

## **CAPITULO 1**

### **PROPRIEDADE IMATERIAL E DIREITOS AUTORAIS**

#### **1. O que é Propriedade Imaterial**

A propriedade imaterial, ou direitos exercidos sobre bens imateriais, é gênero de que são espécies os direitos autorais, os direitos vizinhos aos autorais, os direitos de propriedade industrial, e os direitos de personalidade. O que a legislação internacional e estrangeira chamam de propriedade intelectual são os direitos de autor de ordem patrimonial, os direitos relativos aos programas de computador e base de dados e a propriedade industrial, por influência da legislação internacional, hoje sob administração da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Os direitos autorais e os direitos da propriedade industrial, juntamente com os direitos de personalidade, foram os institutos que maiores avanços conheceram nas últimas décadas da civilização ocidental. Os direitos autorais são fruto de duas vertentes distintas, uma tecnológica, outra, ideológica. A primeira, fundada no surgimento das máquinas que propiciaram as reproduções em série de textos, de obras plásticas ou de audiovisuais. A segunda, nos princípios individualistas que inspiraram a Revolução Francesa, sobreviveram ao socialismo, adquiriram força com o consumismo e atingiram o seu ápice com o advento da chamada globalização da economia.

Para melhor conceituar esses institutos afins, analisemos resumidamente o universo de cada um, suas diferenças e semelhanças.

#### **2 - Bens Imateriais: Os Direitos Autorais e os Direitos Conexos**

A matéria é regulada no Brasil, entre outras, pela Lei Federal nº 9.610 de 19.2.98, por artigos do antigo e do novo Código Civil, pela Lei nº 9.609 de 19/2/98, pela Lei nº 6.533 de 24.5.78, pelos Decretos nº 75.699 de 29/4/75, 76.905 de 24/12/75 que promulgaram as Convenções Internacionais de Berna e Genebra, respectivamente, pelo Decreto nº 1.355 de 31/12/94 que promulgou o Tratado sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o comércio, conhecidos pela sigla

TRIPS em inglês, ou pela sigla APDIC em espanhol, pelos artigos 184 a 186 do Código Penal, artigos 524 a 530 do Código de Processo Penal e demais Tratados Internacionais, bi ou multilaterais, a que tenha o Brasil aderido.

Direito(s) de autor, ou direito autoral? Entendem os doutrinadores que se ocuparam do assunto, que a expressão direito autoral resulta da junção dos direitos dos criadores primígenos (direitos de autor), com os direitos dos que lhes interpretam, ou divulguem a obra pronta (direitos conexos). Mas, são usadas indistintamente pela Lei 9.610/98.

Acerca da natureza jurídica da matéria, a melhor doutrina pátria (Antonio Chaves, Walter Moraes, Carlos Alberto Bittar, José de Oliveira Ascensão, Fabio Maria de Mattia) é unanimemente dualista: direitos de autor são um conjunto de prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, que se interpenetram quando da disponibilização pública de uma obra literária, artística e/ou científica. Os direitos morais pertencem exclusivamente à pessoa física do criador, e, no caso da obra audiovisual são exercidos pelo diretor. Os patrimoniais, ao criador originário, se não os transferiu, ou, ao terceiro, pessoa física ou jurídica, a quem os tenha cedido ou licenciado. Herdeiros podem exercer alguns dos direitos morais, e têm legitimidade para todos os patrimoniais no período que entremeia a morte do criador da obra intelectual e a queda da obra em domínio público.

São direitos morais de autor: o direito ao inédito, o direito de ter seu nome sempre vinculado à obra, o direito de se opor a quaisquer modificações que nela se pretendam introduzir, e a outras disposições expressamente previstas na lei especial.

São direitos patrimoniais de autor aqueles inerentes aos atos de fruir e de dispor publicamente da obra do modo que convier a seu titular, observados os preceitos de ordem pública. Dentre os direitos patrimoniais de autor, o mais importante é o direito de reprodução. Por reprodução deve-se entender cópias idênticas de qualquer obra fixada em suporte tal que se lhe permita a extração de exemplares. Qualificam-se, igualmente, como direitos patrimoniais, os direitos de tradução, o direito de adaptação, o direito de inclusão (autorização do titular para que uma determinada composição musical seja sincronizada a uma novela ou a um filme, por exemplo). Em toda a regra é uma só: nenhuma obra do espírito pode ser utilizada publicamente por terceiro sem o prévio e expresso consentimento do titular do direito: o próprio autor, seu herdeiro, ou seu sucessor (cessionário, ou licenciado).

O sujeito de direito autoral criador de uma obra estética é sempre uma pessoa física, não importando sua condição pessoal, social, política ou

jurídica, sua crença espiritual ou grau de civilização. O titular do direito deverá ser uma pessoa física ou jurídica, que adquiriu essa condição por transferência contratual ou decorrência natural (morte do autor). Autor como pessoa jurídica originária, é qualidade adquirida por presunção legal, caso da obra coletiva.

O fato gerador dos direitos morais é o fato da criação, isto é, a expressão formal e estética registrada em qualquer suporte tangível ou intangível, independentemente da observância de qualquer formalidade (registro público ou particular ou menção de reserva). O fato gerador dos direitos de ordem patrimonial é a publicação da obra.

Uma vez publicada, isto é, no mundo do comércio, a obra intelectual está sujeita a limitações de caráter intrínseco e de caráter extrínseco. Do ponto de vista intrínseco, deve atender a determinados requisitos para ser considerada uma criação do espírito. Deve também estar dentro do período de proteção fixado pela lei especial, e fazer parte do mundo das artes e das ciências. Após o advento do chamado acordo TRIPS, em desprezo a esta última exigência, estendeu-se a proteção aos programas de computador e à base de dados, alçando-os, artificialmente, à condição de obra literária. Mas essa extensão é excepcional.

Extrinsecamente, ou a obra intelectual é do tipo que comporta proteção (seja por constar do elenco legal de obras protegidas, seja por ter reconhecida essa condição através do julgado dos tribunais), ou está isenta de proteção, em situações excepcionais previstas expressamente em lei, ou está fora do alcance do direito autoral.

O **campo de incidência** do direito autoral é o das obras protegidas. São exemplos de obras protegidas: textos de obras literárias, artísticas ou científicas, conferências, músicas, letras de música, poemas, fotografias, desenhos, ilustrações, filmes, vídeo-clips, adaptações, traduções, arranjo musical, coreografia, obras dramáticas e dramático-musicais, obras de pintura, de escultura, os esboços e maquetes de Cenografia, Engenharia, Arquitetura. É a lista do art. 6º da lei especial, a Lei nº 9.610/98, que não é exaustiva. Outras obras de engenho, fruto do intelecto, serão consideradas passíveis da mesma proteção por meio de decisão judicial, ou por leis também especiais.

Ora, a mesma lei que elenca as obras protegidas, também oferece limites à proteção, isto é, relaciona as hipóteses de dispensa da prévia autorização para seu uso público. É o que chamamos **campo de isenção do direito autoral** que, pelos princípios que regem a matéria, deveriam situar-se dentro do campo de proteção, mas que, por liberalidade do legislador, e em função do interesse social relevante, ou atendendo a conveniências

próprias dos autores ou dos titulares, passa a dispensar a prévia autorização para sua utilização.

São, exemplos de obras que podem ser utilizadas livremente em decorrência de expressa isenção legal: a reprodução de material jornalístico, com referência à fonte; a reprodução em jornais ou revistas de discursos públicos; a reprodução em um só exemplar de trechos de obra publicada para uso privado, a citação para fins de estudo ou crítica, havendo referência à fonte (nome do autor e origem da obra); o apanhado de aulas e lições para uso pessoal do aluno; a utilização das obras nos estabelecimentos comerciais que as expõem à venda, e somente para esse fim; a reprodução em quaisquer obras de pequenos trechos de obra preexistente. O uso de obras protegidas para fim de paródias e paráfrases é livre, desde que não lhe impliquem descrédito.

E há um campo de verdadeira **imunidade** a qualquer proteção de caráter autoral: é o das idéias, dos conceitos, dos métodos, dos sistemas, dos cálculos. Toda obra parte de uma idéia, de um conceito, de uma sinopse, contém um método, um cálculo. Isso é só o ponto de partida. Para se chegar à obra concretizada, há um longo caminho a percorrer, da materialização da idéia, à produção da obra, até a disponibilização dela ao público. A idéia, ponto de partida, não se confunde com a obra. O resultado sensorial dessas idéias, métodos, conceitos, isto é, a forma ou expressão fixada em base corpórea, ou incorpórea, é que é protegida pela lei autoral, e não as idéias, os métodos, os cálculos em si, e que nelas se incrustam. Exemplifica-se: o livro de ensino de matemática é de criação de determinado autor, mas não os cálculos utilizados em cada exercício. O mesmo ocorre com o livro de ficção que se utiliza do triângulo amoroso, ou das relações sociais diferenciadas que permeiam a trama, temas de obras literárias, desde a Antiguidade até o Terceiro Milênio. O direito autoral não cobre qualquer idéia ou conceito existente por detrás da obra criada nem qualquer personagem nele retratado. Esse conceito é universal, e vem expresso na Circular 45, do *Copyright Office*, órgão estadunidense vinculado à Biblioteca do Congresso, lá responsável pelos registros de obras autorais, e importante como referência na medida em que se trata o direito autoral de um direito de origem anglo-saxã.

Pertencem também ao campo da imunidade os formulários, a reprodução de textos de lei e de decisões judiciais, informações de uso comum como calendários, legendas e os nomes e títulos isolados das obras.

Dentre os direitos que foram se avizinhandos ao feixe de direitos tradicionalmente assegurados aos criadores de obras de artes, de ciências e da literatura, encontram-se, de um lado, os chamados direitos conexos, que nossa lei reserva tanto aos intérpretes das obras intelectuais como à

indústria difusora das obras e, de outro, o dos programas de computador e de bases de dados, estranhos à natureza do direito autoral, mas incluídos em todas as legislações nacionais sobre direitos autorais, como tais, através de acordos internacionais relativos ao comércio, passando a integrar os chamados direitos da propriedade intelectual.

Os direitos conexos são, na realidade, os direitos exercidos *erga omnes* não pelos tradicionais criadores de obra intelectual, como o escritor, o compositor, o arquiteto, mas pelos intérpretes dramáticos e musicais, os produtores fonográficos e as empresas de radiodifusão, que dão nova vestimenta, nova forma, novas releituras das obras criadas pelo autor pessoa física, com a introdução seja de outros recursos criativos seja de meios tecnológicos que atinjam novos sentidos ou novos públicos.

Curiosamente, o editor, de livros ou de música, que é também um difusor de obra intelectual, historicamente é tido pela lei como titular de direito autoral original (obra coletiva) ou derivado (em virtude de cessão) e não como titular de direito conexo, muito embora tenha com os outros titulares de direito conexo afinidades industriais e exclusividade na reprodução de suas obras.

Utilizada uma obra corretamente, isto é, usufruída por terceiro como negócio ou deleite, com as devidas autorizações, o uso é lícito. Mas, a ausência de autorização do titular de direito autoral no uso público de uma obra reconhecidamente protegida, afora as isenções facultadas por lei, constituem violações punidas pela lei penal e pela lei civil.

O art. 184 e seus parágrafos do Código Penal tipificam como crime apenas a contrafação (§ 1º), isto é, a reprodução inautorizada com o fim de venda. A tipificação dos direitos violados, para o estatuto repressivo, por se tratar o art. 184 de norma penal em branco, dar-se-á com o concurso subsidiário das leis especiais. Em função destas, é possível afirmar que é, também, crime, reproduzir, xerocopiar, sem autorização do titular; traduzir e comercializar publicamente a obra traduzida sem permissão de seu autor ou do titular do direito de tradução; roteirizar texto literário para cinema ou sincronizar composição musical sem autorização de seu autor. É, por outro lado, crime perfeitamente tipificado, a falsa imputação de autoria de obra intelectual.

A legislação processual penal prevê a busca e apreensão do material contrafeito (art. 527), por amostragem, ante a existência de fundamento para a apreensão, atestada, necessariamente, por dois peritos.

O ilícito civil consiste naquilo que o legislador denomina reprodução "fraudulenta", o que equivale dizer aquela realizada sem

autorização do titular. São as mesmas que tipificam o crime, mas nelas a punição não se traduz por pena privativa de liberdade, e sim por compensação em dinheiro.

A fixação da indenização e outras formas de ressarcimento por violação de direito autoral no campo civil são pautadas pelas disposições do art. 102 e seguintes da Lei nº 9.610/98, e pelas normas civis gerais relativas ao dano emergente e ao lucro cessante. Na raiz, o enriquecimento sem causa.

Do ponto de vista processual civil, obras autorais feitas em fraude à lei, isto é, sem a autorização expressa de seu titular, poderão ser integralmente apreendidas. Entretanto, a liminar concedida só será efetivada caso os dois peritos nomeados confirmem a violação ( § 3º do art. 842 do CPC).

As primeiras Súmulas do Supremo Tribunal Federal a contemplarem a matéria, de nº 312 (1963) e 386 (1964), versaram sobre direitos na área musical, a mais tradicional dentre os direitos de autoria. Entendeu a Suprema Corte, no primeiro caso, que “músico integrante de orquestra da empresa, com atuação permanente e vínculo de subordinação, está sujeito à legislação geral do trabalho, e não à especial dos artistas”, e no segundo que “pela execução de obra musical por artistas remunerados é devido direito autoral, não exigível quando a orquestra for de amadores”.

Com essa declaração, desfez a Corte boa parte da confusão que sempre reinou nos primórdios da relação artista/intelectual versus obra, que misturava a prestação de serviço com uso de voz, de imagem ou de execução fixada, bens imateriais que podem ser reproduzidos à exaustão por meios mecânicos.

Posteriormente, seguiram-se decisões inúmeras, que vão desde a afirmação da exclusividade (“*Interpretação do art. 666, I do Código Civil, diante do art. 153, § 25 da Constituição. Derrogação da regra de preceito constitucional, que assegura aos autores de obras literárias o direito exclusivo de utilizá-los*”. R. Ext. nº 83294 [RJ], 1977) até a declaração do campo de isenção (“*Não se considera ofensa aos direitos do Autor a reprodução de trecho de obra já publicada, em revista destinada a fim literário, didático ou religioso, desde que feita a indicação da origem e do nome do autor*”. RE nº 44754, 1960), passando pela reafirmação dos direitos decorrentes desse monopólio (“*Para efeito de direito autoral, a tradução é obra autônoma. Sua proteção jurídica não desaparece por ter caído no domínio público a obra original, de que se poderão fazer outras traduções (Código Civil art. 652)*”. R.E nº56904 [SP], 1965), “*Modificação da obra e omissão do nome do Autor. Nos termos do art. 126 da Lei nº*

*5.988 de 1973, o Autor tem direito a ser indenizado por danos morais e haver divulgada sua identidade, independentemente da prova tópica de haver sofrido prejuízo econômico ". (RE n. 0099501 [SP] 1984).*

### **3. Bens Imateriais: A Propriedade Industrial**

Diferentemente do direito autoral, que é isento de formalidades, o instituto da propriedade industrial repousa na idoneidade ou veracidade de seu título aquisitivo, de emissão da autarquia federal denominada Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI. Volta-se a matéria, precipuamente, ao aproveitamento industrial/comercial dos inventos, marcas e desenhos industriais, e à não indução do consumidor a confusão ou erro, através da proibição de comercialização de produtos que pirateiem o original ou imitem a marca, gerando a concorrência desleal.

