o diretor, já o havia registrado. Dado o protesto de Taranto quanto à tradução para o português do título do filme de Woody Allen, a distribuidora decidiu lançá-lo como *Match point* — *ponto final*.

¹⁵ Disponível em: <www.imdb.com>. Acesso em: 10 out. 2008.

Se o registro é facultativo, registrar por quê?

De acordo com a LDA, a proteção aos direitos autorais independe de registro. Assim, os autores podem ou não registrar suas obras, sendo o registro, portanto, uma faculdade e não uma obrigação.

O art. 19 da LDA determina que é facultado ao autor registrar sua obra no órgão público definido no *caput* e no §1º do art. 17 da Lei nº 5.988 de 1973, antiga lei brasileira de direitos autorais. E o que dizem tais dispositivos legais?

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

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

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

§3º Não se enquadrando a obra nas entidades nomeadas neste artigo, o registro poderá ser feito no Conselho Nacional de Direito Autoral.

Convém lembrar que o Conselho Nacional de Direito Autoral não mais existe e que obras cinematográficas devem ser registradas na Agência Nacional de Cinema (Ancine).¹⁶

Se o registro é facultativo, qual o objetivo de se registrar a obra? Bem, às vezes o registro é necessário para fins de distribui-

¹⁶ Para maiores informações, ver <www.ancine.gov.br>.

ção, como no caso do registro de obra cinematográfica na Ancine. Por outro lado, o registro serve sobretudo para se fazer prova de anterioridade da obra. Se João afirma ser o autor de um livro que escreveu em 2005, Paulo pode demonstrar que tem registro do mesmo livro (ou de uma versão anterior deste) na Biblioteca Nacional, com data de 2000. O registro pode ser útil, portanto, para o caso de se precisar fazer prova em eventual disputa — judicial ou não — em que mais de uma pessoa pleiteie ser titular dos direitos sobre determinada obra.

É importante ressaltar que o registro não constitui nenhum direito, ou seja, não é o fato de se ter o registro de uma obra que seu titular será considerado autor. Em uma disputa judicial, o juiz analisará o registro como qualquer outra prova e, caso se convença de que o titular do registro não é o autor, poderá decidir em favor daquele que não é o detentor do registro.

Obras não protegidas

O que não é direito autoral: propriedade industrial

É muito comum que as pessoas confundam os objetos de estudo dos direitos autorais com os demais objetos de estudo de matérias afins. A propriedade intelectual é classicamente dividida em dois grandes ramos. Um se dedica ao estudo dos direitos autorais e, no âmbito das disciplinas jurídicas, aloca-se no direito civil. O outro ramo é chamado de propriedade industrial e tem seu estudo sistematizado principalmente no âmbito do direito empresarial.

A propriedade industrial é disciplinada no Brasil pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. De acordo com seu art. 2º:

Art. 2º. A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

- I — concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
- II — concessão de registro de desenho industrial;
- III — concessão de registro de marca;
- IV — repressão às falsas indicações geográficas;
- V — repressão à concorrência desleal.

A propriedade industrial — vulgarmente chamada de “marcas e patentes”, uma denominação restritiva e insuficiente para delimitar-lhe a abrangência — tem um caráter visivelmente mais utilitário do que o direito autoral.

As invenções e os modelos de utilidade que podem ser objeto de concessão de patente, por exemplo, costumam ter por finalidade a solução de um problema técnico.¹⁷ Assim, quando o telefone foi inventado, resolvia-se com ele o problema de ser necessário se deslocar de um lugar a outro caso se quisesse falar com uma pessoa ausente.

Por outro lado, a composição de determinada música ou a realização de uma escultura ou uma pintura não põe fim a qualquer problema técnico. O que se pretende com essas obras é tão-somente estimular o deleite humano, o encantamento; o que se quer é causar emoção.

Embora esse requisito não seja indispensável para se proteger uma obra por direito autoral (afinal, programas de computador são protegidos por direito autoral embora o código-fonte tenha uma função muito mais utilitária do que emotiva), é um dos principais traços distintivos para que as obras sejam assim protegidas.

O que o direito autoral não protege e o que fazer com as ideias

Já vimos que o art. 7º da LDA estabelece que obras intelectuais a lei protege. No artigo subsequente, a LDA indica o que *não* é protegido por direito autoral, nos seguintes termos:

¹⁷ Ver Barbosa, 2003:337 e segs.

Art. 8º. Não são objeto de proteção com os direitos autorais de que trata esta Lei:

I — as idéias, 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.

As ideias são de uso comum e, por isso, não podem ser aprisionadas pelo titular dos direitos autorais. Se não fosse assim, não seria possível haver filmes com temas semelhantes, realizados próximos uns dos outros, como aliás é comum acontecer. *Armageddon*, dirigido por Michael Bay em 1998, tratava da possibilidade de a Terra ser destruída por um meteoro, mesmo tema de seu contemporâneo *Impacto profundo — Deep impact*, de Mimi Leder, dirigido no mesmo ano.

No mesmo sentido, *O inferno de Dante — Dante's peak*, de Roger Donaldson, 1997 — trata de uma cidade à beira da destruição por causa da volta de um vulcão à atividade, tema semelhante ao de *Volcano — a fúria* (*Volcano*, de Mick Jackson, também de 1997).

Mas há exemplos mais eruditos a considerar. Ao mesmo tempo em que Charles Darwin escreveu seu famoso *A origem das espécies*, Alfred Russel Wallace encaminhou ao cientista um trata-

do com teoria semelhante, o que acabou tendo como consequência a publicação conjunta das obras. Ambos tiveram a mesma ideia: escrever tratados científicos a partir de pontos de vista semelhantes, já que era impossível, a qualquer um dos dois, apropriar-se da ideia ou invocar sua exclusividade por esta ter-lhe ocorrido primeiro.

Já no caso dos bens protegidos por propriedade industrial, o que se protege inicialmente é a ideia, consubstanciada em um pedido de registro (de marca) ou de patente (de invenção ou de modelo de utilidade). A LDA, inclusive, faz referência ao fato, ao informar, no último inciso do art. 8º, que não é passível de proteção como direito autoral o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras. Ou seja, a obra que descreve uma invenção é protegida por direito autoral, mas a invenção em si só é protegida pela propriedade industrial, de acordo com o disposto na Lei nº 9.279/96, se atendidos os requisitos legais de proteção.

É plágio? Um menino entre felinos

Em 1981, o médico e escritor Moacyr Scliar — eleito em 2003 para a Academia Brasileira de Letras — escreveu um breve romance intitulado *Max e os felinos*. Nele, um menino alemão chamado Max se via, após um naufrágio transatlântico (vindo da Europa para o Brasil), dividindo um bote salva-vidas com um jaguar.

Cerca de 20 anos depois, o escritor Yann Martel foi agraciado com a mais elevada distinção literária da Inglaterra pelo livro *Life of Pi* — publicado no Brasil pela Editora Rocco com o título de *A vida de Pi* —, no qual um menino indiano chamado Pi se via, após um naufrágio transatlântico (indo da Índia para o Canadá), dividindo um bote salva-vidas com um tigre de bengala.

Na época da premiação do livro de Martel com o Man Booker Prize, a imprensa especulou a respeito da possibilidade de Scliar processar Martel por plágio. O escritor gaúcho sempre disse que não tinha essa intenção, e efetivamente não moveu qualquer processo. Afinal, Martel havia se apropriado de uma imagem, de uma ideia de Scliar. E ideias não são protegidas por direito autoral.

É plágio? Uma bicicleta azul

Outro caso interessante envolve o conceito de originalidade e de paródia, tendo sido apreciado pelos tribunais franceses. Imagine a seguinte história: jovem e corajosa mulher, de temperamento forte, vê sua juventude interrompida pela guerra que explode e divide seu país. Apaixona-se por um homem que não pode ter e enfrenta os dissabores da guerra, tendo que cuidar de uma jovem frágil, que engravida do homem por quem a jovem heroína se apaixonara. Entre invasões de inimigos, explosões e bombardeios, a jovem acaba por se envolver intensamente nos conflitos. Se o leitor acha essa sinopse parecida *demais* com a de ...*E o vento levou*, não está sozinho. Os tribunais franceses também acharam.

Régine Déforges publicou a trilogia *A bicicleta azul* tendo como pano de fundo a II Guerra Mundial, e o romance teve grande sucesso de venda tanto na França quanto em outros países, inclusive no Brasil. Ocorre que as semelhanças entre *A bicicleta azul* e o famoso e colossal relato de um drama familiar passado durante a Guerra Civil norte-americana, publicado pela primeira vez em 1936 por Margareth Mitchell, foram tantas que Régine Déforges acabou sendo condenada por plágio pelos detentores dos direitos autorais de ...*E o vento levou*.

Assim se pronunciou o tribunal, que decidiu:¹⁸

Baseado no estudo comparativo entre os dois trabalhos, é claro que o que Régine Déforges pegou emprestado do trabalho de Margareth Mitchell e o incorporou em *A bicicleta azul*; [isso] é perfeitamente identificável e relaciona-se com os elementos mais importantes do romance da Sra. Mitchell.

O tribunal também entendeu que Déforges copiara “o argumento, o desenvolvimento da ideia e a progressão da narrativa, as características físicas e psicológicas da maioria dos personagens, a relação entre eles, vários personagens secundários, um grande número de situações características, a composição e a expressão de numerosas cenas e momentos dramáticos chaves de ...*E o vento levou*”.¹⁹

Dessa forma, e mesmo tendo alegado que fizera uma paródia das ideias contidas no livro clássico sobre a Guerra da Secesão norte-americana, Déforges foi obrigada a pagar a quantia de US\$ 333 mil aos titulares dos direitos autorais da obra considerada plagiada.

O artigo extraído da internet é esclarecedor e conclui tecendo algumas considerações interessantes:

O caso foi longo e complicado porque há poucos precedentes. A Lei Francesa proíbe o plágio, mas autoriza a paródia, forma literária secular definida como imitação humorística de um texto reconhecível. Os herdeiros de Mitchell não viram nada de engraçado a respeito de *A bicicleta azul*, a despeito das constantes afirmativas

¹⁸ Disponível em: <<http://faculty.uccb.ns.ca/philosophy/115/originality%20page2.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2004.

¹⁹ Idem. Acesso em: 18 jul. 2004.

de Déforges no sentido de que seu romance era uma paródia. — Eu sei o que é plágio e é algo ruim —, disse Déforges quando o caso foi parar na justiça. — Desde o início, *A bicicleta azul* era para ser uma paródia. Nunca disse que era para ser algo diferente.

A corte rejeitou seu argumento, dizendo que as diferenças entre os dois trabalhos eram “inegavelmente secundárias e irrelevantes, dada a extensão de suas semelhanças”.²⁰

Como se vê, o uso que Régine Déforges fez de *...E o vento levou* em sua trilogia foi muito diferente daquele feito por Yann Martel da obra de Moacyr Scliar. Dessa forma, o plágio não pode ser inferido apenas porque uma ideia se assemelha a outra. É preciso que sejam considerados diversos elementos — características dos personagens, eventos importantes da história — para que o plágio se configure em análise inevitavelmente casuística.

Software

Um instituto híbrido

De acordo com a LDA, os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições da própria LDA que lhes sejam aplicáveis (art. 7º, §1º).

²⁰ No original, lê-se: *The case has been long and complicated because there are few precedents. French law forbids plagiarism, but it does allow pastiche, a centuries-old literary form defined as a humorous take-off or remake of a recognizable original text. Mitchell's heirs saw nothing funny about The Blue Bicycle, despite Deforge's repeated assertions that her novel was meant as a pastiche. "I know what plagiarism is, and it's a very bad thing", Deforges said when the case went to court two year ago. "From the beginning The Blue Bicycle was intended to be a pastiche. I never said it was supposed to be anything else." The court rejected her argument, saying the differences between the two works were "undeniably secondary and inoperative, gives the extent of their similarities".*

Em conformidade com o disposto na LDA e em seu complemento, a Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que trata especificamente de programas de computador, 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 vigente no país. Ou seja, aplica-se a lei especial e a LDA no que esta não for conflitante com aquela.

Surge então uma pergunta: as obras protegidas por direitos autorais não são as que têm valor estético, e não meramente utilitário? A que, intuitivamente, um programa de computador mais se assemelha: a uma música, que invoca emoções distintas, ou a uma invenção, que mesmo sem despertar comoção pode resolver um problema técnico? Bem, parece-nos que a segunda resposta é mais realista.

Além disso, o programa de computador, ainda que seja tratado pela legislação como obra literária, artística ou científica, tem registro opcional — como as demais obras protegidas por direitos autorais —, o que é previsto pelo Decreto nº 2.556 de 1998, mas não na Biblioteca Nacional, e sim no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi).

Ainda assim, contrariamente ao que acontece com as demais obras protegidas no âmbito da propriedade industrial — marcas, invenções, modelos de utilidade etc. —, o registro do programa de computador não é constitutivo, ou seja, não é necessário para que os direitos sejam conferidos ao seu titular. A proteção por direito autoral decorre da criação da obra, como se dá com as demais obras de caráter literário, artístico e científico.

Software é igual a livro?

A lei prevê que os programas de computador recebam o mesmo tratamento dado às demais obras literárias, artísticas e científicas, nos termos da Lei nº 9.609/98 e da LDA. Nesse as-

pecto, a proteção conferida aos programas de computador os equipara aos livros, por exemplo. Mas basta que se esteja diante de um código fonte — o código de programação de um software — para se perceber o quão diferente este pode ser de um texto literário. Apesar das diferenças evidentes, a decisão legislativa foi conferir aos programas de computador a proteção dada às obras protegidas por direitos autorais, e é assim que a lei dispõe.²¹

Uma lei só para programas de computador

Conforme vimos, a LDA prevê que os programas de computador sejam objeto de proteção por legislação específica. A lei específica é a nº 9.609/98, aprovada pelo Congresso Nacional no mesmo dia da aprovação da LDA, tendo as duas por isso números sequenciais.

Comparada à LDA, a Lei nº 9.609/98 é extremamente sucinta. Ao longo de 16 artigos, seus dispositivos servem, na verdade, de exceção à LDA. Isso significa que a LDA se aplica, em sua totalidade, aos programas de computador, exceto naquilo que a Lei nº 9.609/98 dispuser em contrário. E alguns de seus dispositivos são realmente distintos, como veremos a título de exemplo:

- quanto aos programas de computador, não há direitos morais, exceto a) o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e b) o direito do autor de se opor a alterações não autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador que prejudique a sua honra ou reputação (art. 2º, §1º);
- diferentemente do prazo padrão de proteção conferido às obras protegidas por direitos autorais (a vida do autor, mais 70 anos),

²¹ Para uma análise histórico-política da proteção de software, ver Paranaguá, 2005.

os programas de computador são protegidos pelo prazo de 50 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação (art. 2º, §2º);

- ao contrário da LDA, que não disciplina os direitos derivados das relações contratuais em razão de prestação de serviços ou relação de emprego, a Lei nº 9.609/98 estabelece que, salvo quando estipulado em contrário, pertencem exclusivamente ao empregador, contratante de serviço ou órgão público os direitos relativos ao programa de computador desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, desde que este se destine expressamente à pesquisa e ao desenvolvimento, ou que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor, seja prevista, ou ainda que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos (art. 4º e seus parágrafos);
- conforme veremos, a LDA é extremamente restritiva no que concerne à possibilidade de cópia de obras alheias. A Lei nº 9.609/98 autoriza uma única cópia do programa de computador, ao afirmar que não constitui ofensa aos direitos do titular do programa de computador a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico (conhecida como backup) (art. 6º, I);
- quanto à circulação econômica do programa de computador, determina a Lei nº 9.609/98 que esta deve ser objeto de contrato de licença. No entanto, na hipótese de eventual inexistência do contrato de licença, o documento fiscal relativo à aquisição ou ao licenciamento de cópia serve de comprovação da regularidade de seu uso. Por isso, é importante arquivar todas as notas fiscais relativas à aquisição de programas de computador, sobretudo os chamados softwares de prateleira, que são vendidos em lojas.

2

O direito do autor

Quem é o autor? Uma pergunta difícil

Pessoa física e pessoa jurídica: a quem pertence a obra?

A LDA é categórica ao afirmar, em seu art. 11, que “autor é a pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica”. Mas o parágrafo único do mesmo artigo excepciona o princípio, afirmando que a proteção concedida ao autor pode se aplicar a pessoas jurídicas nos casos previstos na LDA.

De início, é muito importante distinguir entre autor e titular dos direitos autorais. Pela lei — atendendo-se, inclusive, a princípio lógico —, só a pessoa física pode ser autora. Afinal, apenas o ser humano é capaz de criar. A pessoa jurídica não pode criar, exceto por meio das pessoas físicas que a compõem, caso em que os autores são, então, as pessoas físicas.


Muito diferente, contudo, é a questão da titularidade. Ainda que apenas uma pessoa física possa ser autora, ela pode transferir a titularidade de seus direitos para qualquer terceiro, pessoa física ou jurídica. Nesse caso, ainda que a pessoa física seja para sempre a autora da obra, o titular legitimado a exercer os direitos sobre esta pode ser uma pessoa jurídica ou física distinta do autor.

Um exemplo muito esclarecedor: o escritor Paulo Coelho pode transferir seus direitos econômicos sobre determinada obra que escreveu para a editora responsável por sua publicação. Nesse caso, Paulo Coelho será para sempre autor da obra, mas não exercerá pessoalmente o direito sobre ela, já que, com a transferência, a editora é que terá legitimidade para exercê-lo.

Por outro lado, o autor pode transferir seus direitos para um amigo ou um parente. Da mesma forma, continuará a ser autor da obra, mas o exercício de seus direitos econômicos caberá a quem recebeu os direitos por meio de contrato — uma pessoa física, neste segundo exemplo.

Essa distinção é bastante importante para refletirmos sobre os propósitos da lei. Embora se chame Lei de Direitos Autorais, na verdade a LDA protege principalmente o titular dos direitos, que nem sempre é o autor.

O autor não precisa se identificar com seu nome verdadeiro. De fato, a LDA, em seu art. 12, dispõe que, para se identificar como autor, o criador da obra pode usar seu nome civil, completo ou abreviado até por iniciais, pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional.

Assim como é comum que atores e atrizes usem nomes artísticos, também autores podem se apresentar com pseudônimos. O famoso escritor Marcos Rey, autor de *Malditos paulistas*, *Memórias de um gigolô* e diversos livros infanto-juvenis, tinha por nome verdadeiro Edmundo Donato. Por sua vez, o internacionalmente conhecido Mark Twain se chamava Samuel Longhorne Clemens. O poeta Edward Estlin Cummings se identificava apenas como E. E. Cummings, e o músico Prince Rogers Nelson decidiu, durante algum tempo, ser identificado por  (ou, informalmente, o Artista Anteriormente Conhecido como Prince).

Para ser identificado como autor de determinada obra, basta que o artista assim se apresente. De acordo com o art. 13 da

LDA, considera-se autor da obra, não havendo prova em contrário (e aí o registro aparece como um fato relevante), aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas anteriormente, tiver, em conformidade com o uso, indicado ou anunciado essa qualidade na sua utilização.

Também é titular dos direitos autorais quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída em domínio público, não podendo se opor a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo quando cópia da sua.

Nos tempos contemporâneos, porém, nem sempre é fácil identificar o autor da obra. Quando a obra é realizada por mais de uma pessoa, a questão pode ficar bem complicada. Nem tanto quando se tratar de uma coautoria, mas quando a obra for construída colaborativamente, caso em que o conceito de autor se torna fluido e diluído, como veremos nas seções a seguir.

Coautoria e obras coletivas

A questão da autoria das obras torna-se consideravelmente mais complicada quando há mais de um autor. Existe coautoria quando duas ou mais pessoas são autoras de uma mesma obra. A situação é extremamente comum quando se trata de música, sendo trivial a existência de um letrista que trabalha em conjunto com o autor da melodia.

A LDA determina, em seu art. 32 que, quando uma obra feita em regime de coautoria não for divisível, nenhum dos coautores, sob pena de responder por perdas e danos, pode, sem o consentimento dos demais, publicá-la ou autorizar-lhe a publicação, salvo na coleção de suas obras completas. Um bom exemplo de obra coletiva indivisível são os livros publicados em nome de Wu Ming. De fato, Wu Ming é a assinatura usada por cinco autores italianos que escreveram romances coletivos como “Q” e

“54”. As obras são escritas em conjunto, de modo que é impossível saber quem escreveu cada parte do livro. As obras do grupo podem ser obtidas gratuitamente na internet, já que encontram-se licenciadas pela Creative Commons.²²

Por obra divisível entende-se, exemplificativamente, uma coletânea de contos, crônicas ou poemas, que reúna textos de diversos autores.