No campo da propriedade industrial, ao contrário do que sucede em matéria autoral, vigora o princípio das formalidades: quem exhibe o certificado de registro de uma marca, ou o certificado de uma patente, é titular exclusivo e *erga omnes* de todos os direitos relacionados ao objeto lá descrito, na classe de atividade em que atue. Quem deposita e aguarda a concessão do título tem mera expectativa de direito, mas exhibe "melhor direito" do que aquele que não o possui. A matéria é regida no Brasil, entre outras, pelas disposições da Lei nº 9.279 de 14.05.96, pelo Decreto nº 635 de 21 de agosto de 1992 que promulgou a Convenção (Internacional) de Paris para a Proteção de Propriedade Industrial e por inúmeros atos normativos do INPI.

É titular de propriedade industrial a pessoa física ou jurídica que ostentar o título aquisitivo do invento, da marca ou do desenho industrial e para tanto terá de exhibir as condições de capacidade previstas no Código Civil, e de atividade reconhecida pela habilitação profissional, ou pelo estatuto social. O autor de uma invenção ou o desenhista de um logotipo, pessoas físicas, podem reivindicar a patente ou o registro, mas, como a manutenção do título depende da prova de uso do invento ou da marca, o titular do direito, via de regra, é a pessoa jurídica que industrializa o objeto ou utiliza comercialmente a marca, ou o desenho, através de licenças outorgadas pelos inventores/desenhistas/criadores, e devidamente averbadas à margem do certificado expedido pela autarquia federal.

Não se confunda invenção com descoberta. A descoberta está onde sempre esteve, na natureza, sendo apenas revelada aos homens de tempos em tempos. A invenção reside na criação de alguma coisa tecnicamente nova, até então inexistente, em que atue o engenho humano.

Objeto da propriedade industrial - o invento - há que ser novo, visual ou funcionalmente, e fora do estado da técnica. Os requisitos para a concessão da proteção são : novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Nos termos da lei, ainda, é patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte dele, que apresente nova forma ou disposição resultante de ato inventivo e que apresente como resultado melhora funcional.

Na constituição da patente há que se atentar ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico do país, como manda a Constituição da República no art. 5º, inciso XXIX.

Quando existir interesse da defesa nacional na patente, a publicidade inerente ao processo do registro junto ao INPI será prejudicada, transitando todo o processo administrativo de forma sigilosa, e a exploração ou cessão do objeto inventado condicionada à prévia autorização do órgão competente.

Uma das novidades trazidas pela Lei nº 9.279/96 foi a modificação na estrutura e no registro do desenho industrial. Na lei anterior (nº 5.772, de 21/12/71) o desenho industrial era privilegiável, dependente de certificado de patente para o exercício da titularidade, enquanto que pela lei nova, o desenho industrial pode ser apenas registrado, isto é, não depende de demonstração de funcionalidade, por estar voltado agora, essencialmente, aos aspectos visuais externos do objeto. Entretanto sua finalidade é a industrialização e não a estética, sendo esse o traço distintivo entre o desenho industrial e o desenho autoral.

À categoria de marca pode ser erigido qualquer sinal distintivo, visualmente perceptível. Visualmente perceptível porque há tentativas pelo mundo afora no sentido de que também os efeitos sonoros e os aromas possam ser consagrados como marcas, sujeitos, pois, a monopólio.

Marcas servem para distinguir produtos, isto é, mercadorias e serviços, de outros idênticos ou assemelhados. Diferenciam-se do nome comercial, que serve para distinguir estabelecimentos. O nome de empresa deve ser utilizado correta e integralmente de modo a evitar confusão de sua expressão mais forte ( *mot vedette* ) com marcas de terceiros.

Dada a extensa gama do que sejam os símbolos visualmente perceptíveis, o instituto fica mais claro se atentarmos ao seu campo de proibições. Não podem ser registrados como marca, entre outras proibições: os brasões, as armas, os emblemas oficiais; as letras, algarismos e datas isoladamente considerados; siglas de órgãos públicos ou nomes comerciais, quando requeridos por terceiros; cores e suas denominações,



salvo se dispostas de modo peculiar e distintivo; indicações geográficas, etc.. Outra série de proibições relaciona-se à imitação dos símbolos. Diferentemente do direito autoral, a imitação é expressamente prevista pelo legislador especial da propriedade marcária como prática de violação. Diferentemente do direito autoral, marcas não podem ser imitadas pela possibilidade de indução do consumidor a erro, com o conseqüente desvio de clientela.

Violações aos direitos de propriedade industrial também configuram crimes de concorrência desleal, de que tratam os arts. 183 a 195, da Lei nº 9.279/96. Aliás, uma das características das leis que versam sobre a propriedade industrial é a de serem leis de repressão à concorrência desleal. A lei da propriedade industrial dedica um título inteiro aos crimes contra a propriedade industrial neles integrando os crimes contra as patentes (fabricar sem autorização, exportar, importar, vender, expor à venda produto fabricado com violação de patente) crimes contra os desenhos industriais (as proibições relativas às patentes e mais a punição contra a fabricação de "imitação substancial") crimes contra as marcas (reproduzir ou alterar, no todo ou em parte, sem autorização, e comercializar ou ter em estoque, produto com marca não autorizada) crimes contra estabelecimentos de crédito e sinal de propaganda bem assim os crimes contra indicações geográficas (falsa procedência). Os crimes típicos de concorrência desleal são os já conhecidos: divulgação de falsa informação em detrimento de concorrente, desvio de clientela, uso de símbolos para gerar confusão, etc.

A busca e apreensão de produtos contrafeitos no crime é feita por amostragem, o suficiente para análise pericial (formação do corpo de delito). No cível, pode o juiz determinar a apreensão da totalidade das obras e mercadorias contrafeitas, mesmo que isso implique a completa paralisação dos negócios do infrator, na hipótese de a atividade deste ser toda consistente na comercialização da mercadoria contrafeita.

Colhem-se na jurisprudência decisões importantes para o estudo e a compreensão da matéria. *“Recurso Extraordinário - Questão regulada pelo Código de Propriedade Industrial - A justaposição de marca ou insígnia registrada em favor de outrem, a título próprio, para o exercício do mesmo comércio ou indústria, caracteriza concorrência ilícita, que deve ser coibida com o cancelamento da inscrição posterior, nos termos da lei reguladora do assunto (Código de Propriedade Industrial)”* (RE 0058791, Ano: 1966). *“Propriedade Industrial. Nome Comercial ou Industrial e sua proteção, utilização do vocábulo "Hora" já incluído na denominação de outra empresa, já registrada. Incabível a pretensão de empresa cuja*

*denominação já foi registrada, de que outra não utilize também o vocábulo "Hora" na sua denominação, se não se observa possibilidade de confundilas, tanto mais que aquela palavra não é nome de fantasia, mas sim nome de uso comum. A simples inclusão daquele vocábulo na denominação não leva à confusão que a lei procura evitar, e sendo aquele vocábulo de uso corrente e de estreita vinculação com artigos de relojoaria, não pode uma empresa, por empregá-lo, pretender que outra igualmente não o utilize”* (RE 0100766 Ano: 1985). “*Marca. Uso Indevido. Ação de Abstenção de Uso. Prescrição. "A ação para impedir o uso indevido de marca prescreve em 20 anos (art. 177 do CC); a de reparação de danos daí derivados é que tem prescrição quinquenal (art. 178, § 10, inc. IX do C.C)”* (Recurso Especial 30.727-6, SP, 18/10/94).

#### **4. Bens Imateriais: Os Direitos da Personalidade**

Integrantes da categoria dos direitos indisponíveis, os direitos de personalidade, ou, bens de personalidade, decorrem da própria condição humana, e surgem do nascimento com vida de uma pessoa (alguns doutrinadores admitem esses direitos ao nascituro), e desaparecem com sua morte. A extensão do conceito a pessoas jurídicas funda-se na ficção jurídica que admite a existência da *personalidade* jurídica (art.45 do novo Código Civil).

São características dos direitos de personalidade: a) sua intransmissibilidade; b) sua indisponibilidade; c) sua irrenunciabilidade; d) sua inexpropriabilidade; e) sua imprescritibilidade.

São *intransmissíveis* porque inerentes à própria pessoa humana inseparáveis dela, inatos. Apenas o exercício de alguns deles se transmite aos herdeiros, como exceção.

São *indisponíveis* porque não podem ser alienados: apenas seu titular pode deles fruir e dispor.

São *irrenunciáveis* porque sem eles a própria personalidade não sobreviveria.

São *inexpropriáveis* porque nem mesmo o Estado pode separá-los do indivíduo.

São *imprescritíveis* porque não se adquirem, ou se os extinguem, pelo não uso: perduram pelo tempo que perdurar a vida humana à qual pertencem.

Diversos são os tipos de direitos ou bens de personalidade. A classificação de Adriano De Cupis<sup>1</sup> é lembrada como a mais completa, compreendendo cinco grupos distintos: a) direitos à vida e à integridade física; b) direito à liberdade e às suas variedades; c) direito à honra e à intimidade; d) direito à identidade pessoal; e) direito à autoria moral.

Entretanto parece-nos mais completa, face ao direito positivo brasileiro e à Constituição em vigor, a classificação de Carlos Alberto Bittar<sup>2</sup>, a) direitos físicos (a integridade corporal que inclui o corpo, seus órgãos, suas partes, a voz, a imagem como efígie); b) os direitos psíquicos (os elementos intrínsecos à intensidade psíquica compreendo a liberdade, a intimidade, o sigilo) c) os direitos morais (as virtudes da pessoa na sociedade, seu o patrimônio moral, compreendendo a identidade, a honra, as manifestações do intelecto).

A matéria não era regulada em nível infraconstitucional até o surgimento do novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10/1/2002, que passa a regulá-la em sua Parte Geral (artigos 11 a 21). Também tratam desses direitos uma disposição inserida na lei que regula os direitos autorais e conexos (Lei nº 9.610/98, art. 46, I, c) e outras disposições contidas em leis esparsas (arquivos e desporto). Afora o Código Civil, o legislador penal reservou-lhes um capítulo dedicado aos crimes contra a honra (arts. 138 a 145), e desenhou regulamentação própria quando esses ilícitos são difundidos pela Imprensa (Lei nº 5.250 de 09/2/1967). Provavelmente, em função dessa ausência de sistematização, é que decorre a série de equívocos cometidos pelos tribunais, em todos os níveis, que durante muitos anos, até tempos recentes, trataram certas categorias de direitos de personalidade (imagem e voz humanas) como direitos autorais (criação do intelecto).

A imagem, em virtude de sua importância no mundo contemporâneo, foi contemplada com três incisos do art. 5º ( XXVIII, a); V, e X ) da Carta Magna. Não há como se negar a crescente exposição pública da pessoa humana, ou jurídica, em virtude do enorme progresso das ciências da comunicação, através das empresas de comunicação, de publicidade, e da rede virtual. Nada mais individual que a imagem. Walter Moraes<sup>3</sup>, ao expô-la como bem de direito, discorre sobre individuação e identificação. “A imagem serve à individuação da pessoa; à identificação por via de consequência. Ora, a identificação pessoal nasce de um interesse preponderantemente coletivo de reconhecer o indivíduo, ao passo que o direito à imagem nasce de um interesse preponderantemente pessoal de individuar-se”. E cita KÖHLER, na distinção do direito de imagem com o

---

<sup>1</sup> “Il Diritti Della Personalità”, vol. I, Giuffrè, 1961- pp.44/48

<sup>2</sup> “Direitos da Personalidade”, RJ, Forense Universitária, 1989- p.63

<sup>3</sup> “Direito à Própria Imagem”, RT 443, p. 73/76

direito de autor: "o que eu criei, eu introduzi no mundo; posso, portanto, exigir que esta coisa fique reservada a mim, pois não estou subtraindo à humanidade nada do que ela possuía". Essa "coisa" a que se refere KÖHLER é o aspecto do direito da imagem relacionada com o retrato, com a efígie da pessoa. É a expressão patrimonial que adquire esse bem a partir de sua fixação em um objeto corpóreo e à sua conseqüente e infinita possibilidade de reprodução por meios mecânicos de impressão gráfica ou difusão por sinais, a cabo ou via satélite.

No caso especial dos artistas, verifica-se uma dupla ordem de proteção à imagem: uma como cidadãos comuns, outra, enquanto intérpretes de um papel. Esta última é protegida pelo direito conexo ao de autor; a primeira, por um direito de personalidade.

O direito de imagem, que é um direito absoluto, sofre derrogações à vista do interesse público. É o caso da pessoa notória, política, empresarial ou culturalmente. Não se infira daí que é possível, em nome da liberdade da informação, ferir outra garantia individual paralela, qual seja, a do respeito à honra ou à vida privada da pessoa pública. A notoriedade permite apenas a livre divulgação do retrato e das considerações da pessoa renomada enquanto vinculada a fatos públicos, isto é, quando assumir posições e exposições públicas. Em outras palavras, a pessoa notória não poderá se opor à divulgação de aspectos de seus bens de personalidade quando, via exposição pública, consente, implicitamente, na vulgarização desses bens. Já a transposição da barreira pública para a privada por terceiros não autorizados, ainda que profissionais da comunicação ou da informação, implicará a violação do direito de personalidade da pessoa pública caracterizando o dano moral decorrente e dando ensejo à conseqüente indenização.

O direito de dispor da própria imagem assenta-se, basicamente, em duas premissas: a de autorizar seu uso para fins comerciais, ou seja, autorizar suas fixações em base corpórea, e o direito de opor-se a modificações exógenas a ela. No primeiro caso, a imagem é uma *res* suscetível de aproveitamento econômico como integrante incindível do patrimônio físico do indivíduo. No segundo caso, a oposição opera vigorosamente, salvo no caso da caricatura, forma de liberdade de expressão artística. Mas, de novo, esse direito exercido pelo terceiro não é ilimitado: há que não ultrapassar os limites do direito à honra da pessoa, esse conceito subjetivo integrante do íntimo de cada ser humano.

Há, hodiernamente, outro aspecto da imagem que o direito reconhece: aquele conjunto de ações que caracterizam ou delineiam a figura da pessoa, projetando-a socialmente. Aquilo que se denomina *acervo intangível*, pertencente seja à pessoa física seja à jurídica, e que embute

conceitos relacionados à honra, ao nome, à identidade psicológica ou empresarial, à relação de respeito com terceiros, aqui incluído o consumidor.

A agressão aos bens de personalidade denomina-se dano moral. Reflexos patrimoniais podem ou não dessa agressão também decorrer. A tutela dos direitos da personalidade alcança os dois conceitos, o do retrato e o do acervo intangível, e é de natureza civil e penal. No âmbito do direito civil as ações de ressarcimento de dano moral fundam-se nos arts. 186 e 402 do novo Código Civil. No âmbito processual, a tutela aos retratos comporta ação de busca e apreensão (art. 839 do CPC) e outros de natureza declaratória (art. 4º do CPC) ou de natureza possessória (art.920 do CPC).

Como bem jurídico tutelável, a violação dos direitos à efígie podem ser reprimidos também criminalmente por meio do crime de dano (art. 163 do Código Penal) em vista da característica de coisa móvel e de objeto de valoração econômica. A violação à integridade da imagem como acervo intangível é tipificada no Código Penal por meio dos crimes contra a honra, compreendendo a calúnia, a injúria e a difamação (arts. 138 a 140), quando o crime não é cometido através da imprensa.

Nossos Tribunais, antes das atuais disposições constitucionais e civis já vinham antecipando a tutela aos direitos de imagem. O Superior Tribunal Federal no RE nº10280 de 27/11/84 que versa sobre reprodução de imagens de artistas profissionais, separou os dois campos de proteção da imagem do artista a que nos referimos anteriormente. Diz a ementa: *"Se artistas autorizaram expressamente, mediante pagamento, que suas imagens de trabalho em fotonovela fossem reproduzidas em revistas especializadas não podem pretender receber novos valores apenas por terem tais publicações sido posteriores a Lei nº 6.533/78, e com invocação do disposto no parágrafo único do art. 13 e ao parágrafo 3º do art.153 da Constituição Federal. Quanto a outros artistas, que não deram autorização para a reprodução e nem receberam pagamento por ela, cabem-lhes direito ao recebimento da indenização"*.

Fixados, então, os limites do que conhece o nosso sistema jurídico como Propriedade Imaterial, iniciaremos com o presente livro o estudo dos Direitos Autorais e Conexos, o que requer, previamente, o conhecimento dos fatos principais de sua história.

## CAPITULO 2

## GÊNESE DOS DIREITOS AUTORAIS

### 1. História:

#### a) dualidade sistêmica

A exigência do depósito oficial de textos literários na Grécia e Roma Antigas, com vistas à preservação da memória escrita daquela civilização, é apontada por alguns doutrinadores como o embrião dos direitos morais de autor. Teria também lá surgido, pela primeira vez na história, a manifestação pioneira de cobrança de direitos autorais pelos autores de peças teatrais, a partir da segunda representação de seus textos .

Durante a Antigüidade e parte da Idade Média, as artes cênicas e musicais eram apresentadas e representadas ao vivo. As pictóricas eram, em sua maioria, gravadas em rochas ou outros suportes imóveis, de modo que o seu registro ou (impossibilidade de) difusão, não representavam qualquer problema a exigir uma regulamentação.

Quanto aos textos escritos, registrados através do lento processo manual dos escribas, em suportes de papiro, ou mesmo sob a forma de livros, eram comercializados pelos livreiros, detentores do negócio, de acordo com as regras gerais da propriedade móvel comum. O comércio repousava na compra e venda desses manuscritos. E assim foi até aparecimento de um invento que mudou a história do pensamento e do conhecimento humanos pela possibilidade de multiplicação dos escritos: a imprensa.

O surgimento da máquina de escrever, da máquina de imprimir com tipos móveis, em 1450, a uma velocidade dezenas de vezes maior que o registro manual, foi o ponto de virada no surgimento desse direito em virtude da infinita capacidade de reprodução de um mesmo texto, pela máquina, dispensando novas interferências dos autores.

O verdadeiro alcance desse direito deu-se com o advento das teorias individualistas e liberais que inspiraram a Revolução Francesa, enquanto outra revolução acontecia do outro lado do mundo: a guerra da Secessão nos Estados Unidos da América, com todas as conseqüências que levaram à disseminação dos chamados princípios liberais e democráticos por todo o mundo ocidental.

Na gênese, pois, da criação intelectual como forma de propriedade, dois sistemas se enfrentaram, desde o início, gerando uma oposição entre o

sistema anglo-saxão de proteção à obra, voltada ao público consumidor, e o sistema europeu de proteção à personalidade do autor. Dessa dualidade nasceu a disciplina jurídica, tal qual a concebemos hoje: um complexo de regras de proteção de caráter real, outro de caráter pessoal, correspondendo o primeiro aos chamados direitos patrimoniais e o segundo, aos chamados direitos morais de autor.

A importância da máquina de imprensa só foi superada por outro invento, quinhentos anos depois, a “Rede”, ou Internet, destinada inicialmente à troca global de informações, em nível individual e privado, depois reordenada para a conquista de novos mercados, e ao fomento do consumo.

## **b) o começo da história**

L. Ray Paterson e Stanley W. Lindberg<sup>4</sup>, em seu trabalho intitulado “”, contam como esses direitos surgiram historicamente, isto é, na Inglaterra da Idade Média.

Em 1557, dezoito anos depois que William Caxton lá introduziu a máquina de escrever (*printing press*), Felipe e Maria Tudor concederam à associação de donos de papelaria e livreiros um monopólio real para garantir-lhes a comercialização de escritos. A corporação, então, tornou-se uma valiosa aliada do governo em sua campanha para controlar a produção impressa. Eram comerciantes que, em troca da proteção governamental ao seu domínio de mercado, manipulavam os escritos, do indivíduo ao conteúdo, exercendo a censura sobre aqueles que lhes fossem desfavoráveis na oposição à realeza.

A esse privilégio no controle dos escritos, chamou-se *copyright*, que nasceu, pois, de um direito assegurado aos livreiros, e não como um direito do autor dos escritos. Durou mais ou menos duzentos anos, e é a semente das leis (*Statutes*) relativas a esse direito herdadas pela Inglaterra, e mais tarde, pelos Estados Unidos da América do Norte.

É provável que, na origem do direito de cópia dos livreiros, estivesse também incluída a patente das máquinas de impressão. O monopólio para imprimir e publicar livros tinha mercado assegurado, e era dividido entre os didáticos, destinados à alfabetização, a Bíblia e livros de Direito. Com esse vínculo, governo e editoras (*publishers*) lucravam também economicamente: o governo através do recebimento de rendimentos (*royalties*) devidos pela concessão do monopólio, e da cobrança de

---

<sup>4</sup> The Nature of Copyright – a Law of Users Rights

impostos, e os livreiros com a garantia de lucro certo. Como só os livreiros pudessem partilhar aquele mercado, decidiram repartir entre si os títulos mais vendáveis para, barateando os custos de produção, estabelecer recordes de vendas. Assim, além do monopólio governamental ratearam entre si os títulos dessas obras conferindo aos contemplados um direito exclusivo de publicação *in perpetuity*.

Como os livreiros é que detinham a titularidade dos livros, com a propriedade das cópias, os autores eram seres estranhos à corporação, não se lhes reconhecendo a devida importância. Apareciam nos registros, mas os livreiros nem sabiam de quem se tratavam.

Paralelamente ao monopólio, surgiu a pirataria, o grande inimigo da reprodução das obras intelectuais, dos livros mais populares e baratos. Sob o pretexto de combatê-la, os livreiros ingleses conseguiram, em 1586, um Decreto com mais poderes que foi ainda mais ampliado em 1662, o chamado *Licensing Act*, através do qual passaram a exercer mais plenamente a censura na imprensa e nos livros importados, os únicos a trazerem textos de reprovação à conduta do rei ou de sua família.

A essa altura, à realeza não interessava tanto o *copyright* como valor econômico, mas como instrumento de censura. Livros piratas ou censurados eram queimados em praça pública, misturando-se os conceitos porque não havia interesse de lado nenhum em separá-los. Traços dessa origem censória são localizados por Patherson e Lindberg em todas as leis que conferem aos Juízes e Tribunais o poder similar de destruir cópias ilícitas.

A censura legal terminou em 1694 e, com ela, o monopólio, deixando os livreiros enfraquecidos, sofrendo inclusive a concorrência dos estrangeiros, devido à abertura do mercado. Mudaram então de tática: começaram a pleitear proteção, não mais para si, mas para os autores, dos quais já esperavam a cessão dos direitos. A tática deu certo, e em 10/9/1710 publicou-se o *Statute of Anne*, ou o famoso Ato (*Act*) da Rainha Ana, “um ato para o encorajamento da ciência através da proteção às cópias de livros impressos aos autores ou legítimos comercializadores de tais cópias, durante o tempo lá mencionado”. O estatuto previa o direito de cópia do livreiro pelo período de 21 anos, e a patente de impressão, significando grande avanço na normatização dessas relações por se tratar de uma lei (geral e pública), e não mais de um acordo cooperativo. Entretanto, os grandes beneficiários continuavam sendo os livreiros, em virtude da cessibilidade dos direitos de autoria.

Apontam-se três méritos principais do *Statute of Anne*: a) transformou o direito de cópia dos livreiros (monopólio e censura) em um conceito de



regulação comercial, mais voltado à promoção do conhecimento e à diminuição dos respectivos poderes (limitação no tempo, liberdade de cessão do *copyright* e controle de preços); b) criou o domínio público para a literatura (cada livro poderia ser explorado por 14 anos podendo ser prorrogado por uma única vez) acabando com a perpetuidade, porque, no velho sistema, toda a literatura pertencia a algum livreiro para sempre, e somente a literatura que se enquadrasse nos padrões censórios deles poderia ser impressa; c) permitiu que os autores depositassem livros em seu nome pessoal, tirando-os do anonimato de um lado, e de outro, criando a memória intelectual do país com a doação de livros às universidades e bibliotecas públicas.

Com esses progressos inaugurou-se o sistema nos Estados Unidos da América. A Constituição de 1787, previu em seu artigo 1º, seção 8, a promoção do progresso da ciência e das artes através da concessão, por um tempo limitado, aos autores e inventores de um direito exclusivo a seus escritos e descobertas. A primeira lei federal norte-americana sobre o assunto data de 31 de maio de 1790.

### **c) a outra face da história**

Foi a Revolução Francesa, paralelamente à Revolução Industrial, com seu ideário de Igualdade, Liberdade e Fraternidade, que fez a história do outro direito, da outra faceta do direito autoral, o seu conteúdo moral, de respeito às idéias de cada um na sua integridade e significado político, ideológico ou meramente ficcional. Pierre Recht<sup>5</sup> noticia que na França, desde o século XVI, os autores iniciavam a consciência de que teriam um direito sobre as suas criações. Mas, do mesmo modo que na Inglaterra, a edição de livros era também uma concessão real. A primeira obra editada foi de 1686, e os escritores começavam a reivindicar seus direitos na venda, na reprodução da obra, como um corolário de seu direito autoral de propriedade.

Foi a jurisprudência francesa, então, que começou a disciplinar as relações entre escritores e editores, e os laços perpétuos que os uniam, obrigando, em histórica decisão que, das futuras transações desses direitos participassem os herdeiros de grandes escritores como La Fontaine, e Fénelon.

---

<sup>5</sup> “Le Droit d’Auteur, pp.27/28

Em 30/8/1777 novas regras foram estabelecidas na França entre autores, editores e livreiros. Embora mantidos os privilégios na comercialização, reconheceram ao autor o direito de editar e de vender as suas obras. Ainda segundo Recht, obra citada, p.17, as normas produziram uma diferença capital na natureza jurídica das duas categorias de privilégios: a dos autores, uma “propriedade de direito”, e a dos editor, uma “liberalidade. O sistema de privilégios só veio a ser abolido com a Revolução.

Diferentemente dos autores, os artistas puderam trabalhar com mais liberdade, mas levaram mais tempo para terem seus direitos reconhecidos. Grécia e Roma erigiram a música, a poesia e a arte lírica a um grau elevado de perfeição seja quanto à criação textual, seja quanto à interpretativa. São, até a atualidade, famosas as tragédias gregas e suas interpretações, que levavam ao teatro significativa parcela da população. E, por essa época, os artistas iniciavam a sua vida migrante.

Na Idade Média, surgiram os primeiros grupos de teatro ambulantes, que, em caravana, se apresentavam em diferentes cidades. Dessa época, também, os jograis e os menestréis, infiltrados nas cortes, encantavam a nobreza e a burguesia. Tanta variedade de costumes rendeu aos artistas certa dose de fama depreciativa, que os acompanhou até tempos recentes.

Nunca, no passado, o teatro teve tanta evidência quanto no período renascentista e início da Idade Moderna. Grandes dramaturgos, como Molière, angariaram fama para si e para seu país de origem. Eram os franceses os mais consagrados. Dada a relevância do teatro, iniciou-se por essa época o costume de remunerar os autores e os artistas por sua criação. A isso se deveu o notável movimento dos atores dramáticos pelo reconhecimento oficial de seu trabalho em território francês.

Em julho de 1793, com a classe dos artistas contemplada com algumas normas de proteção, um Decreto-lei do governo francês regulou, pela primeira vez, os direitos de propriedade dos autores de escritos de todos os gêneros, do compositor de música, dos pintores e dos desenhistas.

Quase um século depois, em 1886, liderados pelos países europeus, as nações ditas civilizadas se reuniram pela primeira vez em Berna, na Suíça, para proporem uma regulamentação mínima, não mais pontual, mas, geral e internacional, para a proteção das obras literárias, artísticas e científicas e de seus autores. Nascia a primeira Convenção Internacional sobre o assunto, embrião de todas as legislações nacionais a partir daí existentes.

Como nem todos os sistemas legislativos nacionais eram compatíveis entre si, nos idos de 1950, surgiu nova Convenção Internacional, reunindo

os mesmos países, e mais os Estados Unidos da América do Norte na cidade de Genebra, com a finalidade de adequar os sistemas voltados prioritariamente às obras, com aqueles que conferiam aos autores direitos de caráter pessoal, com a mesma importância dada às obras.

## 2) Conceituação: Direito Autoral, *Copyright* e Propriedade Intelectual

Conhecida, a gênese do direito autoral, verifica-se que alguns institutos aparentemente contraditórios dela decorrem, regulando os mesmos direitos, de modo e por sistemas jurídicos diferentes.

Por que os anglo-saxões chamam os direitos de autor de *copyright* ao invés de *author's rights*? E por que franceses e italianos intitulam a disciplina de *droit d'auteur* ou *diritto d'autore* ao invés de direitos de cópias sobre obras intelectuais? E por que em Convenções Internacionais que vigoram há mais de cem anos o termo “obras literárias, artísticas e científicas” foi preterido pela expressão “obra intelectual”, e de 1994 para cá os direitos de autor ou o *copyright*, passaram simplesmente a integrar uma classe, a dos direitos de “propriedade intelectual”?

A história e a política internacional respondem a essas indagações porque foram e são determinantes na configuração desse direito.

Na verdade, o *copyright* sempre foi uma das vertentes dos direitos de autor desde o seu nascedouro e, este, por seu turno, constitui hoje uma parte dos chamados direitos da propriedade intelectual – outra é a propriedade industrial – refletindo essas transformações semânticas, menos que simples denominações práticas ou acadêmicas, e mais as alterações nos rumos originais da matéria, e o resultado a que chegou nos tempos atuais.

*Copyright*, literalmente, direito de cópia, é um direito reservado desde a concessão do primeiro monopólio à indústria editorial, à confecção e à comercialização de cópias que propiciassem a venda de um mesmo escrito a diversos adquirentes.

É historicamente precedente aos direitos de autor propriamente ditos, e mais limitado que estes, porque corresponde tão somente aos direitos de exploração econômica. Por outro lado, protege quaisquer escritos, e não só os de conteúdo literário, do mesmo modo como protege as obras integrantes do rol das obras protegidas por convenções internacionais ou pelas leis locais dos países que o adotam, como as musicais, as audiovisuais, as emissões radiodifundidas, os desenhos, etc.,

independentemente do conteúdo, forma, objeto, alcance ou suporte. Sua origem está relacionada à invenção da primeira máquina copiadora, a imprensa.

Garantidas, mais tarde, prerrogativas também aos autores, a indústria da duplicação passou a receber, por outorga destes, o seu *copyright*, com a participação dos autores na venda das cópias através de percentuais incidentes sobre os valores de vendas, os chamados *royalties*, ou direitos patrimoniais.

Os direitos de autor, de base franco-romana, surgiram alguns séculos depois, inegavelmente inspirados nos princípios individualistas da Revolução Francesa que, vitoriosos, acabaram por irradiar-se inicialmente por todo o continente europeu, e, posteriormente, pelos países da América Latina.

Segundo estudiosos, os autores e artistas franceses não se curvaram ao monopólio das indústrias e dos comerciantes, como os ingleses, exigindo direitos de ter seus nomes vinculados, ostensiva e permanentemente, à obra, de escolher o editor a quem confeririam ou não os poderes de comercialização da obra, e de manter intacto o seu conteúdo.