No caso das obras indivisíveis, ao surgir uma divergência, os autores decidem por maioria. Ao coautor dissidente, a LDA assegura os seguintes direitos: a) não contribuir para as despesas de publicação da obra, renunciando, entretanto, a sua parte no lucro e b) vedar que se inscreva seu nome na obra.

Cada coautor pode, individualmente, mesmo sem o consentimento dos demais, registrar a obra e defender os próprios direitos contra terceiros.

A LDA trata ainda dos casos que não configuram coautoria. Determina que não se considere coautor alguém que simplesmente tenha auxiliado o autor na produção da obra, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação.

As obras audiovisuais obedecem a uma disciplina legal específica quanto à indicação dos autores. Segundo a LDA (art. 16), são coautores de uma obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou literomusical — isto é, o roteirista — e o diretor. Dessa forma, são coautores de um filme o roteirista e o diretor. Ainda assim, o diretor será o único titular dos direitos morais sobre a obra (art. 25).

O tema será tratado mais a fundo nas seções a seguir, mas cabe aqui uma breve nota sobre a distinção entre direitos morais

²² Para maiores informações, ver o website oficial do grupo: <www.wumingfoundation.com/english/biography.html>.

e patrimoniais. Estes últimos são os chamados direitos econômicos da obra, ou seja, os que autorizam seu titular a explorar a obra economicamente. Os primeiros referem-se aos direitos de personalidade do autor e garantem que, independentemente de quem exerça os direitos patrimoniais, o autor será sempre referido como o criador da obra.

A LDA determina, em seu art. 17, §2º, que o organizador de obra coletiva — seja pessoa física, seja jurídica — exerça a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto.

Autoria além do autor? Como impedir a exibição de Os doze macacos?

Muitas histórias curiosas podem ser invocadas para se ilustrar como a indústria do entretenimento vem transformando a propriedade intelectual em um fator de limitação à criatividade. O excesso de proteção — sobretudo nos Estados Unidos — acaba por exceder os limites do razoável.

Lawrence Lessig (2001) cita pelo menos três casos interessantes: o filme *Os doze macacos* teve sua exibição interrompida por decisão judicial 28 dias após seu lançamento porque um artista alegou que uma cadeira que aparecia no filme lembrava um esboço de mobília que ele havia desenhado. O filme *Batman forever* foi ameaçado judicialmente porque o batmóvel era visto em um pátio alegadamente protegido por direitos autorais, e o arquiteto titular dos direitos exigia ser remunerado antes do lançamento do filme. Em 1998, um juiz suspendeu o lançamento de *O advogado do Diabo* por dois dias porque um escultor alegou que um trabalho seu aparecia no fundo de determinada cena. Tais eventos ensinaram os advogados que eles precisam controlar os cineastas. Eles convenceram os estúdios que o controle criativo é, em última instância, matéria legal.

É também Lessig quem chega a dizer, diante de tantas imposições da indústria cinematográfica norte-americana com relação

ao *clearing*²³ de direitos autorais na produção de um filme, que um jovem cineasta estaria livre para realizar um filme desde que em uma sala vazia, com dois de seus amigos.²⁴

Como se vê, nem sempre o verdadeiro autor da obra tem total ingerência sobre seu destino. É cada vez mais comum a necessidade de realizar um *clearing* dos direitos das obras alheias relacionadas na obra principal. Exemplo clássico é o do filme *Tarnation* (*Tormenta*, em português), dirigido por Jonathan Caouette em 2003, que custou cerca de US\$218, mas teve um custo de cerca de centenas de milhares de dólares de liberação de direitos sobre músicas, filmes e programas de televisão que apareciam incidentalmente no filme.²⁵

Obras colaborativas e o desaparecimento do autor

O mundo vem experimentando recentemente uma guinada conceitual quanto à ideia de autor. Primo Levi, escritor italiano, criou certa vez um personagem chamado senhor Simpson, simpático homem de negócios que oferecia em seu variado catálogo de produtos, entre outras coisas, máquinas capazes de produzir automaticamente versos nas formas desejadas, sobre os temas escolhidos, dispensando o engenheiro do “autor”.²⁶

²³ Denomina-se *clearing* o ato de obter todas as licenças necessárias para o uso de obras de terceiros que apareçam no filme, ainda que incidentalmente, de modo a evitar possíveis transtornos na exibição da obra.

²⁴ No original, lê-se: *I would say to an 18-year-old artist, you're totally free to do whatever you want. But — and then I would give him a long list of all the things that he couldn't include in his movie because they would not be cleared, legally cleared. That he would have to pay for them. [So freedom? Here's the freedom]: You're totally free do make a movie in an empty room, with your two friends.*

²⁵ Disponível em: <<http://rogerebert.suntimes.com/apps/pbcs.dll/article?AID=20041014/REVIEWS/40921006/1023>>. Acesso em: 13 out. 2008.

²⁶ Conforme a revista *Entre Livros*, São Paulo: Duetto, ano I, n. 9, p. 70.

Sabe-se que hoje a tecnologia já se encontra bem próxima disso — ou talvez, mesmo que não se queira admitir, tal realidade já exista. Pelo menos, nas artes gráficas, os computadores já são capazes de produzir independentemente da mão humana.

Diante dessas possibilidades revolucionárias, há que se repensar os conceitos de autor e de usuário da obra intelectual. Já se entende que o autor não trabalha mais exclusivamente sozinho. Na sociedade da informação, é preciso compreender quem de fato é o autor de uma obra. Vários exemplos podem ser invocados: há autores que escrevem livros online contando com a contribuição dos leitores; programas de televisão que têm seu curso determinado pelos espectadores; usuários da internet que, diariamente, criam obras derivadas de obras alheias, num trabalho infinito e não sem valor artístico e cultural, muito pelo contrário.

O projeto *A Swarm of Angels* (*Um Enxame de Anjos*, em tradução literal) foi concebido de modo a ser o primeiro filme financiado, produzido e distribuído de modo colaborativo. O objetivo é angariar cerca de US\$1 milhão a partir da contribuição de 50 mil voluntários, que poderão participar da produção do filme, a partir de votações no website do projeto.²⁷

Em comunhão com essas considerações, há que se destacar ainda que os consumidores de arte há muito deixaram de exercer um papel exclusivamente passivo, para atuar de maneira relevante na disseminação das ideias, na reinvenção do mundo e na integração das diversas culturas, manifestações artísticas e criativas.

É a partir dessa atuação conjunta que surge a de obras colaborativas. O conceito não é novo. No entanto, o princípio agora é sobretudo uma emanção do avesso do conceito de autor: o direito do autor fica em segundo plano, e muitos participam de

²⁷ Para maiores detalhes ver <<http://aswarmofangels.com.br/>>.

obras colaborativas “porque consideram esta atividade divertida, outros o fazem porque acreditam estar retribuindo conhecimento à sociedade, e outros ainda porque passam a se sentir parte de uma iniciativa global, que pode beneficiar diretamente centenas de milhares de pessoas, se não a humanidade como um todo”.²⁸

Com base nesses preceitos, criou-se a *wikipedia* em janeiro de 2001.²⁹ A *wikipedia* é um grande projeto de criação intelectual que desafia os paradigmas dos direitos autorais. Pondo em xeque os conceitos de autor, de titularidade, de edição e até mesmo de obra, a *wikipedia* pode ser considerada não mais uma obra coletiva, mas uma obra colaborativa. Trata-se de uma enciclopédia online <www.wikipedia.com>, na qual qualquer usuário da internet pode alterar qualquer verbete, de modo a torná-lo mais preciso ou mais completo, de acordo com seu julgamento.

Sem os problemas engessadores da *Enciclopédia Britannica*, por exemplo, como o tamanho físico que ocupa; o custo de tradução, impressão e distribuição; além, evidentemente, do tempo gasto em revisões e atualizações, a *wikipedia* pode ser ao mesmo tempo universal e popular. Dessa maneira, conta com verbetes em 205 línguas e dialetos e é de uma atualidade impressionante. Contém defeitos, é claro, mas especialistas afirmam que a própria *Enciclopédia Britannica* os tem em número quase igual, estabelecido por amostragem. A revista *Nature* inglesa submeteu à análise de especialistas 50 artigos científicos da *wikipedia* e da *Britannica*. Nas 42 revisões que foram devolvidas à revista, os especialistas apontaram uma média de quatro inconsistências por verbete da *wikipedia* contra três de sua concorrente.³⁰

²⁸ Lemos, 2005:81-82.

²⁹ Cf. *Época*, n. 401, 23 jan. 2006, p. 40.

³⁰ Id., p. 43.

O sistema baseado no conceito de *wikis* — segundo o qual os usuários podem não só acrescentar informações, como nos blogs, mas também editá-las e publicá-las — se presta a diversos fins de criação. A Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas, no Rio de Janeiro, adotou o sistema para que os alunos o utilizem na elaboração de cadernos de estudo colaborativos, com base nas aulas ministradas em sala.

Direitos morais

Um direito perpétuo?

Os autores que se dedicam ao estudo dos direitos autorais salientam que estes são dotados de natureza híbrida, dúplice ou *sui generis*. O autor é titular, na verdade, de dois feixes de direitos. Um deles diz respeito aos direitos morais, que seriam uma emanção da personalidade do autor e que estão intimamente ligados à relação do autor com a elaboração, a divulgação e a titulação de sua obra. O outro refere-se aos direitos patrimoniais, que consistem basicamente na exploração econômica das obras protegidas.

Direitos morais do autor são aqueles indicados pela LDA em seu art. 24. São eles:

- I — o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;
- II — o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;
- III — o de conservar a obra inédita;
- IV — o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
- V — o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

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

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

Ao contrário dos direitos patrimoniais, que regulam o exercício do poder econômico do autor sobre a utilização de sua obra por terceiros, o que os direitos morais visivelmente procuram defender é a relação do autor com a própria obra. Dividem-se em três grandes direitos:

- indicação da autoria (incisos I e II) — o autor sempre terá o direito de ter seu nome vinculado à obra. Por isso, qualquer remontagem de peça de Shakespeare deve fazer referência ao fato de a obra ter sido elaborada pelo escritor inglês, apesar de toda a sua obra já ter caído em domínio público;
- circulação da obra (incisos III e VI) — o autor tanto pode manter a obra inédita quanto retirar a obra de circulação. Uma questão muito discutível é a de autores que deixam expressamente indicada sua vontade de não ter determinado livro publicado após sua morte e, ainda assim, seus herdeiros o publicam;³¹

³¹ Parte da obra de Franz Kafka só se tornou pública porque Max Brod desobedeceu a orientação de seu amigo íntimo, que lhe pediu para queimar todas as suas obras que não tivessem sido publicadas quando de sua morte. Graças a Max Brod, o mundo conheceu *O castelo* e *O processo*, duas das obras mais significativas do escritor tcheco.

- alteração da obra (incisos IV e V) — compete ao autor modificar sua obra sempre que lhe convier ou vetar qualquer modificação a ela. Em 2006, o governo chinês informou que não permitiria que o filme *Os infiltrados*, do diretor norte-americano Martin Scorsese, fosse exibido nos cinemas chineses porque o filme fazia referência à aquisição, pela máfia chinesa, de equipamentos militares. Solicitou-se a modificação do filme para que essa parte da história fosse alterada, mas o pedido foi recusado.³² A propósito, como anteriormente mencionado, diz a LDA que, no caso do Brasil, cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual.

Todas essas hipóteses já constavam, de modo mais ou menos idêntico, na lei anterior sobre direitos autorais, a Lei nº 5.988/73. Mas a LDA acrescentou mais uma possibilidade: o direito do autor de acessar exemplar único ou raro (sem qualquer precisão, a lei afirma que o critério é de exemplar único e raro), quando este se encontra legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou ainda audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado por qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Também em dois outros casos — por motivos evidentes — a LDA prevê a possibilidade de haver prévia e expressa indenização a terceiros: as hipóteses indicadas nos incisos V e VI acima.

A doutrina costuma classificar os direitos morais do autor como direitos de personalidade. Assim considerados, desfrutam das características dos direitos da personalidade em geral, sendo

³² Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2007/01/17/287443438.asp>>. Acesso em: 13 out. 2008.

inalienáveis e irrenunciáveis, como indica a LDA em seu art. 27. São, além disso — e embora a lei não o diga, talvez por ser de todo desnecessário —, imprescritíveis e impenhoráveis.

Há, entretanto, que se fazer distinção entre direitos autorais e os demais direitos da personalidade. De modo geral, os direitos de personalidade — nome, imagem, dignidade, honra etc. — nascem com o indivíduo e são desde logo exercíveis. Por outro lado, os direitos de personalidade relacionados aos direitos autorais só são exercíveis se o indivíduo criar algo. Portanto, nascem latentemente com os indivíduos, mas permanecem em condição suspensiva.

Se são direitos inalienáveis, quem pode exercê-los?

Admitindo-se que os direitos morais são de fato direitos da personalidade, por decorrência lógica devem ser exercidos pelo próprio autor, desde que seja capaz. Nada impede, porém, que menores absolutamente incapazes ou quaisquer outras pessoas que, por algum motivo, sejam relativa ou absolutamente incapazes sejam autores. Nesses casos, entretanto, os direitos patrimoniais devem ser exercidos pelo representante legal do autor, a quem compete também a defesa dos direitos morais do autor.

E o que acontece com os direitos morais quando o autor morre? A LDA determina que, por morte do autor, transmitam-se a seus sucessores os direitos morais a que se referem os Incisos I e IV.

Na verdade, a LDA comete aqui uma imprecisão terminológica. Sendo direitos de personalidade, os direitos morais não são transmissíveis. Por isso, não há como transmitir a um sucessor quaisquer desses direitos. O que acontece é que compete aos sucessores promoverem a defesa dos direitos morais do autor no caso das hipóteses assinaladas.

Projetos arquitetônicos e sua exceção legal

A regra é a da não modificação da obra sem o consentimento do autor, por se tratar, inclusive, de um direito moral seu. No entanto, a LDA excepciona o caso de obra realizada a partir de projeto arquitetônico. Diz em seu art. 26 que o autor pode repudiar a autoria de um projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão da construção. Isso significa que aquele que contrata a elaboração de projeto arquitetônico pode alterá-lo, independentemente da vontade do autor; mas, nesse caso, o autor pode repudiar o projeto. Em consequência desse repúdio, o proprietário da construção responde pelos danos que causar ao autor sempre que, após o repúdio, dê como da autoria deste o projeto repudiado.

Obras anônimas e publicadas sob pseudônimo

Embora raros, há casos de obras publicadas anonimamente. Um exemplo é o monumental *My secret life*, publicado no Brasil pela Editora Livros do Brasil com o título de *A minha vida secreta*. Trata-se da história de um homem — da infância à maturidade — na Inglaterra vitoriana. Há suspeitas de que o autor seja Henry Spencer Ashbee, mas a autoria jamais foi confirmada.

No caso de obras anônimas ou publicadas sob pseudônimo — situação em que o verdadeiro autor não é identificado —, a LDA prevê que os direitos patrimoniais estarão protegidos pelo prazo de 70 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação. Se o autor vier a ser conhecido antes da expiração desse prazo, aplica-se o prazo normal de proteção das obras intelectuais: a vida do autor, mais 70 anos.

Direitos patrimoniais

A proteção econômica dos direitos autorais

A propriedade intelectual encontra-se tão indissolúvelmente ligada a nossas vidas que mal paramos para refletir sobre seus efeitos em nosso cotidiano. Mas é inevitável: não podemos mais existir sem os bens criados intelectualmente.

Os exemplos são fartos. Diariamente, deparamo-nos com as mais diversas marcas nos produtos que consumimos e usamos, nas lojas em que entramos e mesmo em nossos locais de trabalho; utilizamos produtos tecnológicos muitas vezes protegidos por patentes; usamos softwares ininterruptamente em nossas tarefas laborais e, finalmente, em nossos momentos de lazer, lemos livros, jornais, vemos filmes, assistimos a novelas, ouvimos música. E não custa lembrar: na cultura do século XXI, quase tudo tem dono.

Assim sendo, a utilização dos bens de propriedade intelectual vem representando números cada vez mais significativos na economia globalizada. Segundo o jornal *Valor Econômico*, “com o PIB mundial de mais de US\$ 380 bilhões, o comércio de bens culturais foi multiplicado por quatro num período de duas décadas — em 1980, totalizava US\$ 95 bilhões”.³³

De acordo com Lesley Ellen Harris (1998:17), advogada canadense, a propriedade intelectual responderia por cerca de 20% do comércio mundial, o que significa aproximadamente US\$ 740 bilhões (a autora refere-se provavelmente a quantias anuais).

Quando falamos de bens culturais, tratamos necessariamente de direito autoral, um ramo da chamada propriedade intelectual. Conforme já visto, o direito autoral apresenta duas

³³ Borges, 2004:10.

manifestações distintas, intrinsecamente conectadas, sendo uma de aspecto moral e outra de aspecto patrimonial, pecuniário ou, se preferirmos, econômico.

Quanto à parcela do direito moral, a doutrina afirma que se trata de direito da personalidade. E os direitos da personalidade, como se sabe, têm por característica, entre outras, serem insuscetíveis de avaliação pecuniária. Dessa forma, quando nos referimos aos aspectos do direito autoral relacionados à sua avaliação econômica, não estamos nos referindo a outros direitos senão àqueles de caráter patrimonial.

Princípios que regem os direitos autorais: Harry Potter e O Código Da Vinci

Diversos são os princípios que se pode invocar para explicar o sistema de direitos autorais. Vejamos alguns:³⁴

- a) *Temporiedade* — de acordo com a LDA, para que uma obra seja protegida por direitos autorais, precisa estar dentro do prazo de proteção, que é ordinariamente o da vida do autor mais 70 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua morte (art. 41). Depois desse prazo, a obra cai em domínio público e qualquer pessoa pode dela valer-se patrimonialmente sem precisar da autorização do titular dos direitos autorais.
- b) *Prévia autorização* — enquanto a obra não cai em domínio público, só será possível a terceiros se valer dela se tiverem prévia e expressa autorização do titular dos direitos sobre a obra. O art. 29 da LDA traz uma extensa lista de atos cuja execução depende de autorização. Cabe mencionar que, como a lista é exemplificativa, pode-se considerar a existência de outras hi-

³⁴ Para análise mais detalhada ver Abrão, 2002.

póteses não constantes na LDA. Determina a lei que depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

- I — a reprodução parcial ou integral;
- II — a edição;
- III — a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;
- IV — a tradução para qualquer idioma;
- V — a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;
- VI — a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;
- VII — a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;
- VIII — a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:
 - a) representação, recitação ou declamação;
 - b) execução musical;
 - c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;
 - d) radiodifusão sonora ou televisiva;
 - e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
 - f) sonorização ambiental;
 - g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
 - h) emprego de satélites artificiais;
 - i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

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

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

Dessa forma, a adaptação do romance *A casa das sete mulheres*, de Letícia Wierz Chowski, em minissérie, a transformação do livro *Olga*, de Fernando Moraes, em filme e a tradução de *Dona Flor e seus dois maridos* para o italiano só puderam ser realizadas mediante autorização dos titulares dos direitos.

c) Ausência de formalidade ou proteção automática: de acordo com o art. 18 da LDA, a proteção aos direitos autorais independe de registro.

d) Perpetuidade do vínculo autor-obra: esta é uma decorrência do direito moral de autor. Como a autoria é uma emanção da personalidade, o nome do autor está perenemente conectado à obra que criou. Por isso, Cervantes sempre será o autor de *Dom Quixote*, devendo constar essa referência em qualquer adaptação que se faça da obra para teatro, cinema, televisão, ou em qualquer outro uso que dela se faça.

e) Individualidade da proteção: cada obra deve ser protegida independentemente. O livro *O Código Da Vinci*, escrito por Dan Brown, goza de proteção específica na qualidade de obra intelectual que é. Já o filme *O Código Da Vinci*, dirigido por Ron Howard, é obra independente e, como tal, goza também de proteção, incidindo sobre ambas, inclusive, prazos diferentes.

f) Independência das utilizações: diz o art. 31 da LDA que 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, respecti-

vamente, não se estende a quaisquer das demais. Por isso, quando o titular dos direitos sobre os livros de Harry Potter autoriza sua adaptação para o cinema, não autoriza implicitamente nenhum outro uso possível da obra. Se a autorização é para adaptação cinematográfica, esta não vale para adaptação para programa de televisão, nem peça de teatro, nem tradução para outro idioma, a menos que essas autorizações também estejam expressamente indicadas. Este princípio é decorrência direta do art. 4º da LDA, que prevê que se interpretem restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

- g) Direito de propriedade sobre o bem: quando adquirimos um bem protegido por propriedade intelectual, na verdade adquirimos o bem material em que a obra está fixada. Assim, se ganhamos um CD de presente, temos a propriedade sobre o bem CD, mas não sobre as obras que nele constam. Assim, podemos exercer plenamente nosso direito de propriedade sobre o CD: guardá-lo, doá-lo, abandoná-lo e até mesmo destruí-lo. Mas não temos qualquer direito sobre as músicas nele contidas, exceto nos limites previstos na lei. Por isso, até mesmo para fazer a cópia integral de qualquer uma das músicas, seria necessário termos autorização do titular dos direitos. Trataremos do tema mais adiante, quando estudarmos as limitações legais.

Prazo de proteção das obras protegidas por direitos autorais: como um só ratinho pode mudar tanto o mundo?

Como já vimos, o prazo de proteção dos direitos autorais no Brasil é, de acordo com o art. 41 da LDA, a vida do autor mais os 70 anos subsequentes à sua morte.

O prazo parece excessivo, e talvez seja mesmo. Afinal, se a lei pretende proteger o autor, não faz sentido prolongar a proteção a

suas obras por tanto tempo após sua morte. Na verdade, se fosse intenção da lei proteger *de fato* o autor, seria possível admitir que as obras caíssem em domínio público no momento de sua morte.

No entanto, a lei quer mais do que proteger apenas o autor. A fim de evitar casos como o de artistas ilustres, que, ao morrerem, deixavam a família na miséria enquanto os donos de teatros faziam fortuna à custa de suas obras, a lei pretende proteger também os sucessores dos autores. Daí o prazo de proteção conferido após a morte do autor. Contesta-se, porém, que o prazo seja tão longo.

De qualquer forma, não seria possível ao legislador brasileiro estipular prazo inferior a 50 anos, em razão do disposto na Convenção de Berna — da qual o Brasil é signatário —, que estabelece que a duração da proteção concedida pela convenção compreende a vida do autor e (pelo menos) 50 anos depois de sua morte.

Nos Estados Unidos, o prazo original de proteção aos direitos autorais era de 14 anos e foi sendo progressivamente estendido até chegar aos 70 anos contados da morte do autor,³⁵ que, a propósito, é o nosso prazo atual de proteção.

Porém, em 1998, o Congresso norte-americano aprovou uma lei que prorrogou por outros 20 anos o já extenso prazo anterior, em decorrência sobretudo da pressão de grupos de mídia como a Disney, que estava prestes a perder o Mickey Mouse para o domínio público. Assim, “o ratinho Mickey, que cairia em domínio público em 2003, ganhou uma sobrevida no cativeteiro por mais 20 anos. E com ele levou a obra de George Gershwin e todos os outros bens culturais que teriam caído em domínio público não fosse a mudança na lei”.³⁶

³⁵ St. Laurent, 2004:1.

³⁶ Lemos, 2004:10.

Existe direito autoral do espírito? O caso Humberto de Campos

O caso se tornou clássico. Humberto de Campos (1896-1934), escritor e político, eleito para a Academia Brasileira de Letras em 1920, publicou diversos livros de poesia, contos e crônicas. Apesar de ter falecido em 1934, a partir de 1937 várias crônicas e romances atribuídos ao escritor começaram a ser psicografados. Entre as obras, todas editadas pela Federação Espírita Brasileira, a de maior notoriedade entre os espíritas foi *Brasil, coração do mundo, pátria do Evangelho*.

Em 1944, a viúva de Humberto de Campos, d. Catarina Vergolino de Campos, ingressou em juízo contra a Federação Espírita Brasileira e Francisco Cândido Xavier, médium que havia psicografado os livros, a fim de obter uma declaração, por sentença, estabelecendo se essa obra mediúnica “era ou não do ‘Espírito’ de Humberto de Campos” e, em caso afirmativo, para deter os direitos autorais sobre a obra.

O assunto causou muita polêmica e, durante um bom tempo, ocupou espaço nos principais periódicos do país. A autora foi julgada carecedora da ação proposta, por sentença de 23 de agosto de 1944 do dr. João Frederico Mourão Russell, juiz de direito em exercício na 8ª Vara Cível do antigo Distrito Federal. D. Catarina Campos recorreu da sentença, mas o Tribunal de Apelação do antigo DF a manteve.³⁷

Domínio público

Vocação para a reciclagem: o uso de obras de terceiros e a expansão da cultura mundial

O ser humano cria a partir de obras alheias, de histórias conhecidas, de imagens recorrentes. Sempre foi assim e sempre será.

³⁷ Cf. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Humberto_de_Campos>. Acesso em: 1 fev. 2007.

O efeito do direito autoral nos autores de obras subsequentes requer uma ênfase especial. Criar um novo trabalho envolve pegar emprestado ou criar a partir de trabalhos anteriormente existentes, bem como adicionar expressão original a eles. Um novo trabalho de ficção, por exemplo, contém não só a contribuição do autor, mas também personagens, situações, detalhes etc. inventados por autores precedentes.

Segundo Landes e Posner (2003:66-67), em um eventual processo por plágio, caso um tribunal aplicasse o teste de “substancial similaridade” para comparar obras entre si e verificar o quanto de uma obra se encontra em outra, seria possível concluir que *Amor, sublime amor* infringiria os direitos sobre *Romeu e Julieta* se este estivesse protegido por direitos autorais. Da mesma forma, *Medida por medida* infringiria os (hipotéticos) direitos de uma peça elizabetana, *Promos e Cassandra*; o romance *Na época do ragtime*, de Doctorow, infringiria os direitos de Heirich von Kleist sobre seu romance *Michael Kohlhaas*; e o próprio *Romeu e Julieta* infringiria a obra de Arthur Brooke, *A trágica história de Romeu e Julieta*, publicada em 1562 e que, por sua vez, infringiria a história de Ovídio sobre Pyramus e Thisbe — que em *Sonhos de uma noite de verão* Shakespeare encenou como uma peça dentro da peça, outra infração dos “direitos autorais” de Ovídio. Estivesse o Velho Testamento protegido por direitos autorais, então *Paraíso perdido* os teria infringido, bem como o romance de Thomas Mann, *José e seus irmãos*. Ainda pior: no caso de autores antigos, como Homero e os do Velho Testamento, não temos como saber suas fontes e assim não sabemos até que ponto tais autores eram originais e até que ponto copiadores.

Se pensarmos na obra de Walt Disney, veremos que foi constituída predominantemente a partir da adaptação de obras alheias. *Branca de Neve e os sete anões* baseia-se em uma história dos irmãos Grimm; *Pinóquio*, em Carlo Collodi; *Dumbo*, em Helen

Aberson; *Bambi*, em Felix Salten; *Alice no país das maravilhas*, em Lewis Carroll; *A pequena sereia*, em Hans Christian Andersen. A lista poderia ser ainda maior.

O curioso, entretanto, é que quando Disney criou o Mickey, em 1928, o conceito de domínio público não retroagia muito no tempo: cerca de 30 anos mais ou menos. Isso significava que durante 30 anos seus titulares poderiam exercer o direito de explorar, com exclusividade, sua obra. Mas com o avançar do século XX, sobretudo nos últimos anos, o prazo de proteção das obras foi se tornando cada vez mais extenso, até atingir o prazo atual, que pode ser, em alguns casos — nos Estados Unidos —, de 95 anos.

O excesso de proteção não significa necessariamente maior lucro para o autor, mas certamente representa a diminuição de obras à disposição da sociedade tanto para se ter acesso quanto para a criação de novas obras.

O que, afinal, está em domínio público e o que se pode fazer com essas obras?

Há dois tipos de domínio público: um criado por lei (*legal commons*) e outro criado pela sociedade (*social commons*).

No que diz respeito ao domínio público criado por lei, quatro casos podem ser invocados. De acordo com seu art. 45, a LDA diz que: a) além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais (como visto, de 70 anos, contados da morte do autor ou da divulgação da obra, dependendo do caso), pertencem ao domínio público, ainda, b) as obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores e c) as obras de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Com relação às obras caídas em domínio público, qualquer pessoa pode fazer delas o uso que melhor lhe aprouver, mesmo

que com fins econômicos, sem que seja necessário pedir autorização a terceiros.

É importante ressaltar que o fato de uma obra ser de domínio público não significa que qualquer um possa cometer irresponsabilidades contra ela. A própria LDA determina que compete ao Estado a defesa da integridade e da autoria da obra caída em domínio público.

Um segundo tipo de domínio público está se formando, um tipo que só pôde se constituir especialmente a partir do surgimento da internet. Com o recrudescimento das normas protetoras dos direitos autorais, a sociedade viu limitada sua possibilidade de uso de obras de terceiros — inclusive o mero acesso. Além disso, são inúmeros os casos — como veremos adiante — de autores que não objetivam o lucro com a circulação de sua obra, e sim com novos modelos de negócios ou simplesmente com a divulgação de seu nome como artista. Para tanto, foi desenvolvido um sistema de licenças públicas por meio do qual os autores informam ao mundo em que circunstâncias terceiros podem ter acesso a suas obras, independentemente de autorização.

Nesse caso, embora amparado por um instrumento jurídico — a licença —, o domínio público é constituído não pela força da lei, mas pela vontade dos autores. E como o licenciamento depende dessa vontade, as liberdades que podem ser tomadas por terceiros dependem dos termos da licença. Veremos detalhadamente esse sistema de licenças no capítulo 4.

Colocar a obra na internet é o mesmo que colocá-la em domínio público?

Em princípio, não. Se a inserção da obra na internet constituir apenas a transposição de um meio (físico) para outro (digital), torna-se inclusive necessário pedir a autorização do autor para fazê-lo. Assim, a menos que se trate de um caso de limitação

aos direitos autorais, ninguém pode inserir, por exemplo, um livro de terceiro em site da internet sem a autorização do titular dos direitos sobre a obra.

Mas e se o livro for escrito online? E se se tratar de um blog? Ou de um fotolog? Ou de um e-mail? Não importa. Em todos esses casos, vale o mesmo princípio que vigora para os meios físicos. Por isso, a mera inserção da própria obra na internet não a faz cair em domínio público. Claro que o controle sobre a utilização da obra por terceiros será muito mais difícil. Mas essa é outra história.

A estranha história de Alice no país das restrições

A tecnologia em si é neutra. O uso que se faz dela é que pode ser bom ou mau. O que interessa ressaltar é que a tecnologia tem um papel cada vez mais influente na análise dos direitos autorais, já que hoje praticamente todo conteúdo cultural, de entretenimento ou científico pode ser encontrado em formato digital.

O abuso de regulação tecnológica pode nos levar a situações absurdas, injustas e algumas vezes tristemente cômicas. A empresa de software Adobe, por meio de seu sistema de *e-books* (livros eletrônicos que eventualmente podem ser baixados pela internet), protagonizou há algum tempo um evento curioso.

Em seu catálogo de livros que poderiam ser baixados para leitura, estava o clássico em domínio público — cujo prazo de proteção previsto pelas leis de direitos autorais já havia expirado — *Alice no país das maravilhas*. Ainda que o livro estivesse em domínio público, ao clicar no programa para ter acesso ao seu conteúdo, o usuário se deparava com a seguinte lista de restrições:³⁸

³⁸ Lessig, 2004.

- Cópia — nenhuma parte do livro pode ser copiada;
- Impressão — não é permitido imprimir este livro;
- Empréstimo — este livro não pode ser emprestado ou dado a terceiros;
- Doação — este livro não pode ser doado;
- Leitura em voz alta — este livro não pode ser lido em voz alta.

É evidente o absurdo das vedações. Aparentemente, tratava-se do caso de um livro infantil em domínio público que não podia ser lido em voz alta pelos pais para seus filhos. Questionada a respeito das vedações, a Adobe prontamente se defendeu dizendo que a última proibição referia-se ao uso do comando “ler em voz alta” do programa, e não ao fato de alguém ler o livro em voz alta para um terceiro. Mas, então, indaga Lawrence Lessig (2004): se alguém conseguisse contornar a restrição tecnológica que impedia o livro de ser lido em voz alta para que o próprio programa pudesse fazer a leitura para um cego, a Adobe consideraria isso um uso injusto do programa?³⁹

Como se percebe facilmente, também no sistema norte-americano do *fair use* é necessário que se busquem novos contornos interpretativos para se efetivar de maneira satisfatória o direito humano do acesso ao conhecimento e, conseqüentemente, à educação.

³⁹ Lessig, 2004.

3

O direito da sociedade

Função social dos direitos autorais

Direito autoral como propriedade intelectual

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, incisos XXII e XXIII, que é garantido o direito de propriedade, devendo esta atender a sua *função social*. Adiante, no art. 170, que inaugura o capítulo a respeito dos princípios gerais da atividade econômica, a Carta Magna estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios, entre os quais se destaca a *função social da propriedade*.⁴⁰

Ora, se, de acordo com a doutrina dominante o direito autoral é ramo específico da *propriedade* intelectual, há que se averiguar em que medida a funcionalização social da propriedade incide sobre o direito autoral.

Preliminarmente, dadas as características dos direitos de propriedade, observa-se que é possível atribuir ao direito autoral as

⁴⁰ Ambos os grifos são nossos.

peculiaridades atinentes à propriedade, exceto no que diz respeito à perpetuidade. Como se sabe, o titular do direito autoral tem sua propriedade limitada no tempo nos termos da LDA. Afinal, os direitos patrimoniais do autor perduram por 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.⁴¹

Na limitação temporal do direito autoral reside a primeira distinção entre os direitos autorais e os demais direitos de propriedade. Mas essa não é a única distinção, nem a mais relevante.

Segundo Antônio Chaves (1987:16), a diferença entre o direito autoral e os demais direitos de propriedade material revela-se pelos modos de aquisição originários (já que o direito autoral só surge para o autor mediante a criação da obra) e pelos modos de aquisição derivados. Afinal, no tocante a estes, no direito autoral não existe perfeita transferência entre cedente e cessionário, uma vez que a obra intelectual não sai completamente da esfera de influência da personalidade de quem a criou, em decorrência da manutenção dos direitos morais.

Quando adquire um bem móvel, seu titular exerce sobre o referido bem as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar. Dessa forma, o proprietário pode, por exemplo, usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la, ou ainda limitar seu uso por meio da constituição de direitos em nome de terceiros.

Mas, quando se trata de direito autoral,⁴² faz-se necessário apontar uma peculiaridade que constitua uma diferença básica entre a titularidade de um bem de direito autoral e a titularidade dos demais bens: a incidência da propriedade sobre o objeto.

A aquisição de um livro cujo texto se encontre protegido pelo direito autoral não transfere ao adquirente qualquer direito

⁴¹ LDA, art. 41.

⁴² A LDA, em seu art. 28, “atribui explicitamente ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

sobre a obra, que não é o livro, mas o texto contido no livro. Dessa forma, sobre o livro — bem físico —, o proprietário pode exercer todas as faculdades inerentes à propriedade, como se o livro fosse um outro bem qualquer, como um relógio ou um carro. Pode destruí-lo, abandoná-lo, emprestá-lo, alugá-lo ou vendê-lo, se assim o desejar.

Mas o uso da obra em si, do texto do livro, só pode ser efetivado dentro das premissas expressas da lei. Por isso, embora numa primeira análise ao leigo possa parecer razoável, não é facultado ao proprietário do livro copiar seu conteúdo na íntegra para revenda. Afinal, nesse caso não se trata de uso do bem material “livro”, e sim de uso do bem intelectual (texto) que o livro contém.

Esse princípio se encontra na LDA, em seu art. 37, que dispõe que a aquisição do original de uma obra, ou de um exemplar, não confere ao adquirente quaisquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nessa lei.

Mesmo que se trate de um quadro, caso em que a obra está indissociavelmente ligada a seu suporte físico, a alienação do bem material não confere a seu adquirente direitos sobre a obra em si, de modo que ao proprietário do quadro não é facultado, a menos que o contrato com o autor da obra assim preveja, reproduzir a obra em outros exemplares. A única exceção é feita pelo art. 77, que prevê, salvo convenção em contrário, que 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.

Remuneração do autor versus acesso ao conhecimento

Não só na construção jurídica os direitos autorais — bem como os demais direitos de propriedade intelectual — distinguem-se dos direitos de propriedade. Há aspectos relevantes de natureza econômica e mercadológica. Nesse ponto, é importante

fazer referência à teoria do *market failure* a que a doutrina, especialmente a norte-americana, vem se dedicando nos últimos anos.

Supõe-se que o mercado seja idealmente capaz de regular as forças econômicas que regem a oferta e a demanda, de modo que o próprio mercado se encarregue de providenciar a distribuição natural dos recursos existentes e dos proveitos a serem auferidos. Mas essa regra não se aplica quando se trata de propriedade intelectual.

Em suma, uma vez efetivada a transmissão de um bem móvel qualquer, o novo proprietário pode exercer sobre o bem adquirido todas as faculdades inerentes à propriedade, havendo total desprendimento do bem quanto a seu titular original. Mas aquele que adquire um bem material que contenha uma obra protegida por direito autoral (uma obra de artes plásticas, por exemplo) pode exercer as faculdades da propriedade sobre o bem material, mas não sobre o bem intelectual, exceto no que a lei permitir, ou por previsão contratual. Além disso, o vínculo entre autor e obra jamais deixa de existir, pois, ainda que o original da obra seja alienado e venha a ser destruído, o autor tem resguardado seus direitos morais, que preveem, inclusive e entre outros, o direito de ter seu nome indicado ou anunciado como autor da obra.⁴³

Finalmente, como o mercado não é capaz de regular eficientemente a oferta de obras intelectuais, é indispensável a intervenção estatal a fim de garantir a continuidade de investimentos. Afinal, se um agente do mercado investe no desenvolvimento de determinada tecnologia, que, por suas características, resulta em altos custos de investimento, mas facilidade de cópia, o mercado será insuficiente para garantir a manutenção do fluxo de investimento.⁴⁴

⁴³ LDA, art. 24, I.

⁴⁴ Barbosa, 2003:71-72.

Quando, no mundo físico, *A* é proprietário de um carro, isso impede que *B* o seja, simultaneamente com *A*, exceto numa situação de condomínio. Mas, ainda assim, se *A* estiver usando o carro de que é proprietário, isso impede *B* de o usar autonomamente, ao mesmo tempo. Isso significa que, no mundo físico, palpável, existe uma escassez de bens, o que equivale a dizer que a utilização de um bem por alguém normalmente impede a utilização simultânea desse mesmo bem por outrem.

Dessa forma, se *C* furta o carro de *A*, *A* descobre o furto rapidamente, porque o furto o impede de usar o próprio carro. *A* provavelmente reportará o furto do carro e tomará as medidas necessárias para recuperá-lo. Mas o mesmo não ocorre com a propriedade intelectual. Se *C* reproduz o trabalho intelectual de *A*, *A* pode não descobrir essa reprodução não autorizada por longo tempo (ou talvez nunca), porque a reprodução feita por *C* não impede *A* de usar o próprio trabalho. Além disso, a reprodução pode ocorrer em outro estado ou país.⁴⁵

Esse sempre foi o grande dilema da propriedade intelectual. Daí, inclusive, surgiu a preocupação em se obter sua proteção internacional, o que acarretou o surgimento dos primeiros tratados internacionais sobre a matéria.

Na internet, os conflitos são ainda mais graves. No mundo digital, não só o trabalho intelectual pode ser copiado sem que seu titular se aperceba do fato (o que torna ainda mais evidente a “falha do mercado” que vimos anteriormente), como muitas vezes não é possível distinguir o original da cópia. Com um agravante particularmente preocupante: as cópias podem, a rigor, ser feitas às centenas, em pouco tempo e a custo reduzido.

É portanto evidente que estamos diante de novos paradigmas, novos conceitos e novos desafios doutrinários e legislativos. Des-

⁴⁵ Landes e Posner, 2003:18-19.

sa forma, “se a propriedade intelectual forjada no século XIX passa a apresentar sérios problemas de eficácia quando nos deparamos com a evolução tecnológica, não cumpre apenas ao jurista apegar-se de modo ainda mais ferrenho aos seus institutos como forma de resolver o problema, coisa que a análise jurídica tradicional parece querer fazer”.⁴⁶

Entendemos que o meio-termo deve ser buscado. Em princípio, e em linhas gerais, os direitos autorais têm a nobre função de remunerar os autores por sua produção intelectual. Do contrário, os autores teriam que viver, em sua maioria, subsidiados pelo Estado, o que tornaria a produção cultural infinitamente mais difícil e injusta.