Dadas essas características de ordem pessoal, os direitos de autor passaram a ser disciplinados pelos países europeus, a partir do exemplo da França, como um direito que nasce com a criação e que, portanto, a par do direito de cópia, prerrogativa originária do autor e não da indústria, representa um feixe de normas morais de importância equivalente ao da confecção e comercialização de exemplares.

O sistema do *copyright* é o vigente nos países anglo-saxões, de onde o direito se origina, enquanto o sistema dos “direitos de autor”, surgido na França, vigora nos países de tradição romanística.

Nos idos de 1950, os dois sistemas se enfrentaram em nível internacional, devido ao crescimento político e econômico pós-guerra dos Estados Unidos da América do Norte, e cujo sistema de leis internas não se adequava aos princípios da Convenção Internacional de Berna para a proteção das obras literárias, artísticas e científicas. Berna consagrava os direitos do autor, em detrimento dos direitos dos chamados difusores das obras do espírito, indústrias fonográficas e cinematográficas, e de radiodifusão, em sua grande maioria estabelecidas na Inglaterra e nos Estados Unidos.

A lei americana, por exemplo, não se adequava ao princípio da isenção de formalidades de Berna – exigia o registro da obra como condição de proteção – e, ao mesmo tempo, previa um prazo de proteção

menor : vinte e oito anos, prorrogáveis em certos casos por outros vinte e oito, independentemente do tempo de vida do autor.

Criou-se, então, em 1952, a Convenção Universal de Genebra, com o mesmo propósito de Berna, e com a finalidade de adequar a comunidade internacional à lei estadunidense.

A quase totalidade dos países do mundo aderiu aos dois instrumentos. Dessa simbiose, e da vocação cada vez mais internacionalizada dos direitos de autor, surgiram as mais díspares definições e entendimentos acerca de um e de outro instituto, o sistema do *copyright* e o dos direitos de autor. A uma, porque é inegável a influência da indústria estadunidense na produção e difusão das suas obras, e das que elege nos países onde tem filiais. A duas, porque a informação jornalística sobre esses mesmos sistemas, também originada de agências internacionais, caminham numa velocidade muito maior que a da própria informação legislativa nacional. O resultado é que os conceitos, muitas vezes, se confundem, a ponto de se divulgar como cogentes, informações de conteúdo puramente mercadológico, desconhecidos do sistema e da hierarquia legislativa interna.

Após as últimas revisões das duas Convenções, nas mesma data e local (Paris, 1971), todas as legislações nacionais dos países signatários sofreram alterações em função dos compromissos assumidos internacionalmente.

No Brasil, promulgou-se a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973 que vigorou em harmonia com alguns artigos Código Civil, no capítulo da Propriedade Literária, Artística e Científica, até que novo movimento internacional, cerca de trinta anos após sua promulgação, se fez sentir, também liderado pelos Estados Unidos, e que resultaram na criação da OMC, e seu Anexo, o TRIPS.

Por essa ocasião, introduziu-se na lei especial brasileira a expressão “obras intelectuais”, mantida na Constituição de 1967 a expressão “obras literárias, artísticas e científicas”, ambas suprimidas do texto constitucional em vigor, que adota simplesmente “obras”.

O que são obras intelectuais para fins da chamada proteção da propriedade intelectual, inicialmente conceituada como gênero de que seriam espécies os direitos de autor, ou o *copyright*, dependendo do sistema legislativo, e os direitos da propriedade intelectual? Reza a cartilha internacional, pós TRIPS, que são consideradas obras intelectuais todas aquelas previstas especificamente em Berna, as genericamente mencionadas em Genebra, e mais os programas de computador, bases de

dados, marcas, patentes, o traçado circuitos integrados, e os desenhos industriais. Tudo aquilo que, fruto do esforço intelectual, individual ou coletivo, possa ser reproduzido e comercializado como mercadoria especial, sobre a qual exercem-se direitos de propriedade intelectual.

Os princípios históricos e norteadores dos direitos autorais e do *copyright* foram enormemente alargados, afastando-se da noção de proteção a criadores de obras do espírito, com finalidades estéticas e de entretenimento, para receber obras nascidas e destinadas a outros fins, unicamente interessadas no privilégio *erga omnes*.

Em função dessas correções de rota internacionais, nova onda de leis especiais varreram o mundo todo, e, no Brasil, promulgou-se uma nova lei de direitos autorais (9.610/98), uma nova lei de programa de computador (9.609/98) e uma nova lei de propriedade industrial (9.279/96).

A passagem, pois, dos chamados direitos de autor e os da propriedade industrial para propriedade intelectual está muito mais vinculada ao plano internacional, à Organização Mundial de Comercio, do que aos costumes internos dos países. O acordo TRIPS que os implantou, em seu art. 9.1, liberou seus membros de quaisquer obrigações ou direitos de ordem moral, previstos em Berna, e dispensou qualquer menção à questão das formalidades tornando, assim, possível a aglutinação de diversos sistemas jurídicos em torno dele, regulando os aspectos coincidentes e afastando os colidentes com os sistemas anglo-saxões.

Do exposto, pode-se afirmar que o Brasil, como todos os países de tradição jurídica franco-romana, segue a disciplina tradicional dos direitos autorais e conexos, no que respeita à propriedade literária, artística e científica. Mas, em virtude de seus compromissos internacionais, segue também a disciplina dos chamados direitos da propriedade intelectual que inclui, à parte dos direitos tradicionais de autor, os programas de computador, as bases de dados, e os direitos da propriedade industrial.

### **3) Natureza Jurídica dos Direitos de Autor**

Discussões teóricas sobre a natureza jurídica dos direitos do autor (franco-romana) ou dos direitos sobre a obra (anglo-saxã) ocuparam os doutrinadores do passado com mais vigor que nos tempos atuais.

Duas correntes se debatiam no início do século passado: a dos monistas e a dos dualistas.

A teoria monista assenta-se na natureza única desse direito. Ou se trata de um direito exclusivamente de propriedade, ainda que intelectual, ou de um direito exclusivamente de personalidade, emanação exclusiva do espírito, decorrendo de cada um dos quais todos os demais direitos deles derivados. São monistas perfilhados à doutrina da propriedade a maioria dos juristas ingleses e alemães, e franceses, os defensores da personalidade.

A teoria dualista, ao contrário, assenta-se sobre a natureza dúplice do direito, defendendo seus partidários a existência de direitos de ordem moral, paralelamente aos de ordem patrimonial, com os quais se inter-relacionam. Seus iniciadores e defensores são juristas franceses, italianos e outros de origem latina.

Pela importância nas discussões que antecederam o conhecimento atual da doutrina, vale ainda destacar a teoria dos direitos intelectuais defendida por Edmond Picard, e a teoria dos bens imateriais de Joseph Köhler.

Picard, jurista belga, introduziu a expressão “direitos intelectuais”, no cenário jurídico em 1873. De acordo com Picard os direitos de autor se assemelham aos do inventor, detendo ambos um monopólio originário de uma criação do espírito. Constituem uma quarta categoria de direitos, os intelectuais, por não encontrarem equivalência nos anteriores (direitos reais, pessoais e obrigacionais).

A teoria do *Doppelrecht* de Köhler, exposta em 1908, contrária à teoria dos direitos intelectuais, define os direitos de autor como um direito *sui generis*, de natureza real, exercido sobre uma *res* imaterial. É um bem externo à sua personalidade mas por ele, autor, produzido e passível de cessão. A teoria de Köhler não reconhece um direito moral próprio do autor, apartado do direito em geral.

Pierre Recht<sup>6</sup> entende que não há convergência entre as teorias de Picard e Köhler e que o único ponto em comum, e realmente importante, é que nenhum empregava mais a expressão “propriedade” para definir os institutos.

Hoje é assente que direitos de autor formam um sistema de direitos *sui generis*, e no Brasil, inserem-se na categoria jurídica dos direitos civis.

#### 4) Princípios e Fundamentos da Disciplina

---

<sup>6</sup> obra citada, p.17

Como toda disciplina científica, os direitos autorais são regidos por uma série de princípios que se interpenetram de forma harmônica.

Muito embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem tenha sido proclamada em 10/12/1948, portanto posteriormente a Berna, que é de 1886, essa carta de princípios, de respeito e apreço pelos direitos e liberdades do homem e da lei, afirma o direito de todo homem à liberdade de expressão, seja por meio do pensamento ou da arte, e à proteção das obras criadas e confeccionadas em decorrência do exercício dessas liberdades. Ambos os princípios encontram-se reunidos no mesmo artigo.

O art. XXVII da declaração vem assim expresso: “1. *Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico de seus benefícios.* 2. *Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.*”

Está aí o começo, o meio e o fim do direito autoral, um corpo de leis que se assemelha em todo o mundo, de proteção ao homem-autor, à sua obra literária, artística ou científica, e à coletividade como fruidora e propulsora do progresso da humanidade.

São fundamentos próprios da disciplina, alguns comuns às outras áreas da propriedade imaterial, como a propriedade industrial e os direitos de personalidade, independentemente de ordem de relevância:

***O privilégio erga omnes***- tendo o autor um vínculo indissolúvel com a obra criada, seu direito se contrapõe ao de todos os demais no uso e na defesa da obra. Esta, sendo uma *res*, garante ao autor um direito do tipo real, oponível a terceiros, e um direito de natureza pessoal contra quaisquer agressões à sua integridade. Cada autor tem e conserva sobre a sua obra direitos dessa natureza.

***A temporariedade do privilégio e da transmissão*** –\_ diferentemente das demais formas de propriedade, o direito autoral garante ao criador da obra um uso e gozo limitados no tempo. E, como qualquer propriedade, prevê também direitos de transmissão *mortis causa* ou *inter vivos* e o respectivo exercício por parte de herdeiros e sucessores, tal como garantidos ao criador intelectual da obra. O fundamento da temporariedade está baseado no direito que possui a sociedade ao retorno, à devolução, de tudo o que dela o próprio autor extraiu para criar sua obra, porque fruto de seu meio e de sua história. Essa solidariedade, então, garante por determinado tempo a exclusividade ao autor no uso e gozo da obra criada, para depois, com a queda em domínio público, ser repartida e aproveitada



por todos aqueles que compõem o meio social, como mola propulsora da cultura.

***O exclusivo da autorização prévia*** – o princípio constitucional da exclusividade é reservado unicamente a essa classe de sujeitos de direitos, o de autor de obra intelectual, e é garantido desde a Convenção da União de Berna no nível internacional, passando por todas as Constituições modernas. É uma forma de proteger o autor, fornecendo-lhe meios de controle no uso e na difusão de sua obra. Traduz-se também pela autorização prévia garantida a todo autor em relação à destinação pública de sua obra sem a qual qualquer uso torna-se irregular e passível de reparação civil e condenação criminal.

***A interpretação restritiva*** – por esse princípio, todos os negócios jurídicos em matéria autoral devem ser interpretados restritivamente, tanto em relação à modalidade, como ao meio de difusão, como à territorialidade. Tudo que não estiver expressamente previsto no contrato, ou no negócio, entende-se como não autorizado. Não há possibilidade de se dar efeito extensivo a nenhuma cláusula do negócio, e muito menos a de o contratado transmitir os direitos recebidos do autor a terceiro, sem o seu expresso consentimento nesse sentido.

***A ausência de formalidade ou a proteção automática*** – sendo um direito inerente ao intelecto humano, o direito à autoria nasce e se prova pela criação de qualquer modo exteriorizada. Esta exteriorização se dá pela fixação desse todo imaterial (*corpus mysticum*) a uma base corpórea, expressão tangível ou intangível, mas perceptível aos sentidos de qualquer pessoa (*corpus mechanicum*). Antes da publicação, a obra está protegida pelo simples ato da criação, e depois da publicação, pela impossibilidade de alteração de seu conteúdo tal como dado inicialmente a conhecer ao público. Assim, registros em matéria autoral, que só podem ser realizados sobre a base corpórea, são dispensáveis e não exigíveis como condição de proteção por que não podem atestar a criação em si. Depósitos e menção de reserva (©) servem apenas para indicar o prazo de publicação e, através desta, o elemento coadjuvante da anterioridade, além de dar a conhecer publicamente o nome daquele que detém o direito conferido pelo autor de extrair-lhe cópias legais.

***A perpetuidade do vínculo autor-obra*** – uma vez publicada, uma obra jamais deixará de estar vinculada a seu autor, sendo este conhecido. O exercício dos direitos prescrevem com o tempo, mas o vínculo a autor/obra é, de fato, indissolúvel.

***A qualificação como bens móveis*** – os direitos autorais são reputados, para efeitos legais, bens móveis. Tratam-se de direitos reais e

personais exercidos sobre coisas móveis, que são o suporte das obras do espírito. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social (art. 82 do novo Código Civil) . Mas não se adquirem com a tradição, contrariando a regra do art. 1226 do mesmo Código. A classificação dada pelo legislador especial tem particular reflexo na tributação dos suportes.

***A individualidade da proteção*** – é o princípio que garante a todas as pessoas a possibilidade de se tornarem criadoras de obra artística, exercendo livremente seu olhar crítico ou artístico sobre algo novo ou já existente, tornando-se também criadores de obras intelectuais protegidas. Cada obra deve ser protegida individualmente, desde que não seja espelho, ou derivação de outra pré-existente. O direito de cada autor a uma obra termina onde começa o direito do outro à obra respectiva. A proteção não se irradia a outras obras criadas, salvo no caso das obras derivadas. Esse princípio é decorrente do princípio constitucional da liberdade de expressão e de comunicação.

***A independência nas utilizações*** – por este princípio quer se garantir ao autor que a autorização concedida para determinado uso ou mídia não se estenda aos demais, como um corolário do princípio da interpretação restritiva. Assim, o direito concedido a um escritor para a publicação da obra em livro de papel não se estende ao formato digital ou ao CD ROM. Cada suporte ou utilização em outro meio de comunicação (o livro adaptado ao formato audiovisual para transmissão por TV, por exemplo) não que estar previstos em contrato, ou de outro modo previamente autorizados pelo autor ou titular do direito.

***A intransmissibilidade ao detentor do direito de cópia*** – por este princípio garante-se ao criador de obra intelectual que a aquisição de um exemplar de sua obra não transfere ao adquirente, consumidor ou fruidor, quaisquer direitos sobre a obra. O adquirente tem apenas direitos sobre o objeto adquirido para a seu uso pessoal, não estando habilitado a reproduzi-la, condição reservada exclusiva e expressamente ao autor ou titular para esse fim.

***A responsabilidade solidária*** – segundo o princípio, também universal, quem editar, vender, expuser à venda, adquirir, distribuir, estocar, transmitir ou que qualquer modo concorrer para a divulgação de uma obra literária, artística ou científica, sem a prévia e expressa autorização de seu autor ou titular, será solidariamente responsável pelo ilícito praticado. No caso de espetáculos e audições em locais públicos, por exemplo, o legislador nacional entende solidariamente responsável com os

organizadores do espetáculo, os proprietários dos estabelecimentos, diretores, gerentes, empresários e arrendatários.

*A reciprocidade internacional ou princípio do trato nacional* – segundo o qual, e em virtude da adesão a Berna, todos os países garantem aos autores estrangeiros, neles residentes ou não, os mesmos direitos concedidos aos seus nacionais.