Por outro lado, os direitos autorais não podem ser impeditivos do desenvolvimento cultural e social. Conjugando os dois aspectos numa economia capitalista, globalizada e, se não bastasse, digital é uma função árdua a que devemos, porém, nos dedicar.

É na interseção dessas premissas, que devem abrigar ainda os interesses dos grandes grupos capitalistas e dos artistas comuns do povo, bem como dos consumidores de arte, independentemente de sua origem, que temos que acomodar as particularidades econômicas dos direitos autorais e buscar sua função social.

Mas em que consiste a função social?

A concepção clássica do direito de propriedade previa que o proprietário podia exercer seu domínio sobre a coisa como melhor lhe aprouvesse. Contemporaneamente, no entanto, a concepção é bem diversa. A propriedade tem, por determinação constitucional, uma função a cumprir.

⁴⁶ Lemos, 2005:13.

Na busca para se atingir o equilíbrio entre o direito detido pelo autor e o direito de acesso ao conhecimento de que goza a sociedade, a função social exerce papel importantíssimo.

Ao contrário do sistema anglo-americano — de *copyright* —, que se pauta pela análise do caso concreto e valoriza mais acentuadamente as decisões judiciais, nossa lei, de tradição romano-germânica, tenta prever todas as hipóteses legais em que determinada situação possa se enquadrar. No entanto, a leitura literal da lei brasileira desautoriza uma série de condutas que estão em conformidade com a funcionalização do instituto da propriedade.

Por exemplo, pela LDA, não se pode fazer cópia de livro que, mesmo com edição comercial esgotada, ainda esteja no prazo de proteção dos direitos autorais. Mas, pelos princípios constitucionais do direito à educação (art. 6º, *caput*, art. 205), do direito de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, V) e, mais importante, pela determinação de que a propriedade deve atender a sua função social (art. 5º, XXIII), é necessário que se admita cópia do livro, ainda que protegido. O contrário seria um contrassenso, uma inversão da lógica jurídica, já que princípios constitucionais teriam que se curvar ao disposto em uma lei ordinária (a LDA), quando na verdade o oposto é que deve ocorrer.

Vários são os exemplos de atos que, apesar de aparentemente contrários à lei, são a efetivação do princípio da função social dos direitos autorais.⁴⁷ Cabe citar, entre outros:

- cópia para preservação da obra, inclusive por meio de digitalização;
- representação e execução de qualquer obra em instituições de ensino públicas ou gratuitas, desde que sem fins lucrativos;

⁴⁷ Para melhor compreensão do tema e análise de diversos exemplos, recomendamos a leitura de Souza, 2006:149.

- autorização de cópia privada de obra legitimamente adquirida;
- permissão de representação e execução de obras em âmbito privado.

Limites legais

O art. 46 da lei e seus objetivos

Pode-se dizer que as limitações aos direitos autorais são autorizações legais para o uso de obras de terceiros, protegidas por direitos autorais, independentemente da autorização dos detentores de tais direitos. E uma vez que a regra é impedir a livre utilização das obras sem o consentimento do autor, as exceções previstas pela LDA em seu art. 46 são interpretadas como rol taxativo, ou seja, é inadmissível qualquer exceção não indicada explicitamente no referido artigo. Diz a lei:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I — a reprodução:

- 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;
- b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
- 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;
- 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;

II — a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

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;

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;

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;

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;

VII — a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

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.

O denominador comum das limitações indicadas no art. 46 da LDA parece ser o uso não comercial da obra, ainda que haja exceções, tais como as previstas nos incisos III e VIII, que permitem a exploração comercial da obra nova em que se inserem tre-

chos de obra preexistente. Concomitantemente a esse requisito, a lei valoriza o uso de caráter informativo, educacional e social.

Entende-se, nesses casos, que a informação em si (inciso I, “a”) não é protegida por direitos autorais e que a comunidade tem direito à livre circulação de notícias. Além disso, o direito de citação para fins de estudo, crítica ou polêmica (inciso III) é fundamental para o debate cultural e científico de qualquer sociedade. Sobre esse aspecto, observe-se que o art. 33 da LDA proíbe que se reproduza na íntegra obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, podendo-se, entretanto, publicar os comentários em separado.

A autorização decorrente do uso não comercial da obra em si, ainda que possa haver finalidade comercial indireta, respalda o uso da obra alheia de acordo com os incisos V e VIII do art. 46. Dessa forma, um estabelecimento comercial que venda eletrodomésticos pode se valer de obra protegida por direito autoral, independentemente da autorização de seus titulares, para promover a venda de aparelhos de som, televisores ou aparelhos de videocassete ou DVD, por exemplo.

Do mesmo modo, o art. 46 (inciso VIII) permite o uso de obra protegida, desde que esse uso se restrinja a pequenos trechos (salvo no caso de obras de artes plásticas, quando a reprodução pode ser integral) e desde que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e não prejudique o uso comercial da obra reproduzida. Não se veda aqui, portanto, a comercialização da nova obra. O que se tenta impedir é que a obra citada tenha *sua* exploração comercial prejudicada.

Outro parâmetro utilizado pela LDA para limitar os direitos autorais de seus titulares é o autor valer-se de sua obra publicamente, ou a existência de interesse público. Assim é que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza (inciso I, “b”) e o apanhado de aulas ministradas em estabelecimento de ensino,

vendendo-se neste caso, expressamente, sua publicação total ou parcial sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou.

Há que se mencionar o caráter altruísta do inciso I, “d”, do art. 46, que prevê a possibilidade de reprodução, sem que esta constitua ofensa aos direitos autorais, de obras literárias, artísticas e científicas para uso exclusivo de deficientes visuais. A condição imposta pela lei, porém, é, mais uma vez, que a reprodução seja feita sem finalidade comercial. Sua interpretação literal leva, entretanto, à injustiça evidente de a LDA ter excepcionado apenas a reprodução de obras para deficientes visuais. Este é o caso típico em que a interpretação constitucional é imprescindível para atingirmos solução mais justa, ou seja, estendendo a exceção a todas as outras formas de incapacidade que dificulte o acesso normal da obra.

Do mesmo modo — sem finalidade comercial —, mas respaldado por forte interesse público, deve ser o uso de obras literárias, artísticas ou científicas para a produção de prova em juízo, autorizada nos termos do inciso VII do art. 46.

Observe-se que, em alguns casos, a lei não exige que a obra seja utilizada parcialmente, autorizando sua exibição integral (incisos I, “a” e “b”, V e VI), de modo que não se pode considerar que o uso integral da obra por parte de terceiros, sem autorização do autor, seja sempre vetado por nosso ordenamento, embora seja verdade que o uso parcial da obra é um requisito indispensável em outros casos (incisos II, III e VIII).

O problema do pequeno trecho: um dispositivo insuficiente

O art. 46, II, da LDA determina que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro. Nos termos precisos da lei, observa-se que o legislador inovou significativamente o ordenamento jurídico anterior.

De fato, o Código Civil de 1916, em seu art. 666, VI, permitia uma cópia manuscrita, desde que não se destinasse a venda. Posteriormente, a Lei nº 5.988/73 passou a prever a possibilidade de reprodução da obra na íntegra, desde que não houvesse a finalidade de se obter lucro com a cópia.

Com o advento da Lei nº 9.610/98, contudo, sobreveio a mudança. Nos termos dessa lei, pode-se reproduzir apenas pequenos trechos, e não mais a obra na íntegra.

A decisão do legislador causa problemas incontornáveis, a começar por um evidente problema prático: é quase impossível fiscalizar o cumprimento do disposto na lei. Muito em razão disso, milhares de pessoas descumprem o mandamento legal diariamente.

Outro problema, talvez o mais grave, é que a lei não distingue obras recém-publicadas de obras raras que só existem em acervos e que ainda estão no prazo de proteção autoral. Nesse caso, a lei torna-se extremamente injusta por não permitir a difusão do conhecimento por meio da cópia integral de obras, cuja reprodução não acarreta qualquer prejuízo econômico a seu autor, nem mesmo lucro cessante.

Dessa forma, com o advento da LDA e seus termos estritos, muitas condutas praticadas no dia-a-dia são, a rigor, na interpretação literal da lei, simplesmente ilegais. Afinal, pelo que determina a LDA, deixou de ser possível copiar um filme em vídeo para uso particular, gravar um CD — legitimamente adquirido — na íntegra para ouvir em *iPod* ou no carro, ou ainda reproduzir o conteúdo integral de um livro com edição esgotada há anos. Tais condutas só são admitidas se abrangidas pelo conceito da função social da propriedade e do direito autoral, em interpretação aparentemente contrária à LDA, mas definitivamente em conformidade com a Constituição Federal brasileira.

Bem se vê a gama de dificuldades que o texto da LDA pode acarretar. Primeiro, temos a caracterização dos “pequenos trechos”.

Pergunta-se: que são “pequenos trechos”? Criou-se nas universidades, em razão do disposto nesse inciso, a mítica dos 10% ou dos 20%, que seria o máximo a ser considerado “pequeno trecho” e que poderia ser copiado por alunos sem que houvesse violação dos direitos autorais.

Ocorre que não há qualquer dispositivo legal que limite a autorização de cópias a 10% da obra, e fazer tal exigência é incorrer em ilegalidade. Não é a extensão da cópia que deve constituir o critério mais relevante para se autorizar sua reprodução, mas certamente o uso que se fará da parte copiada.

Interessante jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão apreciou a questão relativa aos limites constitucionais do direito de citação, ou seja, do uso em uma obra de trechos de outra obra, de titularidades diversas. Percebe-se que o confronto existente não se dá entre o direito de propriedade e o direito à informação, mas, sim, entre o direito de propriedade e o direito de expressão. Tratava-se, *in caso*, de obra de Henrich Müller em que o autor usava, como meio de expressão, extensos trechos de Bertolt Brecht. Denis Borges Barbosa, citando Markus Schneider, conclui que “há um interesse constitucionalmente protegido no direito de citação, não obstante a extensão dessas, desde que as citações se integrem numa expressão artística, nova e autônoma”.⁴⁸

Quanto de uma obra se pode copiar? Colocando livros na internet no estado de São Paulo

Como vimos, a LDA não informa objetivamente o quanto de uma obra protegida por direitos autorais pode ser copiada. O art. 46 limita-se a dizer que é possível a cópia de “pequenos trechos”. Mas o que considerar “pequeno trecho”?

⁴⁸ Barbosa, 2003:100-101, grifo nosso.

Uma vez que os autores não chegam a uma conclusão, vêm sendo procuradas alternativas. A USP, por exemplo, em sua Resolução nº 5.213, de junho de 2005, decidiu que é permitida a extração de cópias de pequenos trechos, como capítulos de livros e artigos de periódicos ou revistas científicas, mediante solicitação individualizada, sem finalidade de lucro, para uso próprio do solicitante (art. 2º). Dessa forma, para a USP, capítulos de livros e artigos de periódicos ou revistas científicas, independentemente de sua extensão, constituem “pequenos trechos”.

No Brasil, pelo menos uma vez, um caso envolvendo a definição de pequenos trechos foi levado ao Poder Judiciário para apreciação. O website Consultor Jurídico informou, em 10 de dezembro de 2005, que, em São Paulo, fora decidido judicialmente um caso em que o responsável por uma página da internet que reproduziu capítulos de um livro sem a autorização do autor havia sido condenado a pagar R\$ 42.300,00 por danos patrimoniais ao autor da obra.⁴⁹

O titular de determinado website copiou partes de um livro sobre perícia judicial e o colocou à disposição do público. O autor do livro se sentiu prejudicado ao saber, por meio de sua editora, que esta não teria interesse em reeditar o livro, uma vez que grandes trechos da obra se encontravam à disposição do público, gratuitamente, na internet. Por isso, decidiu mover ação contra o titular do website, pleiteando danos morais e patrimoniais.

Na decisão, a juíza da 21ª Vara Cível da Comarca da Capital de São Paulo acolheu o pedido referente aos danos patrimoniais, mas rechaçou o pedido de danos morais. No entanto, ao se analisar a decisão, percebe-se o quanto a inteligência do art. 46 da LDA causa confusão ao intérprete do direito. Vejamos trechos da decisão:⁵⁰

⁴⁹ Aguiar, 2006.

⁵⁰ Ibid.

O réu não refuta ser ele o responsável pelo “site” indicado na inicial (...), tendo-se como verdadeiro ser ele o responsável pelos dados inseridos na referida página eletrônica. E, também, não refuta terem sido introduzidos, na página eletrônica indicada, trechos inteiros do livro de autoria do autor. Isso é o quanto basta para se concluir pela procedência da ação, no tocante ao pedido de indenização por danos materiais.

O autor, como autor do livro indicado, tem a proteção da obra de sua autoria, com a integral proteção do trabalho por ele produzido. Neste sentido, segundo o que dispõe a Lei 9.610/98, o réu não poderia inserir, em sua página eletrônica, textos inteiros da obra do autor, não podendo ser aceito o argumento lançado pelo réu, de que ele assim agiu somente para pesquisa pessoal. Ao inserir os textos indicados em seu “site”, o réu deu publicidade aos mesmos, e por se tratar de obra protegida por lei, tem a obrigação de indenizar o autor, pelos danos suportados.

(...)

Ainda que não tenha sido feita “edição fraudulenta”, comporta aplicação o disposto no parágrafo único do artigo 103 da Lei 9.610/98, já que não se tem como demonstrar e comprovar o número de vezes que os trechos do livro do autor foram acessados por terceiros, por não haver informação de quantas pessoas visitaram o “site” em que foram eles disponibilizados.

Assim, o cálculo feito pelo autor, com a divisão do número de páginas do livro pelo número de páginas reproduzidas illicitamente, com o cálculo do valor de venda de cada exemplar (R\$ 35,00), apura-se o valor de R\$ 14,11 (quatorze reais e onze centavos) por cada exemplar, que deve ser multiplicado pelo número indicado no parágrafo único do artigo 103 da Lei 9.610/97, estimado em três mil exemplares, tem-se o valor de R\$ 42.330,00 (quarenta e dois mil, trezentos e trinta reais) como o valor da indenização pelos danos materiais suportados pelo autor.

Como se vê, o juiz entendeu não só que a transcrição de 40% do texto extrapola o limite dos pequenos trechos como deve ser aplicado o disposto no art. 103, parágrafo único, da LDA, que determina que “não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos”.

Paródias e seus limites: ...E o vento levou, Idos com o vento e The wind done gone

Além dos casos especificados no art. 46, a LDA prevê ainda a liberdade de paráfrases e paródias⁵¹ que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

É claro que a paródia é tanto mais bem-sucedida quanto melhor identifique o objeto parodiado. Por isso, as referências evidentes são os grandes sucessos da cultura popular. Bons exemplos cinematográficos são filmes como *Todo mundo em pânico* e o recente *Epic movie*.

Naturalmente, um filme como *...E o vento levou* desperta a tentação da paródia. Foi esse o argumento usado por Régine Déforges quando processada sob acusação de plágio do romance em sua trilogia *A bicicleta azul*. Como vimos, seus argumentos não convenceram. Pelo menos, não os tribunais franceses. No entanto, Posner e Landes dão notícia de uma autêntica paródia de *...E o vento levou* que não é cômica (característica padrão em se tratando de paródias), chamada *The wind done gone*, em que o autor da paródia aponta os aspectos racistas da obra original.

No Brasil, foi realizado em 1983 o curta *Idos com o vento*, dirigido pela dupla Isay Weinfeld e Márcio Kogan, com o ator Patrício Bisso no elenco. Não se trata exatamente de uma adap-

⁵¹ Landes e Posner, 2003:147.

tação de ...*E o vento levou*, e sim da orelha do livro, envolvendo ainda aspectos da vida da própria Margareth Mitchell, autora da obra.

Na televisão, são inúmeros os exemplos de sátiras e paródias, como os quadros de humor da extinta *TV Pirata* e do *Casseta e Planeta Urgente*.

Os desafios tecnológicos

Baixar música é o mesmo que roubar um CD?

No final de 2006, o presidente da International Federation of the Phonographic Industry (IFPI — Federação Internacional da Indústria Fonográfica), John Kennedy, declarou que quem compartilha arquivos de música na internet não faz nada diferente de “entrar numa loja e roubar um CD”.⁵² A afirmação está correta?

Por diversas razões, pode-se afirmar que não. Primeiro, existe um motivo lógico. Se alguém entra em uma loja e furta um dos CDs, a loja tem um CD a menos para vender. Mas, se alguém copia músicas da internet para seu próprio computador, quem disponibilizou a música no site continua tendo sua própria cópia.

Mas diversas outras razões podem ser invocadas ao se perguntar: por que alguém desejaria copiar músicas da internet? É claro que alguém pode fazer o *download* de músicas, filmes, textos etc. da internet apenas para conseguir de graça algo pelo qual poderia pagar — mas, especialmente, algo pelo qual efetivamente pagaria.

⁵² Consultar <www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20778.shtml>.

Por outro lado, há quem faça o *download* de obras disponíveis na internet porque a) não as encontra em lojas por se tratar de obras fora de circulação; b) não teria recursos financeiros para pagar pelas obras se estas não estivessem disponíveis na internet; c) quer apenas conhecer a obra antes de adquiri-la legitimamente ou de ir a um espetáculo onde a obra será executada em público; ou, ainda, d) porque são obras com licenças públicas, cujos autores querem de fato disponibilizá-las, incluindo-se, nesse aspecto, o *download*.

Muito interessantes são os dados apresentados por William Fischer em seu livro *Promises to keep*.⁵³ O autor informa que, de acordo com estudo realizado em 1999, verificou-se que, entre 8 mil músicas baixadas na internet:

- cerca de 15% foram ouvidas apenas uma vez;
- cerca de 50% não foram ouvidas nem mesmo uma vez inteira;
- cerca de 10% jamais foram ouvida;
- menos de 10% foram ouvidas mais de quatro vezes.

Vê-se com clareza que nem toda música (entenda-se aqui obra intelectual, sendo a música apenas um exemplo) baixada da internet pode ser considerada um item de pirataria, especialmente se consideradas todas as observações feitas com relação à função social da propriedade intelectual. Por isso, não se pode afirmar que fazer o *download* de músicas na internet é necessariamente o mesmo que furtar um CD de uma loja. Naturalmente, os argumentos apresentados com relação à música podem ser, de maneira geral, aplicados aos demais gêneros artísticos.

⁵³ Ver em <<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/PTKChapter6.pdf>>.

A multiplicação dos vídeos na internet e fora dela

Com a invenção de novas tecnologias, surgiram muitas outras possibilidades de uso da internet. Sites que o usuário pode acessar para ver vídeos — curtos ou longos — têm proliferado, sendo o mais popular o YouTube!

Como lidar com a inserção de vídeos na internet? Deixá-los à disposição de terceiros?

De início, é fundamental distinguir entre o vídeo em si e as pessoas que nele aparecem. As pessoas que aparecem no vídeo são apenas titulares de direitos de imagem, salvo no caso de serem também as autoras. O direito de imagem *não* é direito autoral, nem pode ser com este confundido.

O direito de imagem é protegido constitucionalmente, conforme o art. 5º, X, que prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando-lhes o direito de indenização por dano material ou moral decorrente da violação.

Em adição a esse dispositivo, o inciso XXVIII do mesmo artigo prevê que deve ser assegurada, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

Assim sendo, independentemente da titularidade da obra audiovisual, de acordo com a Constituição Federal brasileira, é imprescindível a autorização daqueles que participam da obra, a fim de torná-la disponível na internet.

É também necessário analisar a titularidade da obra do ponto de vista do direito do autor. Aquele que faz a obra audiovisual detém sobre ela direitos autorais. Nos termos da LDA, como vimos, são considerados co autores da obra audiovisual o autor do roteiro e o diretor. Já os direitos morais pertencem apenas a este último.

Por tudo isso, a inclusão de vídeos na internet precisa da autorização tanto dos titulares dos direitos autorais quanto dos titulares do direito de imagem e/ou voz. Essas regras valem também para a disponibilização de obras audiovisuais fora da internet, já que as regras a serem observadas são as mesmas.

O tema foi diversas vezes objeto de matéria jornalística, sendo que, em agosto de 2004, o jornal *Folha de S.Paulo* noticiou, em seu Caderno Ilustrado, o uso que vinha sendo feito, por determinados programas de televisão, de vídeos, caseiros ou não, que se encontravam disponíveis na internet e eram exibidos em rede nacional sem qualquer tipo de autorização.