Como disciplina dinâmica que é, seguirá estabelecendo outros princípios. Um princípio inovador vem sendo esboçado em novos tratados e diretivas internacionais: é o princípio da retribuição eqüitativa, (que não se confunde com a *remuneração* eqüitativa da Convenção de Roma) segundo o qual ,autores e titulares fariam jus a uma remuneração mínima, mesmo em caso de livre utilização consentida por lei, o que sinaliza, junto com os mais recentes tratados assinados pelo Brasil, uma tendência cada vez mais restritiva na utilização de obras em benefício público , e mais favorável aos titulares que à coletividade.

Outro, é o da exaustão dos direitos de autor, calcado no modelo similar introduzido pela legislação sobre marcas, segundo o qual concedida a autorização e publicada a obra, por qualquer meio ou processo, ao distribuidor da obra cabe esgotar os meios de disponibilizá-la ao público e comercializá-la, cabendo ao autor apenas reivindicar os correspondentes direitos pecuniários.

## 5) O Direito Autoral Visto Pela Doutrina

Há autores que definem, sinteticamente, os direitos autorais.

**Clovis Bevilacqua**<sup>7</sup> afirma que “direito autoral é o que tem o autor de obra literária, científica ou artística, de ligar o seu nome às produções de seu espírito e de reproduzi-las, ou transmiti-las. Na primeira relação, é manifestação da personalidade do autor; na segunda, é de natureza real, econômica.”

**Dirceu de Oliveira e Silva**<sup>8</sup> entende que, “em linhas gerais, o que é inegável, é que o Direito de Autor é um direito misto: pessoal e real. Há uma parte pessoal, uma ligação íntima entre o autor e sua obra, a que Filadelfo Azevedo denominou “direito moral do escritor” e há outra parte patrimonial, relacionada com a reprodução da obra.”

---

<sup>7</sup> *Apud* Silva, Dirceu de Oliveira e O Direito de Autor, p.15

<sup>8</sup> obra citada, pg. 16

**Hector Della Costa**<sup>9</sup>, comenta que “o direito de autor, como alguém disse da letra de câmbio “começou por não existir, e foi posto em vigência desde suas primeiras expressões positivas, “pelo tempo assinalado pela lei”: isto é, a obra já não é só o resultado transitório de um trabalho, nem se considera a este como único elemento jurídico apreciado nas relações com terceiros. A obra toma corpo como objeto permanente de um vínculo: “auctor-opus”; entretanto, a circulação da obra segue sendo regida pela disciplina jurídica dos direitos creditórios. Dele derivam as mais importantes conseqüências na evolução posterior de nossa matéria.”

**José de Oliveira Ascensão**<sup>10</sup>, após discorrer sobre as diferentes correntes doutrinárias é conclusivo: “O direito de autor pode assim ser nuclearmente caracterizado como um exclusivo temporário de exploração econômica da obra.”

**Pierre Recht**<sup>11</sup> dá sua visão: “ Quando eu falo do direito de autor, eu o entendo, sem aprovar, como a denominação que se costuma dar à propriedade literária, artística e científica, mas não endosso essa ótica subjetiva integral atual. Mesmo que seja subjetivo em sua origem, o direito de autor não está limitado à vida do autor, nem a um prazo de 50 anos; ele é um instituto de direito civil, ele é o regulamento de uma coisa, e não apenas de um indivíduo. Eu refuto a teoria dualista, assim como a teoria personalista, bem como todas as que mantêm o mito da “emanação da personalidade”. O direito de autor é, segundo a expressão de direito romano, o estatuto de uma *res cum jure suo*, um direito perpétuo cujo titular vem a ser, finalmente, a coletividade.”

**Antonio Chaves**<sup>12</sup> comenta que “daí a conclusão que o direito autoral deve ser considerado como um domínio tendo por objeto um bem intelectual e que devido à dupla natureza pessoal e patrimonial, abrange no seu conteúdo faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial.”

**Carlos Alberto Bittar**<sup>13</sup>, afirma que: “Diferentes teorias têm procurado explicar a natureza desse direito (n.4), com reflexos em sua própria denominação, que, no entanto, inclina-se para a fixação em “direito de autor” ou “direito autoral” (n. 1). Ainda não se estabeleceu, em definitivo, a sua conceituação, mas, pela evolução das idéias e da técnica, cristaliza-se a sua posição como *direito sui generis* (ns. 1, 4 e 6), como categoria especial na classificação dos direitos, que ao pensamento jurídico

---

<sup>9</sup> “El Derecho de Autor y su Novedad”, p. 92

<sup>10</sup> “Direito Autoral”, p.616

<sup>11</sup> obra citada, pg. 17

<sup>12</sup> “Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão”, p. 20

<sup>13</sup> “Direito de Autor na Obra Feita Sob Encomenda”, p. 159

cabará assentar de vez. Permanece, no entanto, vinculado à noção de propriedade no direito anglo-norte-americano, em razão de peculiaridade do sistema (n. 19).”

Outros autores há, que apresentam uma visão pessoal e complexa desses direitos. Entre eles:

**Delia Lipszyc**<sup>14</sup> que ensina que o Direito de Autor “ é o ramo do Direito que regula os direitos subjetivos do autor sobre as suas criações, as quais apresentam individualidade resultante de sua atividade intelectual, que habitualmente são enunciadas como obras literárias, musicais, teatrais, artísticas, científicas e audiovisuais. O tradicional agrupamento do direito do autor com a propriedade intelectual no campo doutrinário, e no ensino, encontra-se consideravelmente arraigado. Sob essa rubrica comum – direitos de propriedade intelectual – se faz referência a um amplo aspecto de direitos de distinta natureza: enquanto alguns se originam em um ato de criação intelectual, outros, sendo ou não criação intelectual, são outorgados com a finalidade de regular a concorrência entre produtores.”

**Pontes de Miranda**<sup>15</sup> assevera que “A expressão “direito autoral” ou “direito de autor” tem os inconvenientes que derivam de no conceito ora (A) se porem sob tal expressão a) o direito de identificação da obra, como direito autoral de personalidade, b) o direito de ligar o nome à obra e c) o direito de reprodução, ora (B) somente a) e b), ou (C) somente. É chocante chamar-se direito de autor o que adquire o outorgado de direito de edição. Daí a necessidade de se tratarem separadamente tais direitos, com os seus nomes científicos.(...)Quando se diz que o direito de personalidade é parte integrante do direito autoral, a direito autoral dá-se o sentido (A) ou (B). Assim, estaria de tal modo extrapolado o conceito que abrangeria o direito de personalidade, o direito autoral impreluível de nomeação e, em (A), o direito real preluível.”

E há outros, que vão além, vislumbrando nesse direito uma natureza e finalidades maiores. É o caso de:

**Denis de Freitas**<sup>16</sup> que expõe: “O objeto do direito autoral é a cultura. Não há sociedade que possa viver sem cultura – sem livros, música ou pinturas. Os livros são necessários para registrar a história de um país de modo que cada geração possa ser avisada de sua herança e possa construir o futuro nas fundações do passado. Livros são necessários para o registro do conhecimento e das idéias em todas as esferas do encantamento humano das ciências naturais, da medicina, das ciências políticas e sociais,

<sup>14</sup> “Derecho De Autor Y Derechos Conexos”, p. 14/15

<sup>15</sup> “Tratado de Direito Privado, tomo XVI, p. 9

<sup>16</sup> “The Copyright System – Practice and Problems in Developing Countries”, p.1

na arte de aplicar o conhecimento. Livros são necessários para descrever a condição humana, os problemas das relações humanas, as comédias e as tragédias da vida humana. A música é parte integrante da vida, falando uma linguagem universal que não necessita de interpretação. Ela revigora nosso espírito, enche os nossos corações de emoção e nossas almas. Os quadros representam o mundo em que vivemos. Eles captam a beleza da pessoa humana. Eles revelam através do olho do artista as facetas da natureza que talvez não tenhamos observado, ensinando-nos.”

**Eduardo Vieira Manso**<sup>17</sup> é definitivo: “o fundamento jurídico do Direito Autoral reside no interesse público de proteger toda obra do engenho humano que, sendo original ou criativa, ou ambas, corresponda a uma parcela de manifestação da sociedade em que foi gerada. Publicada, a obra adquire dimensões de um bem público, cuja utilização estritamente cultural, por isso, foge do controle de seu autor, inclusive para ser fonte de inspiração de outras obras, o que é uma de suas mais fecundas virtudes. O autor é livre para publicar ou não sua obra, segundo razões que somente dizem respeito ao seu foro íntimo. Todavia, dada à luz (tal como no parto da mulher), o novo ser terá existência própria, devendo seguir em busca de seu destino (de sucesso ou não, pouco importa), em cujo caminho cumprirá sua importante função social.

O interesse público que há sobre e por toda obra intelectual é que fundamenta a extensão das prerrogativas próprias de seu autor, a quem são atribuídos direitos que lhe possibilitam, a um só tempo, extrair desse bem todo proveito econômico a que possa dar causa, e zelar por sua inteireza e pela manutenção de suas peculiaridades, a fim de resguardar o seu valor intelectual e, pois, preservar o bem cultural (bom ou mal, é indiferente), conforme a pessoal concepção do próprio autor. Essa preservação visa a manter a obra, tanto quanto possível, naquela genuína forma como resultou da atuação da sociedade sobre o espírito do autor, levando este àquela precisa manifestação intelectual.”

A visão mais cosmopolita desse direito é dada pela **UNESCO**<sup>18</sup>, na qual afirmam os peritos da organização internacional que o “o direito autoral (*copyright*) baseia-se na premissa de que nenhuma propriedade é mais peculiarmente individual que a produzida pela mente, dele ou dela (pessoas). Direito autoral (*copyright*) é uma afirmação legal de que escritores e artistas têm o direito à titularidade de seus trabalhos. Eles são legitimados à proteção contra o uso inautorizado de seu trabalho tanto quanto à participação nos ganhos em qualquer uso público. Direito autoral (*copyright*), em alguns países outras leis, também prevê a proteção para

---

<sup>17</sup> “Direito Autoral – Exceções impostas aos direitos autorais, derrogações e limitações”, p. 24

<sup>18</sup> United Nations Education, Scientific and Cultural Organization. The ABC of the Copyright, pp.17/18

outra gama de interesses que têm sido chamados de “direitos morais” de autores. Estes envolvem outras questões como o direito de reclamar autoria e respeito pela identidade ou integridade da obra. Mas, mais do que isso, as remunerações que o direito autoral (*copyright*) assegura ao criador individual de obras artística, científicas e literárias, provocam um estímulo à criatividade do qual toda a sociedade se beneficia. Ao promulgarem leis de direitos autorais (*copyright*), os legisladores têm reconhecido a necessidade da sociedade ao acesso ao conhecimento. Eles sempre estiveram atentos para encontrar o equilíbrio entre as necessidades essencialmente conflitantes da sociedade ao conhecimento e ao aprendizado, e os direitos do criador individual. [...] A invenção, habilidade e trabalho do criador são protegidos pelos direitos autorais (*copyright*). Mas, na prática sua criatividade não pode ser protegida até que tenha sido expressada numa base. O direito autoral (*copyright*) protege trabalhos originais de criação intelectual nos campos da arte, da música, da ciência e da literatura. As obras são protegidas por si mesmas, pela forma ou modo de expressão, não pelas idéias do autor. Idéias, sistemas, princípios e métodos não são protegidos. Deve haver a expressão de uma idéia em uma base material tal como um livro, jornal, pintura, uma composição musical, uma coreografia, na gravação cinematográfica ou fonográfica. A extração inautorizada de cópias de uma obra é equiparável a um roubo”

Pode-se concluir, pois, que independentemente de perfilhamento a corrente doutrinárias ou ideológicas, ou mesmo de sistemas jurídicos distintos, direitos autorais podem ser entendidos e explicados como um instituto composto por uma dupla ordem de direitos: uma, fundamental da pessoa humana, de características *morais*, baseadas em sua personalidade, e no exercício da liberdade de expressão, e características *patrimoniais*, baseadas em relações de caráter real e obrigacional, de uso e gozo das obras intelectuais materializadas; e outra, da sociedade, baseada no direito de todos ao progresso científico, ao acesso ao conhecimento, ao lazer, e à cultura.

## CAPITULO 3

### NORMAS INTERNACIONAIS E DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

#### 1 – Normas Internacionais

##### a) Direito Internacional de Autor – Berna e Genebra

Os direitos de autor e os conexos, em virtude da sua ubiqüidade, isto é, da simultaneidade de utilização, foram alvo de ampla mobilização por parte da comunidade internacional, com vistas tanto à proteção da integridade, quanto à garantia dos direitos de exploração econômica, das obras literárias, artísticas e científicas, a seus legítimos titulares.

Esses esforços datam, inicialmente, de fins do século XIX e desembocaram na primeira Convenção Internacional para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas celebrada em Berna, Suíça, aos 09 de setembro de 1886.

Como precedeu à primeira grande guerra, o que equivale dizer que foi anterior à própria formação da Liga das Nações, embrião da ONU, chamou-se inicialmente essa Convenção de sistema da “União de Berna”, representando cada país “unionista” uma espontânea adesão ao feixe de proteções *jurídicas* elencadas. Até então, os tratados e convenções internacionais tinham caráter eminentemente político ou militar, sendo Berna a pioneira a tratar de um assunto especificamente jurídico.

Os princípios da União de Berna permanecem iguais e cheios de vigor nos tempos atuais. Enquanto sistema, foi substituído recentemente pelo da OMC- Organização Mundial do Comércio, em virtude do qual os países ditos desenvolvidos exigem dos Estados Membros garantias de sistemas repressivos, de punição, obrigando-os a contemplar na confecção da legislação interna as normas por eles preconizadas, e erigidas à categoria de normas internacionais. Berna, diferentemente, cuidou de um sistema de proteção mínima, deixando a cargo das legislações internas o disciplinamento da matéria, e a respectiva punição, de acordo com os usos e costumes de cada país. É o diploma normativo internacional que prevê o maior nível de proteção para autores e titulares de direitos de autor contra o uso indiscriminado e desautorizado de obras protegidas.



Segundo Maristela Basso<sup>19</sup> a Convenção de Berna, ao lado da de Paris, que trata da propriedade industrial, tem especial significado na ordem internacional, porque iniciadora de uma nova categoria de convenções internacionais, a dos direitos privados. “As Convenções de Paris e de Berna não visavam apenas resolver conflitos de leis, estabeleceram o “princípio da proteção mínima”, aceito pelos estados unionistas, abaixo do qual nenhuma legislação poderia ficar. Esse, por si só, já é um resultado da mais alta importância”.

Objeto de sucessivas revisões desde 1886, cada uma delas identificada pela capital européia que sediava as respectivas reuniões, obteve na última revisão de Paris, ocorrida no ano de 1971, sua atual configuração, com a qual, inclusive, integrou o universo legal brasileiro através do Decreto 75.699 de 29/04/1975, e do Decreto Legislativo n.94 de 4/12/1974.

Baseia-se Berna nos esforços de todos os Estados Membros, respeitadas as respectivas soberanias, de garantir a autores e obras três níveis mínimos de proteção:

- o **princípio do tratamento nacional**, segundo o qual será dispensada às obras estrangeiras o mesmo tratamento dispensado por qualquer país às obras de seus respectivos nacionais;
- o **princípio da proteção automática**, segundo o qual a proteção independe do cumprimento de qualquer formalidade como o registro ou o depósito para o gozo da proteção legal;
- o **princípio da independência na proteção**, segundo o qual a fruição e o exercício dos direitos independem até mesmo da existência de proteção no país de origem da obra, desde que circule por outros países membros da União.