Já na época da matéria, antes do advento do YouTube!, era grande a discussão acerca da possibilidade de se exibir na televisão vídeos retirados da internet. Duas correntes debatiam: uma entendia que a exibição era ilícita, pois carente das autorizações necessárias, e outra defendia a licitude do uso, considerando que se tratava de *fair use*, ou *uso justo*.

E-mails também são protegidos? E como ficam as crônicas do Arnaldo Jabor?

A rigor, os e-mails são protegidos. Na verdade, basta que qualquer texto cumpra com os requisitos de proteção por direitos autorais — caráter estético, exteriorização, originalidade — para gozar dessa proteção. Por isso os e-mails são naturalmente protegidos.

Mas e os textos que são encaminhados por e-mails, como as onipresentes crônicas de Arnaldo Jabor e de Luís Fernando Veríssimo? É legal copiar a coluna semanal de um cronista social e encaminhá-la por e-mail a um grupo de amigos?

A pergunta parece simples, mas a resposta é complexa. Pela leitura literal da lei, a negativa é evidente. Os textos são protegi-

dos por direitos autorais, a transcrição é cópia, a cópia precisa ser autorizada, de modo que o envio do texto por e-mail, não sendo autorizado, é ilegal. Mas há outros fatores a serem considerados. Não podemos nos prender a valores antigos quando todas as circunstâncias que envolvem os fatos são distintas.

Embora não haja qualquer limitação ou exceção expressa na LDA nesse sentido, pode-se entender que a transmissão de uma crônica publicada online se assemelha a enviar tão-somente o link para o destinatário. O envio do link para acesso ao texto é evidentemente legal. O destinatário do e-mail apenas precisa clicar sobre o link para ter acesso ao texto. Não há praticamente qualquer diferença no caso de o destinatário receber o próprio texto por e-mail, em vez do link.

A única questão a ser arguida diz respeito à eventual remuneração, por parte dos patrocinadores, do site onde se encontra o texto pelo número de acessos. Nesse caso, o envio do e-mail diminuiria diretamente a quantidade de acessos e, conseqüentemente, o valor a ser recebido.

Os problemas das restrições tecnológicas: os DRMs e as TPMs

As restrições tecnológicas — TPMs (*technological protection measures*), ou “medidas tecnológicas de proteção” — são chaves criptográficas⁵⁴ que retiram do consumidor o direito de decidir

⁵⁴ Criptografia é uma técnica pela qual a informação é protegida por uma combinação de algoritmos-chave implementados em conteúdos e/ou equipamentos tecnológicos. Em outras palavras, é o embaralhamento da informação (conteúdo) para que esta não seja reconhecida sem autorização prévia, e para impedir a decodificação por receptores não autorizados. Disponível em: <www.idec.org.br/restricoestecnologicas/glossario.html>. Acesso em: 13 out. 2008.

como utilizar os bens culturais adquiridos de forma legítima, atuando através do reconhecimento de características tecnológicas programadas de fábrica. Ou seja, a TPM impede ou limita, no mundo digital, que façamos coisas que sempre fizemos no mundo analógico, como na época das fitas K-7, limitando ou impedindo não só a cópia, como outros tipos legítimos de utilização até mesmo permitidos por lei, por exemplo:

- gravar nossos programas favoritos para assisti-los mais tarde, por estarmos ocupados no horário programado para transmissão do evento;
- criar coletâneas musicais para os amigos;
- assistir a filmes no computador ou em equipamentos portáteis, como iPod, celular, etc.;
- fazer backup de músicas compradas na internet;
- compartilhar vídeos ou DVDs com amigos ou com a família;
- copiar pequenos trechos de um DVD para o computador ou para uma fita VHS (art. 46, II, da LDA);
- citar trechos da obra em outras obras (art. 46, III, da LDA);
- fazer com que um DVD licitamente adquirido na França, por exemplo, toque em um aparelho licitamente adquirido no Brasil (códigos de área);
- tocar (executar) uma música em formato digital, licitamente adquirida, em qualquer aparelho de áudio digital, seja no *Zune* da Microsoft, no *iPod* da Apple, ou no *Samsa* da SanDisk, entre outros;
- escutar uma música digital, licitamente adquirida, em um computador que rode software livre (GNU/Linux), entre vários outros exemplos;

- fazer com que o computador leia em voz alta, através de software, um livro eletrônico licitamente adquirido, para que um portador de necessidades especiais possa usufruir do livro;
- copiar integralmente uma obra, depois que a mesma tenha caído em domínio público, entre vários outros exemplos.

Essas restrições tecnológicas podem afetar qualquer conteúdo digital, incluindo até mesmo sinais de TV digital.

Apesar de TPM ser o termo técnico correto para designar tais “travas tecnológicas”, normalmente utiliza-se outro termo, o DRM (*digital rights management*, ou “gerenciamento de direitos digitais”), para designar as restrições tecnológicas, ou travas tecnológicas, embutidas em bens culturais (músicas, vídeos, livros eletrônicos, fotos, DVDs, CDs etc.) com o intuito de limitar ou impedir não só a cópia, como outros tipos de utilização lícita.

No entanto, o verdadeiro DRM não é necessariamente prejudicial quando utilizado de modo a respeitar os direitos dos consumidores. Nesse sentido, uma de suas funções é gerenciar informações sobre conteúdos, que incluem desde o ano de gravação da obra, seu autor, intérprete, o nome do álbum, a gravadora e até o número de execuções de determinada música, além de outras informações que são processadas por programas de computador. A princípio, caso não haja violação da privacidade ou de qualquer outro direito, seja civil, seja de consumidor etc., não há nada de errado em usar formas tecnológicas de gerenciamento de informação: os verdadeiros DRMs.

Mas o termo DRM passou a ser utilizado para designar tanto essas formas de gerenciamento da informação, quanto as “travas tecnológicas”, os verdadeiros TPMs. Portanto, não nos confundamos. Sempre que escutarmos ou lermos o termo DRM, primeiro precisamos esclarecer a que ele se refere: se de fato a DRM (gerenciamento) ou se a TPM (restrições anticópia). E para

evitar futuros mal-entendidos, sugerimos que o termo DRM não seja utilizado em sua forma genérica, e sim apenas para identificar o sistema de gerenciamento. Aqui, portanto, tratamos basicamente das TPMs, as restrições tecnológicas que limitam ou impedem vários usos legítimos de conteúdo digital.

É justamente pelo fato de existirem tais TPMs que o tocador de música digital *iPod*, da Apple, não toca músicas em formato WMA, da Microsoft. Embora se trate também de música digital, o formato WMA, da Microsoft, impede que a música (licitamente comprada) seja executada em tocadores digitais da concorrente Apple. O mesmo ocorre com o formato AAC, da Apple, incompatível com o Windows Media Player, da Microsoft. Isso é o que se chama de falta de interoperabilidade. Ou seja, um aparelho ou um formato digital “não conversa” com outro aparelho ou formato de um concorrente. E não é por impossibilidade técnica, e sim porque uma empresa não quer deixar seus produtos abertos à concorrente. Restrições como a interoperabilidade representam um obstáculo ao livre acesso a bens culturais. Não é à toa que a Apple vem sofrendo medidas judiciais na Europa por não permitir que as músicas licitamente baixadas do iTunes (sua loja e tocador digital) possam ser escutadas em outros aparelhos digitais além do *iPod*, como o *Zune*, da Microsoft.⁵⁵

No caso dos livros eletrônicos, ou *e-books*, muitas vezes não conseguimos lê-los no computador de casa, depois de tê-los lido no computador do trabalho. Isso ocorre porque o mecanismo de restrição tecnológica (TPM) do arquivo digital identifica nosso

⁵⁵ Sobre esse assunto atual e interessantíssimo, sugerimos a leitura do texto “Reflexões sobre música”, por Steve Jobs, presidente da Apple. Disponível em: <www.apple.com/br/hotnews/thoughtsonmusic/>. Acesso em: 13 out. 2008.

computador do trabalho como a única máquina autorizada a acessar o conteúdo do livro, já que foi a primeira a abrir o arquivo. O que não faz sentido, uma vez que o livro digital foi licitamente adquirido. Quando compramos um livro tradicional, em papel, podemos lê-lo no escritório, em casa, na praia, no ônibus etc. Não há restrições ao nosso direito de consumidor. Mas não é o que temos visto no caso dos conteúdos digitais.

Outro exemplo: se comprarmos uma música no site da UOL, em princípio não conseguiremos tocá-la em nosso *iPod*, da Apple. Só se conseguirmos burlar a restrição tecnológica anticópia (TPM) inserida nos arquivos comercializados, o que, a propósito, configura infração à legislação brasileira (art. 107 da LDA).

Assim, as restrições tecnológicas anticópias acabam por prejudicar os melhores consumidores da indústria cultural, justamente aqueles que pagam corretamente pelos produtos adquiridos. Enquanto isso, aqueles que obtêm conteúdos de forma ilegal acabam tendo acesso a arquivos sem qualquer restrição tecnológica, o que é no mínimo um contrassenso.

Além disso, fica cada vez mais comprovado que as restrições tecnológicas não funcionam, ou melhor, não são eficazes. Como assim? A internet está repleta de informações passo a passo sobre como quebrar a codificação de restrições tecnológicas, sejam elas aplicadas a músicas, filmes, livros etc. As travas dos códigos de área de DVDs — que impedem que um DVD comprado nos Estados Unidos possa ser assistido num aparelho comprado no Brasil, por exemplo — podem ser fácil e rapidamente quebradas. Na internet, há inúmeros websites que disponibilizam gratuitamente informações simples, utilizáveis por qualquer usuário, mesmo aquele que não dispõe de conhecimentos técnicos, para burlar as TPMs. Logicamente, tais informações só estão disponíveis porque uma pessoa capacitada conseguiu desvendar o segre-

do. Mas o certo é que não há restrição tecnológica⁵⁶ que não possa ser quebrada — em minutos, horas, ou dias.⁵⁷

Novos modelos, flexibilização e prognósticos

Ganhando dinheiro com música gratuita: o caso Arctic Monkeys

Em novembro de 2006,⁵⁸ o diretor-presidente da EMI, Alain Levy, declarou que o CD, tal como o conhecemos hoje, está morto. A declaração é uma simples constatação do que as novas tecnologias têm feito: impulsionar o desenvolvimento de novos modelos de negócios não só na música como em todas as outras áreas de manifestação cultural, em substituição, ou pelo menos em concorrência, aos modelos antigos.

Um bom exemplo de união da nova tecnologia com a velha fórmula de ganhar dinheiro foi o lançamento do CD *Whatever people say I am, that's what I'm not*, da banda inglesa Arctic Monkeys. A banda decidiu lançar suas músicas primeiro na internet. A divulgação online e o boca-a-boca foram tão eficazes que, quando o CD foi lançado nas lojas, a venda chegou a quase 120 mil cópias em um único dia. Nem sempre a internet pode ser considerada uma ameaça aos artistas e à proteção dos direitos autorais. Muitas vezes é uma aliada.

⁵⁶ Para maior detalhamento do assunto do ponto de vista do consumidor, ver <www.idec.org.br/restricoestecnologicas/index.html>. Acesso em: 13 out. 2008.

⁵⁷ Para reflexão e análise sobre as restrições tecnológicas, ver “Gerenciamento digital de direitos (DRM) — ESQUEÇAM!, por Cory Doctorow”. Disponível em <www.cultura.gov.br/forum_de_cultura/cultura_digital/artigos/index.php?p=12771&more=1&c=1&pb=1>. Acesso em: 13 out. 2008. Prestemos atenção ao termo DRM, que não necessariamente significa gerenciamento, mas sim, restrição.

⁵⁸ Disponível em: <<http://broadcastengineering.com/audio/emi-ceo-ed-dead>>. Acesso em: 13 out. 2008.

Em outubro de 2007, a banda Radiohead decidiu inovar no mercado fonográfico. Antes de lançar o CD *In rainbows* em meio físico, disponibilizou as músicas na internet e convidou os fãs a pagarem por elas o quanto quisessem, entre zero (acesso gratuito às músicas) e US\$ 200.⁵⁹

Curiosamente, algo semelhante foi feito pelos produtores de *Tropa de elite*, ainda que por outros motivos. Como o filme foi alvo de cópia indiscriminada por parte de camelôs, antes mesmo de seu lançamento nos cinemas, muitas pessoas acabaram vendo o filme em sua versão não oficial. No entanto, houve quem quisesse pagar pelo ingresso do cinema após ter assistido a versão vendida nas ruas. Por esse motivo, os produtores do filme decidiram abrir uma conta corrente para receber doações do público.⁶⁰

A Web 2.0 e suas possibilidades

No início — todos se lembram — a internet servia primordialmente à divulgação de informações de sociedades empresariais e a um incipiente comércio eletrônico. A produção de conteúdo era feita exclusivamente por quem conhecia a linguagem de programação.

Nos últimos anos, o que se viu foi uma verdadeira expansão das possibilidades da internet, com o surgimento de diversos websites que não só aceitam a recepção de conteúdo por parte dos usuários como na verdade foram feitos para isso. Os exemplos mais notórios são o Orkut, o MySpace, o Flickr, o Blogger, a

⁵⁹ Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u343848.shtml> e <<http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2007/10/01/297954778.asp>> entre outros sites. Acesso em: 13 out. 2008.

⁶⁰ Disponível em: <<http://gl.globo.com/Noticias/Cinema/0,,MUL252921-7086,00-PRODUTORES+DE+TROPA+CRIAM+CONTA+PARA+RECEBER+DOACOES+DO+PUBLICO.html>>. Acesso em: 13 out. 2008.

Wikipedia e, naturalmente, o YouTube! A esse tipo de relação do usuário com a internet — de plena interatividade — convencionou-se chamar de Web 2.0.

O termo foi forjado em 2004 por Dale Dougherty e popularizado por Tim O'Reilly. Hoje, a convergência de utilidades permitidas a partir da conexão com a internet (pode-se acessar vídeos, músicas, fotos e textos de terceiros, manipulá-los e, do mesmo modo — porém em via oposta — disponibilizar vídeos, músicas, fotos e textos) rompeu a barreira dos computadores, chegando aos celulares e, em breve, à televisão. Não há dúvida de que vivemos a era da conectividade, da interação e da colaboração criativa.

4

O direito em movimento

Licença e cessão de direitos

A licença e a cessão: autorizações necessárias

Normalmente, o artista cria por demanda de sua criatividade. Tornou-se famosa uma entrevista dada pela escritora Rachel de Queirós em que uma jornalista lhe indagou se era verdade que preferia o jornalismo à literatura. Recebendo uma resposta afirmativa, a jornalista lhe perguntou, então, por que ela produzia literatura, ao que a escritora teria respondido com a seguinte pergunta: “Você já pariu?” Diante da negativa da entrevistadora, ela completou: “Quando se fica grávida, é imperativo parir”.⁶¹

Uma vez criada a obra, o artista geralmente gosta de vê-la circular, de modo a atingir o maior número possível de pessoas, para que nelas cause a impressão desejada. Como em regra apenas o autor pode dar origem à circulação da obra, a LDA prevê os mecanismos de autorização para que a obra chegue ao público.

Na prática, o que se verifica é que um músico precisa de alguém que fixe o fonograma e faça cópias de seus CDs; o escri-

⁶¹ Disponível em: <<http://palavras1.blogspot.com/2005/06/rachel-de-queirs.html>>. Acesso em: 13 out. 2008.

tor precisa de uma editora; o roteirista de uma obra audiovisual precisa de uma produtora e assim por diante. Com o avanço da tecnologia, a necessidade de intermediários vem diminuindo consideravelmente, a ponto de, hoje em dia, vários artistas produzirem e distribuírem as próprias obras. Mas mesmo esses dificilmente escapam da necessidade de, em maior ou menor grau, celebrar contratos relacionados aos direitos autorais de suas obras.

A matéria relativa à circulação de direitos autorais está prevista na LDA, a partir do art. 49. Diz este que os direitos de autor podem 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, mediante licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em direito.

Caracteriza-se a cessão pela transferência da titularidade da obra intelectual, com exclusividade para o(s) cessionário(s). Já a licença é uma autorização dada pelo autor para que um terceiro se valha da obra, com exclusividade ou não, nos termos da autorização concedida. Ou seja, a cessão assemelha-se a uma compra e venda (se onerosa) ou a uma doação (se gratuita), e a licença, a uma locação (se onerosa) ou a um comodato (se gratuita).

A própria LDA prevê algumas limitações concernentes à possibilidade de transmissão total (cessão total) dos direitos autorais. As principais são as seguintes:

- a transmissão total deve compreender todos os direitos de autor, exceto naturalmente os direitos morais, que são intransmissíveis, e aqueles que a lei excluir (art. 49, I);
- a cessão total e definitiva depende de celebração de contrato por escrito (art. 49, II);
- caso não haja contrato escrito, o prazo máximo de cessão dos direitos será de cinco anos (art. 49, III);
- a cessão se restringirá ao país em que se firmou o contrato (art. 49, IV);

- a cessão somente poderá se operar para modalidades de utilização já existentes quando da celebração do contrato (art. 49, V);
- a interpretação do contrato, sendo restritiva, terá como consequência que, não havendo especificação quanto à modalidade de utilização, entender-se-á como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato (art. 49, VI);
- a cessão total ou parcial dos direitos de autor presume-se onerosa (art. 50);
- a cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos (art. 51).

A quem pertencem os direitos nos casos de contrato de trabalho e de prestação de serviços?

A antiga lei autoral, a Lei nº 5.988/73, determinava, em seu art. 36, que, se a obra intelectual fosse produzida em cumprimento a dever funcional ou contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos de autor, salvo convenção em contrário, pertenceriam a ambas as partes. No entanto, a LDA não determina a quem pertencem os direitos autorais de obras produzidas a partir de contrato de trabalho ou de prestação de serviços. Dessa forma, em geral as partes devem determinar, por meio contratual, a quem pertencem esses direitos. Trataremos desse assunto nas seções a seguir.

O caso Amor, estranho amor: Xuxa para maiores

Maria da Graça Meneghel, mais conhecida como Xuxa, protagonizou ao lado de Vera Fischer e Tarcísio Meira, em 1982, o filme erótico *Amor, estranho amor*, dirigido pelo célebre Walter Hugo Khouri. Na época da produção do filme, Xuxa era modelo iniciante e sua fama decorria sobretudo de seu namoro com o rei

do futebol, Pelé. A futura “Rainha dos Baixinhos” havia estreado no cinema no filme *Fusão preto*, imediatamente antes de participar de *Amor, estranho amor*.

Ocorre que, no filme de Khouri, Xuxa interpreta uma prostituta que seduz um menino de 12 anos, interpretado por Marcelo Ribeiro. Como, a partir de 1983, ano seguinte ao da produção do filme, Xuxa passou a se dedicar à carreira de apresentadora de programas infantis, sua participação em *Amor, estranho amor* se tornou um fardo para ela.

Como é notório, Xuxa propôs ações judiciais⁶² para impedir a veiculação do filme em vídeo, formato cuja venda explodiu em meados dos anos 1980. As ações foram propostas por Xuxa Promoções e Produções Artísticas Ltda. e por Maria da Graça Meneghel, a Xuxa, contra a CIC-Vídeo Ltda. e a Cinearte Produções Cinematográficas Ltda. Para facilitar a compreensão do caso em análise, trataremos Xuxa como autora e as rés genericamente, sempre que não identificadas.

A primeira ação consistia em medida cautelar de busca e apreensão, com pedido de liminar, de fitas de videocassete reproduzidas do filme *Amor, estranho amor*, sob a alegação de utilização não autorizada do referido filme através de vídeo, já que o contrato com a apresentadora previa apenas a veiculação do filme em cinemas. Alegava ainda a autora que a exploração comercial do filme por meio de videocassete tornava a obra acessível ao público infantil, para o qual passara a exercer sua atividade principal.

A segunda ação, ordinária, pleiteava indenização da distribuidora do filme, a CIC-Vídeo Ltda., postulando perdas e danos pela distribuição desautorizada do vídeo. Entre os diversos pedidos apresentados, destacamos:

⁶² TJ-RJ, Ap. Cível nº 3.819/91. Informações disponíveis em Direito Autoral, 2000.

- pedido de danos morais por parte da autora em decorrência da exibição de sua nudez para o público privado ligado então às suas atividades de apresentadora;
- pedido de danos materiais, que deveriam refletir a remuneração a que faria jus a autora se tivesse consentido na distribuição do vídeo, entre outros segmentos.

A decisão de primeiro grau acolheu substancialmente os pedidos da autora, exceto quanto aos danos morais pleiteados.