A Convenção, após declarar, em seu artigo 1º, que os países signatários “*constituem-se em estado de União para proteção de direitos de autores sobre as suas obras literárias e artísticas*” apresenta um rol das chamadas obras protegida: “*1) Os termos "obras literárias e artísticas" abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras, as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ou da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de*

---

<sup>19</sup> “O Direito Internacional da Propriedade Intelectual”, p. 109

*arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por um processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.”*

O emprego da expressão “tais como”, no dizer de Claude Masouyé<sup>20</sup> “é puramente enunciativa e não limitativa, trata-se de fornecer aos legisladores nacionais uma série de exemplos: de fato, todas as grandes categorias de obras se encontram aí mencionadas”.

Contemplou, igualmente, as traduções, as adaptações e as compilações, conferindo-lhes um patamar de proteção que lhes era, até então, negado.

Tanto quanto cuidou de conferir a devida e pioneira proteção aos direitos de autor, Berna, por equidade, também tratou de lhe dar contornos: suas normas de proteção não se aplicam às notícias do dia e aos acontecimentos transmitidos pela imprensa, em nome de outro princípio, desta feita em favor da sociedade, o da liberdade de informação.

Berna também versou sobre os prazos mínimos de proteção (vida do autor, mais cinquenta anos após sua morte, ou, cinquenta anos contados da primeira exibição da obra cinematográfica) e instituiu os chamados direitos morais de autor (art. 6, bis) através dos quais “o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou qualquer outra modificação dessa obra, ou a qualquer atentado à mesma obra, que possam prejudicar a sua honra ou reputação”.

O chamado direito “exclusivo”, privilégio com que foram brindados os autores de obras literárias, artísticas e científicas, aparece no cenário jurídico através da Convenção de Berna, desde seu surgimento, em 1886. Na Revisão de Paris (1971) ele se consagra: os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução de suas obras de qualquer maneira e por qualquer forma. Essa exclusividade inclui a radiodifusão e/ou qualquer outra forma de comunicação pública.

Esse privilégio esbarra em duas esferas de limitações.

---

<sup>20</sup> “Guia da Convenção de Berna relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas” ( Acta de Paris, 1971), p. 14

A primeira atende à necessidade de disseminação da cultura e do conhecimento, permitindo que a obra seja utilizada em alguns casos independentemente de autorização do autor ou do titular, e de qualquer pagamento. É a chamada livre utilização de obras prevista: a) no artigo 9º, alínea 2 (amplo uso por parte de terceiros desde que não prejudique a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado aos autores) que em cada país assume uma feição própria, embora assemelhados aos demais países da União; b) no artigo 10º (citações e utilizações para fins didáticos, respeitada a fonte); c) no artigo 11º, bis, (a reprodução de obra, incluindo as fotográficas e as cinematográficas, pela imprensa escrita ou radiodifundida) e d) artigo 11º, bis, alínea 3 (gravações efêmeras de curta duração e armazenamento em razão do seu caráter excepcional de documentação).

E a segunda atende mais aos interesses das indústrias da difusão de obras artísticas, literárias e científicas, dada a velocidade que caracteriza a atividade, dispensando a autorização prévia, mas não a remuneração proporcional ao autor: trata-se das licenças obrigatórias, que no caso do artigo 13º, alínea 1, são conferidas compulsoriamente pelos autores de obras musicais e litero musicais aos organismos de radiodifusão, e licenças transitórias no caso do artigo 13º, alínea 2, específicas para reprodução de obras musicais gravadas anteriormente a 1971, e concedidas às empresas produtoras de fonogramas *“sem o consentimento do autor da obra musical, até o final de um período de dois anos a partir da data em que o dito país passará a ficar vinculado ao presente Ato”*.

Berna oferece aos países membros, alternativamente, um ou outro sistema de utilização das obras, mas o que importa é que elas sejam utilizadas corretamente. Ou o país adota o sistema do exclusivo, isto é, o da autorização prévia, o caso do Brasil, ou o das licenças obrigatórias ou não voluntárias, que não dependem da vontade do autor ou do titular, substituída pela obrigatoriedade de pagamento de uma remuneração eqüitativa. A remuneração pode ser estimada por consenso, ou determinada por lei.

Medidas de defesa administrativa e judiciais das obras são também previstas e recomendadas pela Convenção, sempre respeitada a legislação interna de cada país-membro.

A Convenção de Berna é administrada e secretariada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, organismo das Nações Unidas, mas, tanto por contemplar os direitos morais, como por desprezar as formalidades como garantia de proteção não contou até 1º de março de

1989 com a adesão dos Estados Unidos da América do Norte. O governo do país norte-americano, liderou nos anos cinquenta, a redação de uma nova Convenção à qual também aderiram a esmagadora maioria dos signatários de Berna, a intitulada Convenção Universal de Genebra, administrada desta feita por outro organismo da ONU - a UNESCO - e adotada internacionalmente a partir de setembro de 1952. Foi revista pela última vez em Paris em 1971, na mesma ocasião da revisão de Berna. Genebra foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 59, de 30/6/1975, e promulgada pelo Decreto do Executivo Federal n.76.906, de 24/12/1975.

São princípios de Genebra:

- o do tratamento nacional, ou **o princípio da assimilação das obras estrangeiras às nacionais**
- o da **formalidade mínima indispensável**, segundo o qual entender-se-á como protegida a obra, independentemente da existência ou não das exigências internas dos países signatários, que desde a primeira publicação consentida, traga impresso o símbolo © (copyright) acompanhado do nome do titular do direito de autor, seguido da indicação do ano da primeira publicação.

Essa formalidade é exigida às obras publicadas, assumindo os Estados contratantes o dever de assegurar os meios jurídicos adequados de proteção, sem formalidade, das obra não publicadas dos autores nacionais dos outros Estados Contratantes (art. III, 4).

Assim, enquanto Berna garante a qualquer nacional de qualquer país, proteção à obra desde o instante em que é concebida, não importando esteja ou não publicada, posto que lhe atribui uma proteção de caráter moral, independentemente de menção de reserva, registro ou depósito, Genebra, ao invés, só garante a proteção aos nacionais de outros estados sob duas condições: estar a obra publicada, em qualquer país signatário, e estar identificada sob a formalidade mínima da menção de reserva do símbolo ©, acrescida do nome do titular e do ano de publicação da obra.

## **b) Direito Internacional dos Intérpretes, Produtores de Fonogramas e Organismos de Radiodifusão – Roma, Satélites e Fonogramas**

A tentativa de regulamentar os direitos dos artistas (atores e cantores) em nível internacional iniciou-se nos primórdios do século XX com a participação da OIT – Organização Internacional do Trabalho - constituída

em 1919. O atual texto resultou da 29ª Conferencia Internacional do Trabalho ocorrida em Montreal, em 1946, promulgado no Brasil por meio do Decreto nº25.696 de 20/10/1948.

A peculiaridade da nova situação dos artistas, intérpretes e executantes com a gravação de suas vozes e interpretações, inicialmente em discos e depois em filmes, excedendo os limites da atividade física e laboral, dispensando-os de novas apresentações ao vivo, e levando-os a diferentes localidades simultaneamente, exigiu-lhes novos meios de preservação dos direitos.

Em meados do século, a UNESCO, a OIT e membros da União de Berna convocaram uma reunião para tratar desse assunto, a Conferência Diplomática de Roma, em 1961, da qual, por sua vez, resultou o texto da Convenção de Roma não só para a proteção de intérpretes, mas também dos produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão.

A explicação histórica para o ajuntamento dessas três diferentes categorias de difusores da obras “autorais” num mesmo lado, estaria nessa própria condição de difusores da mesma matéria prima, os artistas, no desemprego crescente deles com o avanço da tecnologia de gravação de sons e imagens, e na pouco expressiva consciência de classe. A fraqueza econômica dos artistas encontrou nos prósperos produtores de fonogramas o apoio necessário à tese da remuneração de suas atuações gravadas, como compensação pela diminuição das apresentações ao vivo, tendo os empresários, de seu turno, utilizado dessa conveniente parceria para também obter o reconhecimento para si de uma remuneração equivalente. Essa remuneração constitui os chamados direitos patrimoniais conexos.

Paralelamente, buscaram outras difusoras de obras intelectuais, como as empresas de rádio e televisão, proteção às suas emissões eventualmente retransmitidas sem sua prévia autorização (captação desautorizada de sinais).

São esses três, portanto, os titulares subjetivos da relação de direito conexo ao direito de autor: intérprete/executante + produtor de fonograma, ou, intérprete/executante + organismo de radiodifusão, ou intérprete/executante + produtor de fonograma + organismo de radiodifusão.

De início, o texto da Convenção de Roma ressalva integralmente a proteção concedida por Berna aos autores de obras literárias e artísticas, deixando claros os limites entre ambas e os direitos por elas regulados.

Foram elaboradas para conviver em harmonia, respeitando Roma, expressamente, todas as garantias e conquistas havidas pelos artistas e difusores em Berna.

Como as anteriores, Roma também parte da garantia de alguns princípios mínimos aos seus signatários:

- o **princípio do tratamento nacional** (arts. 2º a 6º): segundo esse princípio, cada Estado contratante da Convenção compromete-se a conceder ao artista, intérprete ou executante, produtor de fonograma e organismo de radiodifusão, estrangeiros, o mesmo tratamento concedido ao seu nacional, de acordo com a legislação interna em vigor por ocasião da primeira fixação das interpretações ou da primeira veiculação pública dos fonogramas ou das emissões de rádio e TV.
- o **princípio da reserva mínima** (art. 11º): segundo o qual o país que adotar o sistema de formalidades, como condição de proteção, considerar-se-á satisfeito se nos exemplares, ou embalagens, houver uma inscrição constituída pelo símbolo “P” (de *performer*), seguido do ano da primeira publicação. O nome do titular dos direitos fonográficos poderá vir a seguir caso seu nome, marca ou outra designação não estejam identificados de outra forma.
- o **princípio da remuneração equitativa**: segundo o qual a radiodifusão ou qualquer outra forma de comunicação ao público de um fonograma dará ensejo a uma remuneração equitativa e única aos artistas e gravadoras/produtores fonográficos a ser paga pelo utilizador (estações de rádio e TV);
- o **princípio da adesão parcial**: segundo o qual os estados Contratantes poderão aderir parcialmente à Convenção, seja no que diz respeito à remuneração equitativa, seja em razão da escolha dos critérios de fixação ou o da nacionalidade, específicos do produtor de fonogramas.

Duas outras Convenções específicas sobre os chamados direitos conexos seguiram-se a Roma, ambas administradas pela OMPI: a Convenção para Proteção dos Produtores de Fonogramas contra a duplicação desautorizada de seus fonogramas, de 29 de outubro de 1971, conhecida simplificadaamente como “Convenção Fonogramas”, e a Convenção relativa à Distribuição de Sinais Portadores de Programas Transmítidos por Satélite de 21 de maio de 1974, conhecida como “Convenção Satélites”.

O fundamento para a realização da primeira foi o grande aumento da pirataria de discos e fitas em nível internacional, incluindo a importação pirata, e o da segunda, que também engloba a distribuição por cabo, foi a facilidade técnica de retransmissão de sinais, passíveis de serem captadas e distribuídas por estações não autorizadas.

O princípio do tratamento nacional do art. 2º da Convenção Fonogramas não é o mesmo da Convenção em Roma, mas faz considerar os nacionais do Estado estrangeiro como nacionais do Estado Contratante para efeitos de proteção. Na Satélites, o princípio não é objeto de nenhuma cláusula específica, limitando-se o legislador internacional a deixar a cargo do legislador nacional as medidas de prevenção contra a distribuição desautorizada de sinais originais via satélite.

Nenhuma delas foi , ainda, ratificada pelo Brasil, muito embora muitas de suas disposições tenham sido acolhidas pela Lei nº 9.610/98.

### **c) Direito Internacional da Propriedade Intelectual relacionada ao Comércio – GATT, OMC e TRIPS**

Paralelamente às Convenções administradas pela OMPI, o GATT – General Agreement on Tariffs and Trade – iniciou, em 1979, discussões envolvendo a chamada propriedade intelectual com o comércio internacional. Aliaram a esses dois pressupostos a necessidade de igualar métodos de ação, de punição e de proteção entre países de sistemas jurídicos diferentes, o que era evitado por Berna e Genebra, cuja preocupação maior sempre foi o respeito às legislações internas e a soberania de seus Estados-Membros. Essa “falha” de Berna e Genebra motivou as discussões em outro foro ( a OMC não é vinculada à ONU) transformando os novos direitos (intelectuais) em mercadorias de alto valor comercial.

Os debates em Berna e Genebra, circunscritos à soberania e ao território dos Estados-Membros, começaram a se mostrar obsoletos para os países economicamente mais poderosos. Diante da nova realidade do comércio mundial de marcas, e da crescente indústria da difusão cultural, cuja mercadoria traz gravada a identidade de seu titular onde quer que esteja disponibilizada, atravessando fronteiras, e dispensando debates em torno de soberanias territoriais, nova ordem internacional começava a ser delineada.

Em 1986, foi dado início à Rodada Uruguai do GATT, com término em 1994, que resultou na criação OMC- Organização Mundial do Comércio. Esta passou a operar em duas frentes: uma, na regulação do comércio internacional de bens materiais através do próprio GATT, e outra na regulação do comércio internacional dos bens imateriais através do Acordo Relativo aos Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comercio, conhecido pela sigla TRIPS, derivada da expressão inglesa, ou pela sigla ADPIC, do espanhol.

Segundo Guido Soares<sup>21</sup>, a Rodada Uruguai significou “uma das negociações comerciais multilaterais mais complexas e longas e que produziria os efeitos mais radicais de reformas profundas da história do comércio internacional”. E a “inclusão do TRIPS na Rodada Uruguai”, ensina Maristela Basso<sup>22</sup> “partiu da premissa de que o aumento da proteção dos direitos de propriedade intelectual aumentaria o poder de mercado, isto é, o comércio mundial”.

Significava também, a nova estrutura da OMC, e a novidade do TRIPS, um desvio tático contra as defesas criadas pelos Estados a cada nova manobra protecionista proibida pelo GATT e obedecida pelo comércio internacional.

Deu-se, então, a grande guinada, no trato internacional da matéria: de obras do espírito, de caráter estético, cultural, artístico passaram a ser consideradas como mercadoria, de alta aceitação e consumo no mundo inteiro (a linguagem musical e virtual da arte são entendidas sem necessidade de tradução), posto que fixadas em suporte mecânico. A razão da mudança residia na percepção por parte dos países sede das multinacionais da propriedade intelectual da ocorrência: **a)** de um aumento brutal nos rendimentos internos e externos em virtude das licenças e concessões de uso de obras intelectuais (royalties); **b)** no aumento dos respectivos níveis de emprego; **c)** no aumento paralelo da pirataria, que provocava escapes consideráveis de renda.

Diante, do fato de a OMPI basear-se no princípio da igualdade de votos entre Estados e de não deter poderes para votar resoluções pelos Estados e, conseqüentemente, não poder forçá-los ao seu cumprimento, resolveram as nações econômica e politicamente mais poderosas das Américas e da Comunidade Européia criar um outro mecanismo que estabelecesse normas gerais de adesão imediata e sem reservas por parte de

---

<sup>21</sup> “O tratamento da propriedade intelectual no sistema da organização mundial do comércio: uma descrição geral do acordo TRIPS, RDC 74/98, p.108

<sup>22</sup> obra citada, pg. 155



todos os países membros da comunidade econômica internacional, bem assim instrumentos para a solução pacífica de controvérsias entre Estados no que dissesse respeito à propriedade intelectual. Nascia o TRIPS.

Assinado o acordo TRIPS em 15/4/94, foi o mesmo promulgado no Brasil através do Decreto 1.355 de 31/12/94 (D.O.U 15/4/94). Constitui o Anexo 1 “C” do Acordo de Marraquesh que instituiu a OMC, que foi aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 30 de 15/12/94. Esgotados todos os prazos transitórios, TRIPS entrou em vigor no Brasil quatro anos após a data do Decreto de promulgação no que tange aos direitos de autor.

Na prática estenderam a aplicação dos princípios básicos do comércio anteriormente praticados pelo GATT às convenções e acordos internacionais em matéria de propriedade intelectual (direitos de autor, dos produtores de software e titulares de bases de dados, direitos da propriedade industrial e práticas anticompetitivas).

São princípios do TRIPS:

- a) o **princípio do tratamento nacional**, segundo o qual aos nacionais dos Estados-Membros conceder-se-á tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais (art. 3º);
- b) o **princípio do tratamento da nação mais favorecida**, segundo o qual toda a vantagem, privilégio ou imunidade que um membro conceda a seus nacionais deva ser extensivo, imediata e incondicionalmente aos nacionais dos demais membros (art. 4º);
- c) o **princípio da prevenção de abusos**, segundo o qual facultam-se aos Estados-Membros a aplicação de medidas apropriadas para prevenir o abuso dos direitos da propriedade intelectual por seus próprios titulares ou coibir as práticas que limitem de maneira injustificada o comércio ou prejudique a transferência internacional de tecnologia (art. 8º, 2);
- d) o **princípio da exaustão de direitos**, segundo o qual, em nome da liberdade do comércio, os titulares de direitos de propriedade intelectual esgotam o exercício desses direitos na primeira utilização pública consentida, não mais podendo impedir que terceiros, a partir daí, as explorem, desde que respeitadas a respectiva remuneração (art. 6º);
- e) o **princípio da obrigatoriedade ou adesão sem reservas**, segundo o qual nenhum Estado poderá integrar a OMC com condicionantes ou reservas em nome da unidade do sistema (art.

2º, 2 e 3 da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT);

- f) o **princípio da cooperação técnica e financeira** aplicável aos países em desenvolvimento, segundo o qual os países desenvolvidos comprometem-se a prestar assessoria na preparação de leis e prevenção de abusos em matéria de propriedade intelectual, incluindo apoio técnico e financeiro para a criação ou ampliação de escritórios e entidades nacionais competentes na matéria (art. 67º).

No que tange aos direitos de autor e conexos, a grande novidade trazida por TRIPS foi a definição do tipo de proteção buscada pela indústria da informática sobre os programas de computador. Durante anos discutiu-se, em nível mundial, se programas de computador deveriam ser protegidos à luz do direito sobre patentes, ou das leis do comércio em geral, dado o seu caráter nitidamente utilitário e auxiliar da indústria e do comércio. Entretanto, os prazos de proteção não excedentes a quinze anos não agradava à então nascente, ágil e influente indústria do software cuja pressão levou ao reconhecimento em TRIPS, dos programas de computadores como “*obras literárias em virtude da Convenção de Berna (1971)*”, o que equivale dizer, que foram artificialmente alçados a uma condição não condizente com sua essência, e a uma proteção mínima de cinquenta anos.

A reboque dos programas de computador vieram as determinações de que as compilações de dados “*ou de outro material, legíveis por máquina ou em outra forma, que em função da seleção ou da disposição de seu conteúdo constituam criações intelectuais, deverão ser protegidas como tal. Essa proteção, que não se estenderá aos dados ou ao material em si, se dará sem prejuízo de qualquer direito autoral subsistente nesses dados ou no material*”. (art. 10, 2.)

Foram também introduzidos na legislação internacional os direitos de arrendamento, ou aluguel para programas de computador, o que acabou atendendo à antiga reivindicação das obras cinematográficas, também contempladas. Esse direito, foi recepcionado no Brasil pelas Leis n.ºs. 9.609 e 9.610 de 10/2/98, aplicando-se ao aluguel comercial de programa de computador, às obras audiovisuais, às fonográficas ou a qualquer outra, como corolário dos direitos agora reconhecidos de distribuição.

No restante, TRIPS não inova nem revoga as disposições de Berna.

No que tange aos direitos conexos aos de autor (art. 14º) o Acordo: a) relativamente aos artistas intérpretes ou executantes, ignora qualquer referência ao uso secundário de interpretações ou execuções fixadas com autorização do artista e limitada a certas mídias e finalidades, restringindo as possibilidades de autorização prévia. Limita-se a repetir a expressão facultade de impedir garantida aos artistas em relação à fixação ou reprodução de suas atrações sem seu consentimento, incluindo meios com ou sem fio, ou a exibição direta; b) com relação aos produtores de fonogramas, repete o artigo 10º de Roma, segundo o qual os produtores de fonogramas terão o direito de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta de seus fonogramas; c) com relação às empresas de radiodifusão, resume Roma: terão o direito de proibir a fixação, a correspondente reprodução e a retransmissão com ou sem fio das emissões, bem como a comunicação ao público das suas emissões de TV se não consentidas. Como nem todos os países prevêm esses direitos às empresas de radiodifusão, TRIPS obriga a que esses mesmos países garantam aos autores ou a titulares de direitos de autor a possibilidade de impedir essas emissões e transmissões com conteúdo desautorizado por estes. Em outras palavras, nos países que não reconhecem os direitos conexos de radiodifusão, a transmissão por sinais de obras protegidas não autorizadas, por parte de quem detém a titularidade, poderá ser obstada tanto pela empresa de radiodifusão quanto pelos autores, seja do texto, da música, da imagem fotográfica, etc.

#### **d) Outras Normas Internacionais Destinadas à Difusão de Obras por novos meios incluindo os digitais – WCT e WPPT**

Não obstante as seis disposições genéricas e de conteúdo sobre direitos de autor e conexos existentes no acordo TRIPS, a OMPI, atendendo às exigências dos novos meios de difusão de obras intelectuais, como a Internet, houve por bem patrocinar dois novos tratados multilaterais sobre direitos de autor (WIPO Copyright Treaty, ou WCT) e sobre interpretação e execução de Fonogramas (WIPO Performances and Phonograms Treaty, ou WPPT), ambos em 1996. A própria OMPI os intitula “tratados da OMPI sobre Internet”, como resposta aos desafios lançados pelas novas tecnologias digitais.

Em seu artigo 2º, o WCT repete o conceito geral do TRIPS sobre direitos de autor: a proteção ao direito de autor abarcará as expressões mas não as idéias, os procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos em si. Reafirma Berna e abre espaço aos programas de

computador e à compilação de dados (arts. 3º, 4º e 5º). Inclui entre os direitos exclusivos do autor os direitos de distribuição de sua obra.

Mas é a disposição contida no artigo 6º, 2, sob a exaustão dos direitos patrimoniais de autor, a mais importante: nada no presente Tratado afetará a faculdade de as Partes Contratantes determinarem as condições se previstas, em que se aplicará o esgotamento do direito exclusivo de autorizar a disponibilização ao público do original e dos exemplares de suas obras através da venda ou de outro modo de transferência de propriedade, depois de ocorrida essa primeira venda ou outra transferência de propriedade do original ou de um exemplar da obra com autorização do autor.

Prevê o direito de locação a programas de computador, obras cinematográficas e obras incorporadas em fonogramas (art. 7º) e amplia os direitos de comunicação pública, frente a Berna (art. 8º).

Na questão das limitações, reserva-as às legislações domésticas dos países e a casos especiais, condicionando-as a que não causem desvio na exploração normal da obra, nem prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

E no artigo 12º conclama as partes contratantes a proporcionarem recursos jurídicos efetivos contra qualquer pessoa que, com conhecimento de causa, induza, permita, facilite ou oculte uma infração relativa à adulteração sobre gestão de direitos, ou que distribua ou importe para distribuição exemplares de obras nessas condições. Essas informações sobre gestão são as que identificam a obra ou o seu autor, ou titular, datas e locais de origem das mesmas.

A adesão ao Tratado não admite reservas.

O WPPT também preserva as demais convenções existentes sobre o assunto (Berna e Roma) e inclui normas sobre a radiodifusão de fonogramas e sua comunicação pública.

Após reiterar o princípio do tratamento nacional, no art. 5º reconhece direitos morais aos artistas intérpretes e executantes, uma conquista pioneira entre tratados dessa natureza.

Com efeito, dispõe que: “1) *Independente dos direitos patrimoniais do artista intérprete ou executante, e mesmo após a cessão desses direitos, o artista intérprete ou executante, conservará, com relação a suas interpretações ou execuções sonoras ao vivo, ou suas interpretações ou execuções fixadas em fonogramas, o direito a reivindicar ser identificado como o artista intérprete ou executante de suas interpretações ou execuções exceto quando a omissão seja ditada pela maneira de utilizar a interpretação ou execução, e o direito a opor-se a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação de suas interpretações ou execuções que cause prejuízo a sua reputação;*2) *Os direitos reconhecidos ao artista intérprete ou executante de conformidade com o parágrafo antecedente serão mantidos depois de sua morte, ao menos até a extinção de seus direitos patrimoniais, e exercidos pelas pessoas ou instituições autorizadas pela legislação da Parte Contratante em que se reivindique a proteção. As Partes Contratantes cuja legislação em vigor no momento da ratificação do presente Tratado ou da adesão ao mesmo não contenha disposições relativas à proteção depois da morte do artista intérprete ou executante de todos os direitos reconhecidos em virtude do parágrafo precedente, poderão prever que alguns desses direitos não serão mantidos depois da morte do artista intérprete ou executante.*”

Estende também aos artistas os direitos de autorizarem com exclusividade a reprodução e a distribuição de suas obras (arts. 7º e 8º) e a autorizar e participar de uma remuneração equitativa no caso de aluguel de exemplares que contenham suas interpretações ou execuções.

Estabelece os mesmos direitos de TRIPS aos produtores de fonogramas (reprodução, distribuição e aluguel) e introduz o chamado direito exclusivo de disponibilização ao público de seus fonogramas (que não se confunde com a comunicação pública deles) seja por “fio” seja sem fio, de tal modo que as pessoas do público possam ter a eles acesso no local e momento que o desejarem (art. 14º).

Rege disposições comuns a artistas e produtores de fonogramas (art. 15º) sobre seus respectivos direitos a uma remuneração equitativa e única em virtude da radiodifusão ou comunicação ao público dos fonogramas publicados com fins comerciais. No mais, repete o WCT.

Muito embora nem ao WCT nem ao WPPT tenha, ainda, aderido o Brasil, várias de suas disposições foram recepcionadas pela Lei nº 9.610/98 como os arts. 80, 86, 87, 90, 92, 93 e 94.

### **e) Mídia digital e a lei estadunidense**

No processo de adaptação das legislações nacionais às convenções multilaterais sobre a chamada propriedade intelectual dos direitos de autor e vizinhos, assimilados por força de lei, o Congresso dos Estados Unidos, em 08 de outubro de 1998 aprovou lei interna que modificou o Título 17 do Código norte-americano, que passou a ser conhecido com a lei do direito de cópia digital do milênio (*Digital Millennium Copyright Act*), ou, oficialmente, como a lei destinada à *implementação do Tratado de Direito de Autor e do Tratado sobre interpretações e Fonogramas da OMPI e a outros propósitos*.

Contém cinco títulos. Trata o primeiro da implementação propriamente dita dos tratados WCT e WPPT com alterações na lei estadunidense de direitos autorais; dos sistemas de proteção e gerenciamento de informações sobre os direitos autorais, e noções de engenharia reversa relacionada a programas de computador; das sanções civis e penais a violações, e da avaliação do impacto do comércio eletrônico e desenvolvimento tecnológico frente às leis autorais.

Trata o segundo da responsabilidade de provedores de Internet sobre material protegido pelo direito autoral em uso na rede (*on line copyright infringement liability limitation*). Trata o terceiro das limitações ao direito de cópia no caso de manutenção ou reparo de computador.

O quarto título, sobre provisões variadas, estabelece novas regras de registro, tanto de obras autorais como de marcas e patentes, das gravações efêmeras de programas, de limitações no caso de educação à distância e de exceções ao acervo de bibliotecas e arquivos públicos, no que se refere a fonogramas, e a regras contratuais referentes à transferência de direitos de obras cinematográficas. O quinto e último título refere-se à regulamentação interna dos desenhos industriais originais.

Essa regulamentação, por ser pioneira e global sobre mídia digital deverá influenciar a criação de leis semelhantes em países de todo o mundo.

### **f) Comunidade Européia e a Diretiva sobre direitos autorais**

Por seu turno, a Comunidade Européia, através da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, datada de 21 de maio

de 2001 tratou de harmonizar *certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação ,à união dos países europeus mantendo a tradição de extremo respeito à legislação interna de cada país membro, e com vistas a um enquadramento legal flexível que estimule o desenvolvimento e a comercialização de novos produtos e serviços bem como a criação e a exploração de seu conteúdo criativo na sociedade da informação na Europa.*

Segundo o item 3 de seu considerando, a harmonização proposta deve contribuir para a implementação das quatro liberdades do mercado interno e enquadra-se no respeito dos princípios fundamentais do direito e, em particular, da propriedade – incluindo a propriedade intelectual – da liberdade de expressão e do interesse geral.

Na esteira do TRIPS, reafirma a proteção jurídica aos programas de computador e a bases de dados, ao direito de aluguel (e de comodato) e dos direitos conexos em matéria de propriedade intelectual , dos direitos de autor e conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

O direito de reprodução passa a ser desdobrado em reprodução direta ou indireta, reprodução temporária ou permanente por quaisquer meios e sob qualquer forma. Como sempre, o direito exclusivo de autorizar uma reprodução é reservado aos autores para suas obras, e para os artistas intérpretes ou executantes em relação às suas atuações fixadas, e aos produtores de fonogramas em relação aos seus fonogramas. A inovação fica por conta da proteção aos organismos de radiodifusão não mais em relação às suas transmissões, que continuam garantidas, mas às fixações das suas radiodifusões transmitidas por fio, sem fio, cabo ou satélite, e por conta de produtores ou empresas cinematográficas em relação às primeiras fixações de seus filmes, protegendo, obviamente, original e cópias.

Por direito de comunicação ao público, a Diretiva abarca qualquer meio físico ou mídia, com fio ou sem fio, o que inclui meios eletrônicos e digitais, e por consequência, a disponibilização ao público nos pontos terminais de acesso que tanto pode ser um rádio, uma TV, um computador, um alto falante, um telão, e outros. Na linguagem do legislador europeu, a colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido (art. 3º, 1).

Institui também o direito de distribuição ao público do original ou das cópias autorizadas para venda ou outro meio de comercialização.

O direito de esgotamento, ou da exaustão dos direitos de exclusividade ou de autorização prévia de que gozam os autores, é abordado de duas formas:

- a) existente e efetuado a partir da primeira transferência da propriedade ou venda das obras, no território da comunidade e com o consentimento de seu titular;
- b) inexistente em caso de comunicação ao público que não implique venda ou transferência de qualquer direito, vale dizer que toda e qualquer comunicação pública de obra não contida nos direitos de distribuição não se esgotam com a comunicação pública dependente sempre da prévia e expressa autorização do autor ou do titular do direito para sua utilização.

Trata também a Diretiva de exceções e limitações aos direitos da propriedade intelectual, que se considera exaustiva.

A primeira delas diz respeito as reproduções temporárias que, diferentemente das permanentes, estão isentas de prévia autorização, desde que:

- a) constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico;
- b) seu uso seja legítimo e permitam uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário;
- c) não tenham significado econômico.