Em sede recursal, foram mantidas as decisões proferidas em primeiro grau, destacando-se do acórdão os seguintes excertos:

- Aplicado o princípio ao caso vertente, depreende-se que as partes só cogitaram de uma prestação de serviços temporários e de cunho artístico. Portanto, a divulgação através de videocassete não é propaganda, é fato não cogitável no contrato e, portanto, comercialização por outra forma que encerra no caso presente um *enriquecimento sem causa*, na medida em que é dogma constitucional que a todo trabalho deve corresponder uma remuneração específica.⁶³
- No ângulo estritamente legal, socorre-nos a Lei 5.988/73, especificamente em seus artigos 3º e 35, ao considerar que são formas de utilização da obra intelectual as reproduções levadas a efeito pelas demandas, e que essas formas são independentes entre si, não se podendo considerá-las embutidas no contrato, uma vez que os negócios referentes à propriedade imaterial dos artistas, tal como a voz, a imagem e a expressão corporal, são sempre interpretados restritivamente (...).
- As autoras, por isso, agiram certo ao buscar a vedação da comercialização por um sistema não previsto no pacto, a alcançar

⁶³ Grifos no original.

um público privado inteiramente diverso daquele que era o destinatário do filme: o freqüentador de cinemas públicos. Os demandados procuraram levar o caso para o lado de que o interesse das promoventes da causa seria material, o de participar dos lucros com a venda dos videocassetes, mas, na verdade, não é isso que se sente do processado.

- Após o lançamento da fita, ocorrido em 1982, a segunda autora [Xuxa] se projetou, nacional e internacionalmente, com programas infantis na televisão, criando uma imagem que muito justamente não quer ver atingida, cuja vulgarização atingiria não só ela própria, como crianças que são o seu público, ao qual se apresenta como símbolo da liberdade infantil, de bons hábitos e costumes e da responsabilidade das pessoas.
- É evidente que o sucesso que tornou Xuxa uma das maiores atrações televisivas deu motivo a que a ré e a denunciada se interessassem mais em explorar a sua imagem, deixando de lado até as dos outros grandes artistas que participaram do filme, para relançamento da película, em 1987, em grandes cadeias de cinema e lançamento de videocassete, com publicidade que aliava a nudez em que aparecera à sua condição nova de *Rainha dos Baixinhos*.
- Todas essas circunstâncias justificam o reconhecimento do acerto da decretação da procedência da medida cautelar e do direito a perdas e danos, bem estabelecidos no julgamento em duas parcelas, *uma* relativa à retribuição daquilo a que faria jus atualmente se autorizasse a reprodução de sua imagem através de videocassete — em razão de usurpação e ocorrência de enriquecimento ilícito, *outra*, nos lucros não recebidos com a venda dos vídeos jogados no mercado, verificado o seu número na perícia contábil realizada. Igualmente correta se afigura a não-concessão de verba a título de danos morais (...).

Assim ficou a ementa do acórdão do TJRJ, na Apelação Cível nº 3.819/91, de relatoria do desembargador Thiago Ribas Filho, que decidiu o caso:

Obra cinematográfica — Direito autoral e direito de imagem — Acerto da sentença que entendeu como não autorizada a exploração, em videocassetes, de película cinematográfica, quando, à época do contrato com a artista, era incomum a reprodução através de tal instrumento e o pacto só previa seu uso em cinema, admitindo reproduções fotográficas ou cinematográficas em televisões, jornais, revistas ou semelhantes com a finalidade exclusiva de angariar publicidade para o filme — As diversas formas de utilização da obra intelectual são independentes entre si, e os negócios referentes a elas devem ser interpretados restritivamente.

Como se vê, é fundamental indicar no contrato todos os usos que se pretende dar à obra, uma vez que, por determinação legal, os contratos devem ser interpretados restritivamente.

Nesta seção, tratamos de aspectos contratuais, sobretudo no caso de haver apenas a previsão contratual de distribuição do filme em cinema. Pelo princípio da independência de utilizações, o filme não poderia ser distribuído em vídeo. Mas, se a Xuxa não é autora, por que foi possível arguir disposições da lei autoral? Para essa discussão, ver o capítulo 5.

Transmissão de direitos e o contrato de edição

Transmissão de direitos

Diz a LDA, em seu art. 49, que os direitos de autor podem ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, pelo próprio autor ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais,

mediante licenciamento, concessão, cessão ou outros meios admitidos em direito.

Como se depreende da leitura do *caput* do mesmo artigo da LDA, os direitos de autor podem ser transferidos, por quem de direito, a terceiros, integral ou apenas parcialmente. A transferência pode se dar a título universal ou singular (ou seja, abrangendo toda uma gama de obras, sem que cada obra seja identificada, ou apenas uma obra específica) e será efetivada sobretudo por meio de licença ou cessão.

Caracteriza-se a cessão pela transferência da titularidade de obra intelectual com exclusividade para o(s) cessionário(s). Já a licença representa uma autorização do autor para que terceiro se valha da obra, com exclusividade ou não, nos termos da autorização concedida. Tanto a cessão quanto a licença podem ser totais ou parciais, o que significa que podem se referir à integralidade do uso econômico da obra ou apenas a alguma(s) das faculdades de seu aproveitamento econômico.

Um exemplo talvez seja esclarecedor. Como todos sabemos, Paulo Coelho se celebrou a partir de sua obra *O alquimista*. Considerando-se a hipótese de o autor ser o único titular dos direitos patrimoniais sobre sua obra (ou seja, se não tiver transferido seus direitos a ninguém), ele pode autorizar o uso da obra *O alquimista* por terceiro ou ceder seus direitos. Vejamos na prática essas possibilidades:

- Paulo Coelho é consultado por um diretor de teatro de Fortaleza interessado em transformar *O alquimista* em peça teatral. Paulo Coelho autoriza, por meio de licença, a adaptação da obra para o palco. Nesse caso, Paulo Coelho continua sendo o titular de todos os direitos. O diretor cearense não pode fazer nada com a obra a não ser realizar sua montagem. Trata-se, portanto, de uma licença parcial.
- Paulo Coelho é procurado pelo mesmo diretor de teatro, que tem, porém, diversas ideias para uso do livro. O diretor pede

que lhe seja concedida uma licença total, para que, no prazo de cinco anos, por exemplo, possa explorar a obra em toda a sua amplitude. Nesse caso, o licenciado (o diretor de teatro) teria poderes muito amplos. Se quisesse, poderia transformar o livro em filme, em peça de teatro, em espetáculo de circo, em musical, em novela, em história em quadrinhos etc. Ainda assim, por se tratar de licença (mesmo que total), Paulo Coelho continuaria titular dos direitos patrimoniais.

- O diretor de Fortaleza também poderia querer transferir definitivamente para si o direito de transformar o livro em espetáculo teatral. Para isso, demandaria uma cessão parcial da obra. Ou seja, se Paulo Coelho fizesse uma cessão de seus direitos patrimoniais referentes à possibilidade de transformar o livro em peça, estaríamos diante de uma hipótese muito semelhante a uma compra e venda. Se assim fosse, o próprio Paulo Coelho ficaria desprovido desse direito no futuro, uma vez realizada a cessão.
- Por fim, temos a possibilidade de uma cessão total. Nesse caso, todos os direitos patrimoniais pertenceriam ao diretor de teatro, se com ele o contrato fosse celebrado. Assim, se no futuro alguém desejasse transformar o livro *O alquimista* em filme, precisaria negociar com o diretor de teatro, e não com Paulo Coelho, que, embora autor, teria se desprovido dos direitos patrimoniais relacionados com a obra por ter realizado sua cessão total.

A bem da verdade, é comum haver confusão entre cessão parcial e licença, já que ambas têm eficácia menor se comparadas à cessão total. Muito embora a lei não defina licença, pode-se defini-la como uma autorização de uso, de exploração, sem que acarrete transferência de direitos.

Eliane Y. Abrão (2002:137) diz que “(...) não é na exclusividade que reside o diferencial entre cessão e licença, porque há

licenças exclusivas. Na cessão de direitos, qualquer que seja o seu alcance, parcial ou total, a exclusividade outorgada ao cessionário encontra-se subjacente à exploração de uma determinada obra, porque o exercício da cessão implica o da tutela da obra e o da sua oponibilidade *erga omnes*". Na licença exclusiva também. Nas licenças comuns, ao contrário, o autor pode consentir que diversos licenciados explorem, pelo tempo convencionado, diversos aspectos da mesma obra, simultaneamente ou não, e não abdicando de seus direitos em favor do licenciado. O que distingue a cessão de direitos, parcial ou integral, e as licenças exclusivas das licenças não exclusivas é a oponibilidade *erga omnes* das primeiras. No Brasil, a exclusividade é uma condição prevista em lei somente no caso do contrato de edição.

Dessa forma, vê-se que as licenças constituem uma das modalidades previstas em lei para se efetivar a transferência de direitos autorais a terceiros e que, por meio delas, não há transferência de direitos, mas tão-somente uma autorização de uso, que manteria a integralidade dos direitos autorais com o titular destes.

De fato, as licenças podem ser definidas como autorização de uso por parte do titular dos direitos autorais, a título gratuito ou oneroso. Podem ser conferidas com ou sem cláusula de exclusividade, sendo esta obrigatória por lei apenas no caso dos contratos de edição.

Assim é que os diversos contratos tipicamente relacionados a direitos autorais, como os de edição, gravação, tradução, adaptação etc., são instrumentalizados por meio da celebração de instrumentos contratuais que preveem, em sua essência, a cessão ou a licença de uso de direitos autorais alheios.

Dessa forma, um autor que queira publicar seu livro celebra um contrato de edição pelo qual cede ou licencia — dependendo dos termos da negociação — seus direitos autorais sobre a obra criada. Convém reforçar que, no caso do contrato de edição, a

exclusividade é concedida ao editor, independentemente de se tratar de cessão ou de licença, por força do disposto no art. 53, *caput*, da LDA.

Convém anotar, finalmente, que a cessão, total ou parcial, deve ser feita sempre por escrito, recaindo sobre ela a presunção legal de onerosidade. Já a licença pode ser convencionada oralmente e não precisa ser onerosa. Ainda assim, a celebração de um contrato por escrito é sempre recomendável, sobretudo porque, como determina a própria LDA, os negócios jurídicos envolvendo direitos autorais são interpretados restritivamente e a questão da prova em contratos feitos oralmente sempre causa grande dificuldade para as partes envolvidas.

Contrato de edição: um contrato típico, afinal?

O contrato de edição é previsto na LDA entre os arts. 53 e 67. Na verdade, trata-se do único contrato expressamente previsto na LDA, sendo por isso considerado o contrato paradigmático da lei.

Pelo contrato de edição, determina a LDA, em seu art. 53, que o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística e científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor. Embora o contrato de edição seja tipicamente utilizado para obras literárias, entende-se que não se aplica apenas a elas, podendo também versar sobre obras musicais, por exemplo.

De acordo com a LDA (art. 53, parágrafo único), em cada exemplar da obra, o editor deve mencionar:

- o título da obra e seu autor;
- no caso de tradução, o título original e o nome do tradutor;
- o ano da publicação;
- seu nome (do editor), ou marca que o identifique.

Caso não haja previsão expressa no contrato, entende-se que o contrato de edição versa apenas sobre uma edição (art. 56). E se eventualmente não houver referência ao número de exemplares, entende-se que esse número é 3 mil (art. 56, parágrafo único).

Direitos do autor

Para a celebração do contrato de edição, é normal que o autor ceda seus direitos autorais ao editor.

A obra deve ser editada em até dois anos, contados a partir da celebração do contrato, a menos que outro prazo tenha sido estipulado entre as partes (art. 62). Caso a obra não venha a ser editada no prazo legal ou contratual, o contrato pode ser rescindido, respondendo o editor pelo dano causado (art. 62, parágrafo único).

Uma vez editada a obra, quer haja cessão, quer haja licença, o editor deve prestar contas ao autor. É por isso que a LDA prevê que, sejam quais forem as condições do contrato, o editor é obrigado a facultar ao autor o exame da escrituração da parte que lhe corresponde, bem como informá-lo acerca do estado da edição (art. 59).

Não havendo prazo distinto convencionado, o editor é obrigado a prestar contas mensais ao autor sempre que a retribuição deste estiver condicionada à venda da obra (art. 61).

Passado um ano do lançamento da edição (e nunca antes), o editor pode vender os exemplares restantes como saldo. Nesse caso, o autor deve ser notificado para que, no prazo de 30 dias, exerça seu direito de prioridade na aquisição dos referidos exemplares pelo preço de saldo (art. 64).

Estando esgotada a edição, se o editor que tiver direito a nova edição não reeditar a obra, pode ser notificado pelo autor para que o faça dentro de certo prazo, sob pena de perder seu direito e responder por perdas e danos (art. 65).

Finalmente, é importante destacar que o autor tem o direito de fazer, nas edições sucessivas de suas obras, as emendas e altera-

ções que bem lhe aprouverem. Nessa hipótese, porém, o editor pode se opor às alterações que prejudiquem seus interesses, ofendam sua reputação ou aumentem sua responsabilidade (art. 66).

Direitos do editor

A principal obrigação do editor é editar a obra conforme convenionado pelo contrato e/ou pela lei. Não obstante, o editor goza de diversos direitos a ele conferidos pela LDA.

É importante mencionar que, por expressa disposição legal, o contrato de edição é um contrato exclusivo, o que tem evidente explicação econômica. Pelo contrato de edição, o autor entrega a obra ao editor — por meio de licença ou cessão de direitos autorais patrimoniais —, e o editor assume o risco do negócio, ou seja, utiliza em geral recursos próprios para tornar a obra intelectual um bem material passível de circulação. Na maioria das vezes, o contrato de compra e venda é o meio pelo qual o editor se remunera do investimento e repassa aos autores os valores contratualmente estipulados.

É por isso que, enquanto não se esgotarem as edições a que o editor tem direito, o autor não pode dispor de sua obra (art. 63). Isso significa que, se o editor tiver direito a quatro edições da obra, o autor só poderá editar a obra com outra editora após a quarta edição.

Uma vez editada a obra, o editor pode lhe fixar o preço, sem todavia elevá-lo a ponto de prejudicar a circulação da obra (art. 60).

Dependendo da natureza da obra, sua atualização pode ser imprescindível. Nesse caso, se o autor se recusar a providenciar a atualização, o editor pode encarregar um terceiro de fazê-lo, devendo entretanto mencionar o fato na edição (art. 67).

O que ocorre no caso de falecimento do autor antes de a obra estar acabada, ou de seu impedimento para concluir a obra? Nessa hipótese, o editor conta com três possibilidades (art. 55):

- considerar resolvido o contrato, mesmo que o autor tenha entregue parte considerável da obra;
- editar a obra, se autônoma (por exemplo, se foram entregues 10 contos de um total de 20, ou se foram escritos quatro ensaios sobre determinado tema, quando o contrato previa a entrega de seis), mediante pagamento proporcional do tema;
- mandar que terceiro a termine, desde que obtenha o consentimento dos sucessores do autor falecido e tal fato seja indicado na edição.

Utilização de obras de terceiros

A comunicação ao público e a abrangência de seus limites

A LDA é mais uma vez extremamente detalhista e restritiva ao cuidar da possibilidade de uso de obras alheias em eventos públicos, o que chama de comunicação ao público. Determina em seu art. 68 que, sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não se pode utilizar obras teatrais, composições musicais ou literomusicais e fonogramas em representações e execuções públicas. Ao desenvolver o mesmo artigo nos parágrafos seguintes, estipula que:

- considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhados, musicados ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou por radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica;
- considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou literomusicais, 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;

- 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 terrestres, marítimos, fluviais ou aéreos, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

É muito importante observar que a comunicação ao público tem estreita ligação com as disposições relativas à gestão coletiva, a ser tratada no capítulo 5.

Obra de artes plásticas e o direito de sequência

Embora contestado e rejeitado em outras legislações, a LDA prevê o direito de sequência. Trata-se de remuneração legalmente prevista para o caso de revenda de obra de arte ou de manuscrito.

Dispõe a LDA a esse respeito que o autor tem direito, irrenunciável e inalienável, de perceber no mínimo 5% sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de exemplares originais de obra de arte ou manuscrito, que houver alienado. Caso o autor não perceba 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 este for o depositário.

Trata-se de caso interessante de direito patrimonial não alienável. Ou seja, o direito de sequência tem natureza híbrida, abrangendo aspectos dos direitos patrimoniais — por tratar-se de faceta

econômica do uso da obra — e dos direitos morais — por ser irrenunciável e inalienável.

Obras em lugares públicos: quem tem direito ao Cristo Redentor?

A LDA, em seu art. 48, determina que as obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

Há poucos anos, interessante caso foi noticiado pelo jornal *Folha de S.Paulo*⁶⁴ em matéria intitulada “Quanto vale o Cristo?”. A família do escultor francês Paul Landowski, criador da estátua do Cristo Redentor, no Rio de Janeiro, estaria questionando o uso comercial da obra. Argumentava-se na reportagem que “toda e qualquer reprodução comercial do Cristo precisa ser autorizada pela família Landowski, pelo menos até a obra cair em domínio público — 70 anos após a morte do escultor, em 1961”.

Segundo a advogada da Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques (ADAGP), associação que, desde 1953, administra direitos autorais de artistas franceses, a *mens legis* do art. 48 da LDA significa que “as obras podem ser representadas em pinturas, desenhos e fotografias pessoais, mas sem finalidade comercial”. Por outro lado, o subsecretário de Turismo do Rio de Janeiro afirmava ser a estátua um patrimônio da cidade, salientando ainda: “a população contribuiu na construção da estátua, que até onde sei é de propriedade da arquidiocese do Rio”, referindo-se ao fato de ter sido o monumento criado a partir de uma encomenda da arquidiocese.

⁶⁴ Assis, 2004:E10.

Toda obra merece proteção: os sacos de lixo na Tate Gallery

O direito autoral não existe para proteger obras específicas, nem tampouco tem qualquer relação com a qualidade da obra a ser protegida. Dessa forma, uma obra goza de proteção, desde que cumpra com os requisitos do art. 7º da LDA.

Um caso curioso ocorreu em 2004, envolvendo uma das mais renomadas galerias de arte do mundo, a Tate Gallery. O site <www.oglobo.com> publicou, em 27 de agosto de 2004, uma nota informando que um faxineiro da Tate Gallery, em Londres, havia jogado fora um saco que fazia parte de uma instalação porque pensou que se tratasse de lixo. Na verdade, o saco de lixo transparente, cheio de jornais, papelão e outros pedaços de papel fazia parte de um trabalho do artista alemão Gustav Matzger.⁶⁵

Licenças públicas

Aumentando o domínio público

A LDA é extremamente restritiva no que diz respeito ao uso de obras de terceiros. Nesse sentido, basta observarmos o texto de seu art. 46, que determina que apenas pequenos trechos de obras alheias podem ser copiados sem autorização dos titulares de direitos e, ainda assim, observando-se diversas condições, como, por exemplo, que o próprio copista faça a cópia.

No entanto, a cultura, a arte de modo geral e a ciência se autoalimentam. Isso significa que as criações sempre derivam do conhecimento humano disponível. Quanto mais se impossibilita a utilização desse conhecimento, mediante restrições legais, menor a quantidade de matéria-prima disponível para novas criações.

⁶⁵ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/online/plantao/145638905.asp>>. Acesso em: 27 ago. 2004.

Com o advento da internet e o avanço acelerado da tecnologia, foi possível atenuar o problema do recrudescimento das leis autorais ao redor do mundo. A partir de um movimento social, diversos mecanismos e projetos de licenças públicas e criações colaborativas vêm sendo implementados, o que tem como principal resultado o aumento do domínio público — espontâneo, não legal — e, conseqüentemente, a possibilidade de uso de obras alheias, independentemente de autorização expressa dos titulares de seus direitos autorais, mas sem o risco de processos judiciais.

Para entender melhor o fenômeno, vamos analisar sobretudo as licenças Creative Commons.

A origem dos projetos colaborativos: o software livre

A nomenclatura *copyleft* surgiu como um trocadilho que só a língua inglesa permite. A partir do sistema anglo-americano de *copyright*, em que se protege o direito de autorização ou não da cópia de determinada obra, surgiu a ideia do *copyleft*, em que a liberdade de cópia é garantida por princípio, independentemente de autorização.

De fato, o termo surgiu como uma brincadeira com o termo *copyright*, fazendo alusão à sua inversão, mas tem tomado sério corpo jurídico nos dias atuais. O *copyleft*, surgido nos EUA, nada mais é do que o próprio instituto do *copyright* em que o autor libera, desde o primeiro licenciamento, os direitos de uso, reprodução, distribuição e, eventualmente, de alteração de sua obra a qualquer interessado.⁶⁶

O *copyleft* teve sua origem ainda em meados da década de 1980, com o surgimento do software livre. Segundo Sérgio

⁶⁶ Paranaguá Moniz e Cerdeira, 2004.

Amadeu, ex-diretor presidente do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), “o movimento de software livre é a maior expressão da imaginação dissidente de uma sociedade que busca mais do que a sua mercantilização. Trata-se de um movimento baseado no princípio do compartilhamento do conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva conectada na rede mundial de computadores”.⁶⁷

Para compreendermos melhor a questão do surgimento do software livre e do conceito de *copyleft*, sugerimos a leitura do texto de Sérgio Amadeu.⁶⁸

A partir da leitura do texto indicado, é fácil perceber que as questões envolvendo software livre não são somente peculiaridades técnicas relacionadas ao software, mas sim peculiaridades jurídicas. É preciso esclarecer que o software livre não se distingue dos demais em virtude de mecanismos técnicos, nem pode ser confundido com o software gratuito.

O grande passo dado pelo desenvolvimento do software livre foi, na verdade, manter o código-fonte do software aberto. Dessa maneira, qualquer pessoa poderá ter acesso a ele para estudá-lo e modificá-lo, adaptando-o a suas necessidades. São as chamadas quatro liberdades fundamentais do software livre: a) a liberdade de executar o programa para qualquer propósito; b) a liberdade de estudar como o programa funciona e adaptá-lo às suas necessidades; c) a liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar ao seu próximo; e d) a liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda comunidade se beneficie.⁶⁹

⁶⁷ Disponível em: <www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo_02>. Acesso em: 19 fev. 2006.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Lemos e Manzueto, 2005:6.

Observe-se que o autor do software não está abrindo mão dos direitos autorais. Na verdade, o titular está se valendo “dos seus direitos de autor para, através de uma licença, condicionar a fruição desses direitos por parte de terceiros, impondo o dever de respeitar as quatro liberdades fundamentais (...). O software livre, portanto, é produto direto do direito de propriedade do autor sobre o software e consiste em uma modalidade de exercício desse direito, através de uma licença jurídica”.⁷⁰

Para garantir a manutenção do software exatamente como “livre”, o instrumento é um contrato jurídico chamado de GNU-GPL (GNU General Public License ou Licença Pública Geral GNU). O uso da GNU-GPL enseja a formação de redes de contratos, ou de contratos de licenciamento em rede. Aquele que se vale da licença precisa necessariamente permitir o uso de seus eventuais aperfeiçoamentos e modificações.

Dessa forma, o software livre tornou-se o primeiro grande projeto desenvolvido de maneira colaborativa. Hoje, conta com a adesão de milhares de voluntários que aperfeiçoam seus sistemas e aplicativos. Foi a partir desse conceito que surgiram os demais projetos colaborativos, dos quais o Creative Commons é um dos exemplos mais relevantes. Observe-se que, para todos os fins, não há diferença entre a licença GNU-GPL do Creative Commons (CC-GNU-GPL) e a GNU-GPL tradicional. Por isso, os termos GNU-GPL e CC-GNU-GPL possuem, assim, significado intercambiável.⁷¹

⁷⁰ Falcão et al., 2007.

⁷¹ Ibid.

Para quem serve o Creative Commons?

O Creative Commons é um projeto criado pelo professor Lawrence Lessig, da Universidade de Harvard, e que tem por objetivo “expandir a quantidade de obras criativas disponíveis ao público, permitindo criar outras obras sobre elas, compartilhando-as. Isso é feito através do desenvolvimento e disponibilização de licenças jurídicas, que permitem o acesso às obras pelo público, sob condições mais flexíveis”.⁷²

O criador do projeto foi quem introduziu a idéia do *commons*. Segundo ele, na maioria dos casos, o *commons* é um recurso a que as pessoas de determinada comunidade têm acesso sem precisar obter qualquer permissão. Em alguns casos, a permissão é necessária, mas concedida de maneira neutra. São dados os seguintes exemplos:⁷³

- a) ruas públicas;
- b) parques e praias;
- c) a teoria da relatividade de Einstein;
- d) escritos que estejam em domínio público.

Lessig (2001:21) aponta ainda alguns interessantes aspectos que distinguem as idéias de *commons* das letras *a* e *b*, acima, das letras *c* e *d*: a teoria da relatividade de Einstein difere das ruas ou praias públicas por ser totalmente “não-rival” (no sentido de que não há rivalidade em seu uso por mais de uma pessoa), o que as ruas e as praias não são. Quando se usa a teoria da relatividade, resta tanto para ser usado depois quanto havia antes. O consumo de uma pessoa, em outras palavras, não rivaliza com o de outra.

⁷² Disponível em: <www.diretorio.fgv.br/cts/>.

⁷³ Lessig, 2001:19-20.

Mas estradas e praias são muito diferentes. Se todos tentam usar as estradas ao mesmo tempo (algo que aparentemente acontece na Califórnia com frequência), então o seu uso das estradas rivaliza com o meu. Engarrafamentos, praias públicas lotadas.

O autor (2001:21) conclui retomando uma ideia que apresentamos no capítulo 3 a respeito do uso potencialmente infinito das obras digitais por terceiros: “se um bem é ‘não-rival’, então o problema restringe-se a saber se há incentivo suficiente para produzi-lo, e não se há demanda suficiente para seu consumo. Um bem considerado ‘não-rival’ não pode ser exaurido”.

A partir do uso do sistema Creative Commons, autores de obras intelectuais (textos, fotos, músicas, filmes etc.) podem licenciá-las por meio de licenças públicas, autorizando, assim, a coletividade a usar suas obras dentro dos limites das licenças.

Acessando o site <www.creativecommons.org.br>, autores e outros titulares de direito autoral podem autorizar o *download* de um filme, sua exibição pública (incluindo, a seu critério, o circuito comercial) e mesmo o “sampleamento” da obra (modificações e recriações sobre o original). No âmbito do website, é celebrado um contrato entre o titular do direito e aqueles que solicitam autorização.⁷⁴

Até mesmo a BBC de Londres anunciou o licenciamento de todo o seu acervo histórico sob o símbolo Creative Commons, uma vez que teria percebido ser mau negócio manter centenas de milhares de horas de produção audiovisual vedadas a qualquer acesso. Vê-se, assim, que o Creative Commons não interessa apenas ao artista iniciante ou desinteressado em auferir ganhos financeiros.

⁷⁴ Crespo, 2004:60.

Em junho de 2006, a Radiobrás anunciou a adesão a uma licença Creative Commons para autorizar o uso do conteúdo de seu site. Conforme esclarece o próprio website da Radiobrás, ao comunicar a decisão antes de seu anúncio oficial, seria adotada a licença 2.5, que permite a reprodução, o uso para obras derivadas e o uso em peças comerciais de tudo o que estiver publicado no endereço <www.agenciabrasil.gov.br>, mediante a publicação do crédito.⁷⁵

O Creative Commons permite, de forma simplificada, que o autor tenha “alguns direitos reservados”, ao invés de “todos os direitos reservados”, autorizando assim toda a sociedade a usar sua obra segundo os termos das licenças públicas por ele adotadas. Essa solução protege os direitos do autor, ao mesmo tempo que permite, mediante instrumento juridicamente válido, o acesso à cultura e o exercício da criatividade dos interessados em usar a obra licenciada.

O Creative Commons procura efetivar a vontade de disseminação dos trabalhos dos mais diversos tipos de artistas, criadores e detentores de direitos. E estes podem optar por licenças específicas, que atendam melhor a seus interesses, pois são muitas as opções existentes.⁷⁶ As licenças do Creative Commons podem ser utilizadas para quaisquer obras, como música, filme, texto, foto, blog, banco de dados, compilação, software ou qualquer obra passível de proteção por direito autoral.⁷⁷

As principais licenças Creative Commons são elencadas a seguir:

⁷⁵ Disponível em <www.radiobras.gov.br>.

⁷⁶ Lemos, 2005:85.

⁷⁷ Para um aprofundamento neste assunto, consultar Lemos, 2005.



Atribuição

Ao se optar por um dos diversos tipos de licenças Creative Commons (CC), convém saber que esta é a única opção obrigatória. Quando a obra é licenciada unicamente nos termos desta licença, sem combinar a “Atribuição” com outra opção qualquer, o autor autoriza a livre cópia, a distribuição e a utilização da obra. Note-se que, assim, contorna-se o problema do disposto no art. 46, II, da LDA, referente à cópia integral da obra, já que há a autorização expressa do autor para que se copie integralmente sua obra.

Além disso, fica também autorizada a elaboração de obras derivadas, eliminando-se a necessidade de licença nos termos do art. 29 da LDA. O autor exige, porém, que a obra lhe seja sempre atribuída, e que se faça sempre referência ao seu nome, o que, inclusive, está em conformidade com os direitos morais de autor, entre os quais se inclui o de paternidade.



Vedados usos comerciais

Nos termos desta licença, o autor autoriza a livre cópia, a distribuição e a utilização de sua obra, o que se assemelha ao disposto pela primeira licença analisada. Mas fica proibido o uso da obra com fins comerciais. Dessa forma, as pessoas que tiverem acesso à obra podem utilizá-la, nesse particular, apenas em consonância com o já disposto na LDA, que tem por parâmetro o uso de obras sem qualquer intenção de lucro. Permite-se, outrossim, a cópia para uso próprio e sua distribuição a terceiros, bem como o uso da obra original na elaboração de obras derivadas,

desde que tais usos não sejam comerciais. Como é obrigatória a escolha da opção “Atribuição”, deve-se indicar a autoria da obra.



Não a obras derivativas

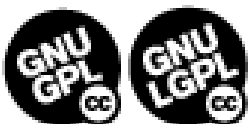
Nos termos desta licença, o autor autoriza a livre cópia, a distribuição e a utilização de sua obra, também de modo a evitar a proibição constante no art. 46, II, da LDA. Diferentemente das duas licenças anteriores, entretanto, o autor não autoriza o uso de sua obra na elaboração de obras derivadas. Por isso, a obra licenciada não pode ser alterada ou reeditada sem a autorização expressa do autor. Como veremos, esta licença é menos ampla do que a licença a seguir, já que o autor não autoriza modificações em sua obra. Continua sendo obrigatória a escolha da opção “Atribuição” para indicar a autoria da obra.



Compartilhamento pela mesma licença

Esta é a licença Creative Commons que adota mais amplamente o espírito *copyleft*. Por seus termos, o autor autoriza a cópia, a distribuição e a utilização de sua obra, como ocorre nos casos das licenças “Atribuição” e “Vedados usos comerciais”, mas impõe a condição de que, caso a obra seja utilizada na criação de obras derivadas — como, por exemplo, foto incluída em blog, tradução para outra língua ou texto adaptado para filme —, a obra derivada, se for distribuída, deve necessariamente ser compartilhada pela mesma licença. Ou seja, uma obra licenciada pela modalidade “Compartilhamento pela mesma licença” só pode

ser utilizada em outras obras se estas, caso sejam distribuídas, também forem licenciadas sob o mesmo tipo de licença Creative Commons. O motivo é simples: manter o conteúdo o mais livre possível, facilitando sua divulgação e reaproveitamento. O autor de uma obra derivada só pôde criá-la porque teve acesso à obra original e permissão para utilizá-la. Portanto, nunca poderia ter criado sua obra derivada sem a autorização concedida pela licença Creative Commons ou pelo titular da obra original. E é justamente por isso que deve, no caso de distribuir sua nova obra, licenciá-la pela mesma licença, para que também autorize outros a utilizar sua obra e não “limite” o conhecimento adquirido na obra anterior. Mais uma vez, juntamente com esta licença é obrigatória a escolha da opção “Atribuição” para indicar a autoria da obra.



CC-GPL e CC-LGPL

Assim como a licença anterior, estas duas licenças tiveram origem no Brasil, destinando-se ao licenciamento de software. As licenças foram instituídas para atender a necessidades específicas do governo brasileiro no que tange ao incentivo à adoção do software livre no país. Essas licenças consistem nas tradicionais General Public License (GPL) e Lesser General Public License (LGPL) do GNU,⁷⁸ adotadas internacionalmente para o licenciamento de software livre, mas com a diferença de serem estruturadas a partir dos preceitos do Creative Commons.

Se for do interesse dos autores, as licenças Creative Commons podem ser utilizadas em conjunto. Um autor pode, pois, licenci-

⁷⁸ Para maiores detalhes, ver <www.gnu.org>.

ar, simultaneamente, sua obra com as licenças “Não a obras derivativas” e “Vedados usos comerciais”.

Juridicamente, as licenças públicas são classificadas como contratos atípicos, cuja celebração é autorizada pelo Código Civil brasileiro, nos termos de seu art. 425. Também podem ser classificadas como contratos unilaterais, já que o licenciado não é remunerado e que os deveres assumidos por ele não podem constituir-se em sinalagma, uma vez que são apenas deveres acessórios que não maculam a unilateralidade do contrato.

Caso determinada obra seja licenciada por seu autor com a licença “Atribuição” combinada com a licença “Vedados usos comerciais”, o licenciado pode fazer cópia da obra e produzir obras derivadas, mas sem intuito de lucro. Porém, se produzir obras derivadas, deve sempre indicar o autor da obra original, ou seja, existe uma obrigação para o licenciado. Essa obrigação pode também não vir a se configurar, se o licenciado jamais produzir obra derivada da original. Mas se produzi-la, esta pode permanecer inédita, e jamais ser licenciada. O que se impõe tão-somente é que, existindo uma obra derivada, *se esta vier a ser licenciada*, deverá sê-lo pelos termos da mesma licença. Por isso, as licenças públicas Creative Commons são sempre unilaterais.

Sendo contratos atípicos, ainda assim sobre eles devem incidir todos os princípios contratuais a que já nos referimos, como a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e o respeito a sua função social, sendo-lhes atribuídas as características dos contratos unilaterais.

Também é fácil observar a submissão desses contratos às regras da LDA, uma vez que apenas as faculdades livre e explicitamente licenciadas pelo detentor dos direitos autorais podem ser aproveitadas por terceiros nos termos da licença. Nesse caso, observa-se com nitidez a causa da licença e o exercício de sua função social, na medida em que o licenciado se valha da obra nos exatos termos autorizados pelo autor.

Por isso, as licenças públicas não são um mecanismo de escape aos princípios erigidos por nosso ordenamento jurídico. Pelo contrário. Sua estrita observância é necessária para não se incorrer em ato ilícito pela falta de autorização expressa do autor. A LDA continua eficaz em meio ao Creative Commons. O que se tem, no entanto, é a garantia de se poder usar obra alheia segundo o que determinam as autorizações concedidas.

Pelos exemplos dados, vê-se que as licenças públicas são instrumentos jurídicos que podem ajudar a difundir a cultura e permitir a expressão nos mais diversos campos, sem contudo ferir os direitos autorais de terceiros. E nem se argumente que os autores estariam abrindo mão de seus direitos patrimoniais no sentido mais estrito do termo. As obras livres não geram lucros diretos a partir de seu licenciamento (uma das formas clássicas de remuneração dos autores), mas nem por isso deve-se acreditar que não sejam bem-aceitas.

É natural que o direito de autor seja preservado. Há autores que dependem da remuneração auferida com seus trabalhos para continuarem a produzir. O que não se quer, acreditamos, é um sistema impositivo em que os autores estejam obrigados a exercer direitos de que poderiam, em maior ou menor extensão, abrir mão.

Por isso, iniciativas como o Creative Commons incentivam o desenvolvimento de modelos cooperativos, dentro da lei brasileira, para que os autores possam permitir a utilização, a divulgação, a transformação de suas obras por terceiros, a fim de contribuir para a ampliação do patrimônio cultural comum e, por conseguinte, para a disseminação da cultura e do conhecimento.

Uma história de sucesso. Uma, não: várias

Diversos são os nomes conhecidos do grande público que se valem do modelo Creative Commons. Entre eles estão Gilberto Gil, David Byrne e as bandas Beastie Boys e Matmos (da cantora Björk).

BNegão é um músico que iniciou sua carreira na banda Planet Hemp. Em 2003, após o fim da banda, lançou o CD *Enxugando gelo*, com sua banda BNegão e os Seletores de Freqüência. O sucesso do CD, cujas faixas podiam ser baixadas da internet por meio de licença Creative Commons, foi tão grande que garantiu agenda repleta para o músico não só no Brasil como no exterior.

Mas nem só de música é feito o Creative Commons. Em iniciativa inédita no Brasil, Bruno Vianna lançou seu primeiro longa-metragem, *Cafuné*, simultaneamente nos cinemas e na internet. Segundo o cineasta, se um filme chega aos cinemas já pago (devido aos incentivos fiscais que o financiaram), deve ser acessível ao público. Apesar da distribuição na internet, o filme fez carreira comercial típica dos filmes de lançamento modesto, o que comprova que a disponibilidade do filme na rede em nada prejudicou sua visibilidade nos cinemas.

5

Direitos conexos, gestão coletiva e infrações

Direitos conexos

Quem são os titulares?

Os direitos conexos também são chamados de direitos vizinhos, ou *droits voisins*, por serem direitos próximos, assemelhados aos direitos autorais, embora não sejam eles próprios direitos autorais. Trata-se, a bem da verdade, do direito de difundir obra previamente criada. O esforço criativo aqui evidente não é o de criação da obra, e sim de sua interpretação, execução ou difusão.

Diante dessa aproximação conceitual, a LDA estipula que as normas relativas aos direitos de autor apliquem-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.

No âmbito internacional, os direitos conexos são regulados pela Convenção de Roma, de 1961.

Intérpretes que podem demais

A primeira classe de titulares de direitos conexos abrange os artistas intérpretes ou executantes, que são assim definidos nos termos da LDA (art. 5º, XIII): todos os autores, 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.

Ocorre que a LDA atribui aos intérpretes e executantes um conjunto tão vasto de direitos que estes acabam por representar um entrave a mais na circulação das obras. Conforme determina o art. 90 da LDA, o artista intérprete ou executante tem o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir:

- a fixação de suas interpretações ou execuções;
- a reprodução, a execução pública e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas;
- a radiodifusão das suas interpretações ou execuções, fixadas ou não;
- 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;
- a qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções.

Dado o enorme número de intérpretes e/ou executantes que podem participar da concepção de determinada obra, a orquestração dos direitos conexos pode significar um verdadeiro tormento para o titular dos direitos autorais sobre a obra. Basta ver o quanto os atores de um filme são capazes de impedir sua utilização devido aos poderes a eles conferidos pela LDA.

Um ótimo exemplo é o do filme *Amor, estranho amor*, já discutido no capítulo 4. Ainda que a ação judicial tenha se dado sob a égide da lei anterior, o princípio é o mesmo. Se aos artistas intérpretes (no caso, Xuxa) são conferidos os mesmos direitos dos autores, no que cabível; se os artistas intérpretes têm o direito de reproduzir e de locar suas interpretações; se esses direitos não haviam sido transferidos a qualquer terceiro; se os negócios jurídicos envolvendo direitos autorais são interpretados restritivamente

te, então é bem fácil entender por que Xuxa conseguiu retirar de circulação o vídeo com sua interpretação, já que não houvera autorização para o uso comercial de sua interpretação e ela era indubitavelmente a titular do direito conexo.

Basta esse exemplo para se entender por que é tão importante que as relações envolvendo a circulação de obras intelectuais sejam reguladas por contrato. Não havendo dispositivo legal, nem sendo invocável a função social da propriedade numa hipótese específica, o contrato é fundamental para dirimir quaisquer dúvidas advindas da relação entre o autor (ou o titular de direitos conexos) e terceiros.

O direito dos produtores fonográficos

Produtores fonográficos são os que investem dinheiro na produção do fonograma. Em termos leigos, pode-se dizer que os produtores fonográficos são, hoje em dia, as produtoras de CDs.

Da mesma forma — porém, com menos razão —, a LDA confere aos produtores fonográficos direitos conexos que acabam se tornando verdadeiros entraves à circulação das obras intelectuais. Com menos razão porque não há qualquer justificativa artística para se conferir aos produtores fonográficos um direito dito intelectual. No caso dos intérpretes e executantes, pelo menos, pode-se vislumbrar uma atuação intelectual no que diz respeito à obra. No caso dos produtores fonográficos, nem isso.

Ainda assim, garante-se aos produtores de fonogramas o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar-lhes ou proibir-lhes:

- a reprodução direta ou indireta, total ou parcial;
- a distribuição por meio da venda ou locação de exemplares da reprodução;

- c) a comunicação ao público por meio da execução pública, inclusive radiodifusão;
- d) quaisquer outras modalidades de utilização, existentes ou que venham a ser inventadas.

O direito das empresas de radiodifusão

Além dos direitos conferidos aos intérpretes e executantes e às produtoras de fonogramas, a LDA concede direitos às empresas de radiodifusão, ou seja, de maneira genérica, às rádios e aos canais de televisão.

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

Broadcast Treaty da Ompi e a ameaça do excesso de direitos

Apesar de alguns países, como o Japão e os integrantes da União Européia, terem interesse em que haja uma conferência diplomática no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Ompi) para iniciar a redação de um novo tratado sobre radiodifusão (*broadcasting*), países em desenvolvimento, como Índia, Chile, Argentina e Brasil, entre outros, bem como algumas empresas de tecnologia, como Dell, HP, AT&T, Intel, Verizon etc. e várias ONGs de interesse público e de consumidores são contra a realização de tal conferência, pelo menos no momento atual. Por que motivo? Por entenderem que os países em menor grau relativo de desenvolvimento não têm preparo técnico-jurídico para tratar do assunto, além de acreditarem que o tratado criaria um conjunto adicional de direitos para partes

que não são autores de obras originais, o que injustamente criaria custos para os consumidores, usuários e para o público em geral, uma vez que os direitos recairiam sobre os “sinais” de transmissão, independentemente de a empresa de radiodifusão ter criado o conteúdo ou mesmo ser dele proprietária. A “transmissão” da informação é que seria protegida, mesmo no caso de tal informação já ser de domínio público. Outras questões controversas são: a) o prazo de proteção; b) as restrições tecnológicas;⁷⁹ e c) se a difusão via internet (*webcasting*) deve ser incluída ou não no tratado, já que isso passaria a regular milhões de páginas da internet que legalmente transmitem conteúdo audiovisual.

As discussões no âmbito do Comitê de Direitos Autorais e Conexos (Standing Committee on Copyright and Related Rights — SCCR), o órgão da Ompi que analisa a controversa proposta de minuta do tratado daquela organização sobre a proteção dos produtos das organizações de radiodifusão, tiveram início há 10 anos, em 1999. A primeira proposta de minuta do tratado (SCCR/11/3) foi submetida em 2004.

O desejo das organizações de radiodifusão de obterem um patamar de proteção para as suas transmissões similar ao concedido pela Convenção de Roma, de 1961, para os músicos e as obras da indústria fonográfica — com atualização no tocante às décadas de avanços tecnológicos, de modo a incluir a nova transmissão digital — vinha impulsionando as negociações. Uma das minutas do tratado propunha a concessão, às organizações de radiodifusão, de direitos exclusivos sobre a distribuição e a retransmissão de seus programas.

⁷⁹ TPMs, como vimos na seção “Os problemas das restrições tecnológicas...”, no capítulo 3.

A questão do *webcasting* entrou na pauta da discussão por iniciativa dos Estados Unidos. A possibilidade de conceder a *webcasters* direitos comparáveis aos concedidos a organizações tradicionais de radiodifusão — aquelas que não empregam redes de computadores — foi recebida com grande resistência. Teme-se que, ao serem concedidos tais direitos, se crie um obstáculo ao livre fluxo de informações online, o que beneficiaria apenas o intermediário, e não todos os que detêm direitos autorais sobre o conteúdo transmitido, ou mesmo o consumidor final do conteúdo. Há ainda uma preocupação com a possível restrição do acesso a materiais educacionais, dados científicos e outras formas de informação de domínio público.

Mesmo assim, o *webcasting* foi incluído em uma das minutas do tratado. Mas como o “anexo não obrigatório” sobre os direitos dos *webcasters* sofreu intensas críticas de muitos países em desenvolvimento, acabou se tornando impossível avançar nas discussões sem a retirada do tema do *webcasting*. Dessa forma, concordou-se em dividir as negociações em duas frentes: uma atinente à proteção da radiodifusão tradicional (transmissões sem fio) e a cabo, e a segunda sobre o *webcasting* e o *simulcasting* — transmissões realizadas simultaneamente por radiodifusão tradicional e por internet. O nexo entre as duas frentes de negociação foi motivo de discussão. Os Estados Unidos queriam estabelecer uma relação de condicionalidade, de forma que, se as discussões sobre uma das frentes falhassem, as linhas fossem retomadas em conjunto no futuro. Outros países-membros, como Argentina e Índia, defendiam o tratamento independente. E a decisão tomou exatamente esse sentido: as discussões sobre *webcasting* continuaram independentemente daquelas sobre radiodifusão tradicional, devendo, porém, ser objeto de sessões subsequentes do SCCR.

Os países-membros discordavam também quanto ao prazo da proteção que o eventual tratado deveria conceder aos radiodifusores: Índia e Irã entendiam que um período de 20 anos seria o ideal, ao passo que Coreia e Egito, por exemplo, preferiam 50 anos. Para alguns países, as organizações de radiodifusão tradicionais e de transmissão a cabo deviam receber proteção somente contra “furto de sinal”.

Além de certos países em desenvolvimento terem declarado que o objetivo dos direitos a serem concedidos era abrangente demais, alguns países questionavam a obrigação de evitar a quebra de restrições tecnológicas.⁸⁰ Ademais, Chile e Brasil, em propostas independentes, demandaram limitações e exceções às obrigações para salvaguardar, por exemplo, a utilização de radiodifusão por estabelecimentos educacionais e por deficientes. Tais preocupações, incluindo dados científicos e outras formas de informação de domínio público, foram abordadas principalmente por Índia e Chile, assim como pela África do Sul, na reunião de junho de 2007. Aliás, foi exatamente nessa reunião que o tratado foi bloqueado. Atualmente há tentativas de se reiniciar discussões sobre o assunto.

Gestão coletiva

O que é o Ecad?

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) tem sua existência prevista no art. 99 da LDA, que determina que as associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e literomusicais e de

⁸⁰ Como visto na seção “Os problemas das restrições tecnológicas...”, no capítulo 3, dispositivos que impedem ou limitam o uso de conteúdo digital.

fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

O Ecad é uma sociedade civil, de natureza privada e sem fins lucrativos, instituído pela Lei nº 5.988/73 e mantido pela atual LDA. De acordo com o website da instituição <www.ecad.org.br>, ⁸¹ o órgão possui cadastrados em seu sistema mais de 262 mil titulares. Estão catalogadas 1,15 milhão de obras, além de 412 mil fonogramas, que contabilizam todas as versões registradas de cada música.

O autor de uma música, naturalmente, tem grande interesse em ver difundido seu trabalho. Contudo, é praticamente impossível para ele exercer pessoalmente os direitos decorrentes da exibição pública das músicas que compôs. Assim, caso seja de seu interesse, ele pode se associar a uma das 10 associações que compõem o Ecad. Vale lembrar que a liberdade de associação é direito previsto na Constituição Federal, de modo que o autor não pode ser obrigado a se associar, nem tampouco a permanecer associado.

Atualmente, compõem o Ecad as associações constantes do quadro a seguir:

Associações efetivas	
Abramus (Associação Brasileira de Música e Artes)	www.abramus.org.br
Amar (Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes)	www.amar.art.br
Sbacem (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música)	www.sbacem.org.br
Sicam (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais)	www.sicam.org.br
Socinpro (Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais)	www.socinpro.org.br
UBC (União Brasileira de Compositores)	www.ubc.org.br

Continua

⁸¹ Acesso em jul. 2008;

Associações administradas	
Abrac (Associação Brasileira de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos)	
Anacim (Associação Nacional de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos)	www.anacim.hpg.ig.com.br
Assim (Associação de Intérpretes e Músicos)	www.assim.org.br
Sadembra (Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil)	

Quando o músico se associa a uma das entidades que compõem o Ecad, a associação a que pertence passa a exercer a função de mandatária, ou seja, atua em nome do músico, no exercício de seus direitos. É por intermédio da associação que o músico recebe remuneração (distribuição) pela execução pública de seus trabalhos, após o Ecad ter feito a arrecadação de direitos.

Como funciona?

Para informações a respeito da arrecadação e distribuição de direitos autorais pelo Ecad, remetemos o leitor às informações constantes do website <www.ecad.org.br>.

Infrações

Baixar arquivos da internet é crime? As ações da IFPI e seus aspectos legais

Se você, leitor, gosta de música, sabe que a tecnologia está a seu favor. Nunca na história da humanidade foi possível ter acesso a tão grande variedade de artistas e de canções, com tanta rapidez e qualidade. Mas o avanço tecnológico abriu um abismo entre o mundo da teoria e o mundo dos fatos.

As práticas que vêm sendo adotadas nesse crescente fechamento do direito autoral tangenciam perigosamente diversos direitos. A Federação Internacional da Indústria Fonográfica (International

Federation of the Phonographic Industry — IFPI) e a Associação Brasileira de Produtores de Discos (ABPD) anunciaram, em fins de 2006, a intenção de processar judicialmente os usuários da internet que disponibilizam grande número de músicas na rede. Naturalmente, o anúncio da decisão causou polêmica.

Sabe-se que a prática de processar usuários da internet já foi utilizada sem sucesso nos Estados Unidos. Em um país em que uma percentagem muito maior de pessoas tem acesso a internet de qualidade, é evidente que um número muito maior de pessoas se utilize da internet para ter acesso a músicas gratuitamente. Dessa forma, processos em massa, que abranjam todos os usuários que de fato estejam copiando na íntegra músicas protegidas por direitos autorais, são absolutamente impossíveis. Isso só pode levar a um caminho: o da discricionariedade e da caça a bodes expiatórios. Além disso, é indispensável haver uma compreensão econômica da propriedade intelectual como um todo para que o sistema seja estruturado a partir de novos modelos de negócios condizentes com os novos tempos.

O que o Brasil não precisa é de processos judiciais. Considerando nosso Judiciário, abarrotado de demandas (sem falar na deficiência de infraestrutura e na insuficiência de pessoal), e nosso povo carente de acesso a fontes culturais, o processo judicial é, no mínimo, um erro duplo. O Brasil precisa, na verdade, da criação de novos modelos de exploração de direitos autorais que efetivamente remunerem o autor a partir do pagamento de valores acessíveis aos consumidores. Precisa também de uma lei que esteja em conformidade com a vida contemporânea e com as novas tecnologias. Isto porque o que presenciamos hoje não é a atuação de uma sociedade à margem da lei; vivemos, isso sim, o melancólico drama de uma lei à margem da sociedade⁸².

⁸² Sobre o assunto, sugerimos a leitura do artigo disponível em [www.multirio.rj.gov.br/portal/riomidia/rm_materia_conteudo.asp?idioma=18idMenu=5&v_nome_area=Artigos\\$label=Artigos&v_id_conteudo=66554](http://www.multirio.rj.gov.br/portal/riomidia/rm_materia_conteudo.asp?idioma=18idMenu=5&v_nome_area=Artigos$label=Artigos&v_id_conteudo=66554).

As condutas típicas da Lei de Direitos Autorais

O art. 102 da LDA determina que o titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada pode requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível. Já o art. 104 estipula que quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos por meio de fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, é solidariamente responsável com o contrafator. De acordo com esse artigo, a conduta dos camelôs que vendem obras “pirateadas” está sujeita a sanção civil.

O problema das 3 mil cópias

O artigo mais polêmico entre os que tratam das sanções civis é o art. 103. Este estabelece que quem editar obra literária, artística ou científica sem autorização do titular perde para este os exemplares que forem apreendidos, devendo pagar-lhe o preço dos que tiver vendido. Mas se não for conhecido o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, o transgressor deve pagar o valor correspondente a 3 mil exemplares, além dos apreendidos.

A medida é polêmica. A lei autoral anterior, a de nº 5.988/73, em seu art. 122, previa uma multa no valor correspondente a 2 mil exemplares. O TJ-SP já teve a oportunidade de se manifestar, ainda sob a égide da lei anterior, que “a rigor, não se conhecendo o montante das cópias realizadas, [é] interessante que se estabeleça um montante razoável, que não precisa chegar ao limite do art. 122 da Lei 5.988/73”.

Um dos argumentos alegados é que há desproporcionalidade na aplicação de tal multa a pequenas empresas que possuem um número limitado de empregados e apenas alguns computadores

com softwares não licenciados. Em tais casos, a exigência de tal multa constituiria certamente um abuso⁸³.

O que prevê o art. 184 do Código Penal?

O Código Penal brasileiro, em seu art. 184, prevê as penas aplicáveis no caso de violação de direitos autorais e conexos. Vejamos seu teor:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§2º Na mesma pena do §1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual, ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante, ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por

⁸³ Para maiores detalhes sobre o tema, ver <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/27261,1>>.

quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§4º O disposto nos §§1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor, ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

Em análise muito feliz deste artigo, Ronaldo Lemos (2005:160-166) indica os elementos interpretativos que devem ser levados em consideração, sobretudo no que diz respeito à troca de arquivos por meio de redes p2p (*peer-to-peer*).

Observa-se que o §4º do art. 184, incluído na edição da Lei nº 10.695, de 1º de julho de 2003, determina a não aplicação da pena agravada quando se tratar de cópia de obra intelectual integral, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

Nos termos do referido parágrafo, duas questões se põem: a) deve, ainda assim, ser aplicado o *caput* do artigo, quando presentes os elementos indicados no §4º?; b) a troca de arquivos pela internet caracteriza hipótese de lucro direto ou indireto? A relevância dessas questões é evidente: se o *caput* deve, a despeito do disposto no §4º, continuar a ser aplicado, ou ainda, se a troca de arquivos pela internet configurar hipótese de lucro direto ou indireto, no preciso dizer de Ronaldo Lemos (2005:162), “então centenas de milhares de usuários nacionais no Brasil estariam cometendo a infração penal descrita pela lei”.

Diante desse cenário, é evidente que a análise da situação torna-se absolutamente relevante. Sobretudo porque a impossibilidade de processamento criminal de todos os que violam tal dispositivo acarretaria elevado grau de discricionariedade das entidades que viessem a propor ação penal contra determinados indivíduos, que poderiam vir a ser verdadeiros bodes expiatórios para a persecução de efeitos políticos ou aplicação das leis para atender a interesses particulares.⁸⁴

Por isso, Ronaldo Lemos (2005:164) afirma categoricamente que:

Assim, argumentos favoráveis à não-criminalização do compartilhamento de arquivos através de redes *peer-to-peer* podem ser relevantes socialmente, uma vez que reduzem o escopo de aplicação da lei penal, atribuindo a repressão a esta atividade, quando violadora de direitos autorais, ao campo dos ilícitos civis. Nesse sentido, a interpretação de lucro direto ou indireto pode e deve ser restringida, para compreender lucro apenas como resultado econômico de atividade empresarial, tal como o conceito é tratado, por exemplo, na legislação tributária ou na legislação societária. Assim, a interpretação razoável é de que lucro corresponde ao resultado da atividade do empresário, que organiza os fatores de produção, obtendo ganho que supera o investimento organizacional. Ele é direto quando auferido pelo próprio empresário e indireto quando beneficia outrem. Em ambos os casos, o compartilhamento de arquivos em redes *peer-to-peer* não se inclui.

Essa questão continua em aberto no Brasil, esperando a oportunidade para ser decidida nos tribunais. Alguns países já tiveram

⁸⁴ Lemos, 2005:164.

a oportunidade de se pronunciar sobre o assunto, como bem informa Ronaldo Lemos (2005:165):

No Canadá, o Copyright Board considerou que baixar arquivos musicais pela internet não infringe a legislação canadense e, por isso, estabeleceu a criação de uma taxa sobre diversos produtos utilizados para a manipulação desses arquivos, destinada a remunerar os autores por essa atividade. Na Holanda, o Tribunal de Recursos de Amsterdã estabeleceu que a utilização e a distribuição de programas *peer-to-peer* não violam direitos autorais. Por fim, os tribunais dos Estados Unidos consideraram ilegais as medidas tomadas pela Associação da Indústria Fonográfica no sentido de obrigar provedores de internet a fornecer o nome de seus usuários que participam de redes *peer-to-peer*, para serem subsequenteemente por ela processados.

De toda sorte, é extremamente relevante demonstrar que “as considerações expostas têm por objetivo argumentar que, dependendo da forma como seja interpretado, o regime penal proposto no Brasil será um dos mais severos do mundo quanto à proteção de direitos relativos à propriedade intelectual, gerando consequências políticas e econômicas, além de [ser] um fator que prejudica a inovação e o acesso legítimo à informação”.⁸⁵

⁸⁵ Lemos, 2005:165.

Bibliografia



ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.

AGUIAR, Adriana. *Livro na web sem autorização viola direito autoral*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/40136,1>>. Acesso em: 30 jan. 2006.

ASSIS, Diego. Quanto vale o Cristo? *Folha de S.Paulo*, 19 set. 2004. Caderno Ilustrado.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BORGES, Robinson. Um mundo diferente. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 16 jul. 2004. Caderno Eu & Investimento.

CHAVES, Antônio. *Direito de autor* — princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.

CRESPO, Sílvio. Reforma agrária no audiovisual — Creative Commons: difusão de obras, memória e produção colaborativa. *Sinopse*, v. 4, n. 10, dez. 2004.

DIREITO AUTORAL. 3. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000. (Série Jurisprudência).

FALCÃO, Joaquim et al. *Estudo sobre o software livre comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

———. *Software livre e a administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GIOGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, n. 747, jan. 1998.

HARRIS, Lesley Ellen. *Digital property — the currency of the 21st. century*. Toronto: McGraw-Hill, 1998.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

———. A história do direito de autor no Ocidente e os tipos móveis de Gutenberg. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo, v. 1, n. 2, fev. 2005.

LEMOS, Ronaldo. A revolução das formas colaborativas. *Folha de S. Paulo*, 18 abr. 2004. Caderno Mais.

———. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

———; MANZUETO, Cristiane. *Software livre e Creative Commons*. Rio de Janeiro: FGV/Escola de Direito, 2005.

LESSIG, Lawrence. *The future of ideas — the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House, 2001.

———. *Free culture — how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. New York: Penguin Press, 2004.

PARANAGUÁ MONIZ, Pedro de; CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e software livre: uma opção pela razão — eficiências tecnológica, econômica e social — I*. *Revista da ABPI*, n. 70, p. 65-70, 2004.

———. Software livre como alternativa de desenvolvimento e de negócio: em busca da soberania nacional. In: CARVALHO, Patrícia L. de (Coord.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 487-493.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização Maria Celina Bodin de Moraes. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

ROCHA, Daniel. *Direito de autor*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.

SOUZA, Allaen Rocha de. A função social dos direitos autorais. *Revista de Direito Autoral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, ano 2, n. 4, fev. 2006.

ST. LAURENT, Andrew M. *Understanding open source and free software licensing*. Sebastopol: O'Reilly, 2004.

Sobre os autores



Pedro Paranaguá

Doutorando em direito da propriedade intelectual na Universidade de Duke, Durham, EUA; mestre em direito da propriedade intelectual pela Universidade de Londres, Queen Mary, Reino Unido. Professor em tempo integral na graduação e pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV. Coordenador do Programa A2K Brasil do Centro de Tecnologia e Sociedade da mesma Escola. Coordenador executivo acadêmico dos cursos de direito a distância do FGV Online. Professor convidado de várias instituições como a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), a Escola Superior de Advocacia da OAB-SP, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi). Representante da Escola de Direito do Rio da FGV na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Ompi), da ONU, em Genebra. Pesquisador associado da IQSensato, uma *think tank* independente e internacional, sem fins lucrativos, com sede em Genebra. Trabalhou por três anos em escritório de propriedade intelectual de grande porte em São Paulo. Em seguida, liderou um grupo de pesquisas sobre acesso a

medicamentos e licença compulsória, trabalhando em conjunto com a Médico Sem Fronteiras no Brasil. Autor de diversos livros, artigos e ensaios sobre propriedade intelectual. Palestrante no Brasil e no exterior, incluindo a Ompi, Unesco e Pnud, todas da ONU.

Sérgio Branco

Mestre e doutorando em direito civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em propriedade intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor da FGV Direito Rio, pesquisador do Projeto A2K e líder de projetos do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio. Consultor jurídico do Ministério da Cultura na gestão do ministro Gilberto Gil. Ex-procurador-chefe do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), em Brasília. Ex-coordenador de análise e desenvolvimento do Programa de Pós-Graduação da FGV Direito Rio. Trabalhou por três anos em escritório de advocacia de grande porte no Rio de Janeiro.