Com relação aos demais direitos de reprodução, a Diretiva faculta aos Estados-Membros a liberação de reproduções em papel ou suporte semelhante, através de técnica fotográfica ou assemelhada, desde que os titulares dos direitos recebam uma compensação equitativa. Partituras musicais estão fora dessa liberação não podendo, em nenhum caso, serem reproduzidas sem autorização prévia de seu autor e titulares de direitos.

Constituem também limitações ao direito exclusivo de reprodução as feitas por bibliotecas, escolas, museus ou arquivos que não visem vantagens econômicas; em relação às gravações efêmeras de obras, as realizadas por organismos de radiodifusão que se revistam do caráter de documentário e cuja conservação possa estar a cargo de arquivos oficiais; e em relação às reproduções de transmissões radiofônicas, as patrocinadas por instituições sociais com objetivos não comerciais (exemplos: hospitais e prisões) e desde que haja uma retribuição equitativa aos autores.



Demais casos de limitações (art. 5º, 3) por terem caráter restritivo aos direitos dos autores, serem taxativos e não exemplificativos, e representarem uma contrapartida social a esse direito, valem a pena ser transcritos: *Os Estados-Membros podem prever exceções ou limitações aos direitos previstos nos artigos 2º e 3º nos seguintes casos: a) Utilização unicamente com fins de ilustração para efeitos de ensino ou investigação científica, desde que seja indicada, exceto quando tal se revele impossível, a fonte, incluindo o nome do autor e, na medida justificada pelo objetivo não comercial que se pretende atingir; b) Utilização a favor de pessoas portadoras de deficiências, que esteja diretamente relacionada com essas deficiências e que apresente caráter não comercial, na medida exigida por cada deficiência específica; c) Reprodução pela imprensa, comunicação ao público ou colocação à disposição de artigos publicados sobre temas de atualidade econômica, política ou religiosa ou de obras radiodifundidas ou outros materiais da mesma natureza, caso tal utilização não seja expressamente reservada e desde que se indique a fonte, incluindo o nome do autor, ou utilização de obras ou outros materiais no âmbito de relatos de acontecimentos de atualidade, na medida justificada pelas necessidades de informação desde que seja indicada a fonte, incluindo o nome do autor, exceto quando tal se revele impossível; d) Citações para fins de crítica ou análise, desde que relacionadas com uma obra ou outro material já legalmente tornado acessível ao público, desde que, exceto quando tal se revele impossível, seja indicada a fonte, incluindo o nome do autor, e desde que sejam efetuadas de acordo com os usos e na medida justificada pelo fim a atingir; e) Utilização para efeitos de segurança pública ou para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais; f) Citações para fins de crítica ou análise, desde que relacionadas com uma obra ou outro material já legalmente tornado acessível ao público, desde que, exceto quando tal se revele impossível, seja indicada a fonte, incluindo o nome do autor, e desde que sejam efetuadas de acordo com os usos e na medida justificada pelo fim a atingir; g) Utilização em celebrações de caráter religioso ou celebrações oficiais por uma autoridade pública; h) Utilização de obras, como, por exemplo, obras de arquitetura ou escultura, feitas para serem mantidas permanentemente em locais públicos; i) Inclusão episódica de uma obra ou outro material protegido noutra material; j) Utilização para efeitos de publicidade relacionada com a exibição pública ou venda de obras artísticas na medida em que seja necessária para promover o acontecimento, excluindo qualquer outra utilização comercial; k) Utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche; l) Utilização relacionada com a demonstração ou reparação de equipamentos; m) Utilização de uma obra artística sob a forma de um edifício, de um*

*desenho ou planta de um edifício para efeitos da sua reconstrução; n) Utilização por comunicação ou colocação a disposição, para efeitos de investigação ou estudos privados, a membros individuais do público por terminais destinados para o efeito nas instalações dos estabelecimentos referidos na alínea c) do nº 2, de obras e outros materiais não sujeitos a condições de compra ou licenciamento que fazem parte das suas coleções; o) Utilização em certos casos de menor importância para os quais já existam exceções ou limitações na legislação nacional desde que a aplicação se relacione unicamente com a utilização não-digital e não condicione a livre circulação de bens e serviços na Comunidade, sem prejuízo das exceções e limitações que constam do presente artigo.*

Como TRIPS, a Diretiva, em resumo, autoriza os Estados Membros a criarem outras exceções aos direitos dos autores através de lei, tendo em vista na análise da hipótese concreta, a fórmula dos três passos: 1) que não seja o objetivo principal da obra a reprodução; 2) que não prejudique a normal exploração dela, isto é, que com ela não concorra em termos comerciais; 3) que não cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. Repete, outrossim, medidas de proteção em relação ao próprio suporte, sujeitas a alterações não autorizadas por intervenção nos mecanismos de controle tecnológico, em relação às informações necessárias, à boa e eficaz gestão coletiva de direitos, e às sanções e vias de recurso.

De todo o exposto, infere-se que a proteção internacional aos direitos de autor e vizinhos, enormemente alargada pelo avanço tecnológico da última década, facilitador de reproduções não autorizadas, seja pela democratização do uso da Internet, seja pela fabricação de produtos de duplicação de fácil manuseio e acesso pelo público em geral, tem, de um lado a preocupação de impulsionar as artes, a ciência e os meios de difusão da cultura e do conhecimento, e de outro, garantir aos autores e titulares, a retribuição por seu investimento ou seu esforço criativo, e garantias contra qualquer prejuízo de ordem material e moral advindos do uso não consentido, ou o mau uso de sua obra.

## **2) Vigência Interna dos Tratados Internacionais.**

Tratado é a fonte de direito internacional, negócio jurídico celebrado entre Estados que pode vir a se transformar em lei interna.

Os tratados, internacionalmente, iniciam-se através de reuniões e conferências internacionais, que se repetem até a redação de um documento

final assinado por todas as partes integrantes, como um registro de intenções. A fase seguinte, já em nível nacional, é a da ratificação, que no Brasil é privativa do Presidente da República, via Decreto publicado em Diário Oficial. Entretanto, para que tenha eficácia interna, há que se submeter à aprovação do Congresso Nacional por meio de Decreto Legislativo. A partir daí equivalerá a uma lei interna, desde que promulgada e também publicada em Diário Oficial.

Patrícia Ferreira Machado<sup>23</sup>, a propósito, ensina que o tratado não se confunde com as leis internas, “mesmo que os dispositivos sejam os mesmos. Assim, o tratado não se incorpora às leis internas do país de imediato e automaticamente. Na verdade, o tratado poderá se transformar em lei comum ordinária. O Estado cumpre o tratado internacional e o povo obedece à lei. Tanto é que se, por alguma razão, o tratado que deu ensejo à criação de leis internas for revogado, estas leis que já estão incorporadas no Direito local continuam em vigor. Da mesma forma, o tratado não se revoga por lei interna. Então, se a lei oriunda do tratado for revogada, o tratado internacional continua vigorando, apenas deixa de ser conduta interna observável. Leis internas e tratados internacionais têm mecanismos próprios e distintos de revogação”.

Como a Constituição da República não traz nenhuma disposição relativa ao conflito entre tratados e leis, ficou a cargo da jurisprudência, preencher a lacuna, o que ocorreu em três acórdãos distintos, linhas mestras na aplicação interna de normas internacionais.

A primeira decisão foi a proferida no **Recurso Extraordinário n.º80.004 julgado em 01/06/1977** pelo Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Ministro Cunha Peixoto, e que versava sobre a validade do Decreto-lei n.º427/69 frente à Convenção de Berna. A ementa é a seguinte: *“Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias – Aval oposto à nota promissória não registrada no prazo legal – Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei n.º427 de 22.1.69. Embora a convenção de Genebra que previu uma Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no Direito Interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei n.º427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do*

---

<sup>23</sup> “A Constituição e os Tratados Internacionais”, pp.17/18

*Direito Cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido.”*

Nele se discutiu, como matéria de fundo, a situação dos tratados internacionais frente ao direito positivo interno e as correntes doutrinárias, e opostas, que as sustentavam: a monista, liderada por Kelsen, segundo o qual os efeitos internos de tratado internacional ratificado e o de uma lei eram os mesmos, e a dualista liderada por Triepel, segundo o qual o trâmite legislativo observado para a conversão em lei de convenção internacional, e seus efeitos, diferiam das chamadas leis em sentido estrito.

O Ministro Leitão de Abreu, partidário da teoria dualista, em seu voto, não acolheu “em face do nosso Direito Positivo, onde não vislumbro norma constitucional que haja consagrado, em sua plenitude, quanto às relações de incompatibilidade entre tratado e lei, o princípio *lex posterior derogat priori*, a opinião de que, em sentido próprio, o Decreto-Lei n.º427, naquilo em que com ela conflita, revogou a Convenção de Genebra. [.....] Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio *lex posterior revogat priori*. A orientação, que defendo, não chega a este resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Contanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstado pela aplicação que os Tribunais são obrigados à fazer das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as norma do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas”.

Em sentido contrário, e defendendo o princípio monista, afirmava o Ministro Cordeiro Guerra : “A opinião dominante quanto às relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno é ainda a sustentada por Triepel ( *Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International, Recueil des Cours de I* , ‘Académie de Droit International de la Haye, 1923, ps. 77 – 121) e Anzilotti ( *Corso di Diritto Int.* , p.30). De acordo com ambos o Direito Internacional e o Direito Interno constituem duas ordens jurídicas distintas e independentes, a cuja normas não são comuns nem a motivação da sua validade, nem os destinatários dos seus mandamentos. Da completa

independência das duas ordens jurídicas segue-se, necessariamente, que o Direito Interno, ainda no caso de haver sido editado em violação do Direito Internacional, não deixa de vincular assim os indivíduos sujeitos à incidência das suas normas, como os órgãos do Estado a que o sistema constitucional atribui a função de aplicar a lei. Mesmo no caso em que a Constituição manda incorporar ao Direito Interno as normas do Direito Internacional ou as disposições dos tratados, a recepção do Direito Internacional no quadro do Direito Interno não significa que o Corpo Legislativo fique impedido de editar novas leis contrárias ao disposto nos tratados. O único efeito de recepção do Direito Internacional, no quadro do Direito Interno é de dar força às normas jurídicas assim como incorporadas à legislação. Nesse caso, os tratados valerão como lei e nessa qualidade serão aplicados pelos Tribunais, da mesma maneira, na mesma extensão, e com a mesma obrigatoriedade próprias à aplicação do Direito Interno.”

Em 1995, o Superior Tribunal de Justiça, no Julgamento do **Recurso Especial n.º 58.736 (MG)**, autos n.º 95.0000670-7, sendo o Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, encarou a questão de uma outra maneira, nos moldes do §2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, em que a lei nova não revoga nem modifica a anterior. É a ementa: “ *Lei-Tratado. O Tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal.*”

*Aplicação dos princípios, pertinentes à sucessão temporal das normas, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superviniente, caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado.*

*Subsistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no código de Defesa do Consumidor”.*

E, finalmente, em julgamento de matéria autoral, em sede do **Recurso Especial n. 74376/RJ**, autos n.º 95/0046406-3, sob a égide da anterior lei 5988/73, o Superior Tribunal de Justiça, em sessão de 09/10/1995, sendo relator o Ministro Eduardo Ribeiro, consagrou, definitivamente a tese monista, como prova a ementa: “*O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo. Direito do Autor. A obrigação assumida pelo Brasil de proteção do direito autoral, no campo internacional, não significa deva ser outorgada aquela que tem o autor em seu país, mas que será dispensado o mesmo tratamento concedido aos sob sua jurisdição”.*

Trecho do voto do Ministro Relator merece destaque, pela importância que tem ao definir a controvérsia: “Sabidamente controvertida a questão relativa à existência ou não de hierarquia entre a lei ordinária e o tratado. O melhor entendimento, consoante nossa ordem constitucional, é o de que não se situam em níveis distintos. Incide, desse modo, no direito interno, a regra de que a lei posterior revoga a anterior. Questão diversa é a responsabilidade internacional, derivada do descumprimento do compromisso a que o país se vinculou. Essa doutrina acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 80.004, e sustentada por Francisco Rezek em seu Direito dos Tratados (Forense-1984-p.464 e seguintes).[...] Funda-se a recorrente em que a obra se encontra protegida nos Estados Unidos, onde produzida. Assim, também no Brasil haveria de gozar de proteção, nos mesmos termos, tendo em vista a norma citada da Convenção de Washington. Considero que há um equívoco. Pelo dispositivo invocado, os Estados se obrigam a conferir proteção a obra registrada em outro Estado contratante, sem necessidade de qualquer formalidade. Isso não negou o acórdão. O Brasil há de outorgar proteção ao direito. Não, entretanto, nos mesmos termos em que o faz o Estado em que efetuado o registro. O direito será reconhecido e protegido, dando-lhe o mesmo tratamento que se dispensa aos autores sob jurisdição brasileira. Dentro desse espírito a disposição do art.48,III da Lei 5.988/73. Note-se, ainda, que a autora é sediada no Brasil”.

#### **a) jurisdição**

Superada a questão da vigência interna de norma internacional, qual o órgão jurisdicional competente para decidir questão vinculada à ocorrência de violação de direito autoral ocorrida em um país por nacional de outro? Quando houver foro de eleição em contrato, prevalece a vontade das partes, mas se a demanda fundar-se em suposto ato ilícito, o foro de competência é o local de ocorrência da violação, de acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal em ação movida por autor estrangeiro contra dois autores brasileiros. É a ementa, seguida de trecho do voto do Relator Ministro Antonio Neder: *"1. No procedimento de exequatur a carta rogatória é admissível discussão a respeito de matéria de ordem pública (L.I.C.C.B., art. 17; Regimento Interno do STF, arts. 211 e 219). 2. Ação indenizatória de ato ilícito praticado no Brasil e proposta noutro país. Por força do princípio da lex loci delicti, que é de ordem pública, deve ser ajuizada neste nosso País. O direito brasileiro sobre a matéria. 3. Decisão que revogou exequatur. 4. Agravo regimental a que o Plenário do Supremo Tribunal Federal nega provimento. Votação uniforme. [...] Se a canção foi escrita, musicada e gravada no Brasil, e se posteriormente foi ela traduzida e gravada na Argentina, é de se concluir que se trata de ato praticado no*

Brasil; tratando-se de ato ilícito, na opinião do Autor argentino da demanda, esse ato ilícito foi praticado no Brasil, e, por isso, a competência para julgá-lo é da Justiça brasileira, visto que o direito brasileiro se acha filiado ao princípio da "lex loci delicti"; que, entre nós, é de "ordem pública." (STF - Carta Rogatória nº 3.119-0, Agravo Regimental, Tribunal Pleno, Agravante: Fausto Frontera, Agravados: Roberto Carlos Braga e Erasmo Esteves (Erasmo Carlos), j. 09.10.80, ementário nº 1.190-1).

### **3. O Direito Autoral Nas Constituições Brasileiras**

#### **a) retrospectiva**

A primeira Carta constitucional do país, a Constituição do Império, de 1824, a despeito de sua notável importância histórica, e como instrumento de estabilidade política, não contemplou os direitos dos criadores de obra literária, artística e científica. A matéria ainda não havia adquirido a importância que lhe dariam as Constituições posteriores.

A primeira das Constituições a garanti-los foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24/2/1891, na seção dedicada à Declaração de Direitos. A disposição consubstanciada em seu artigo 72, parágrafo 26, é o germen do arcabouço jurídico que definiu os direitos autorais em todos os anos posteriores. Assim dispunha: Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. Encontram-se aí fincadas as três principais características da matéria: o conceito de obra associado ao de reprodução mecânica, o de exclusividade do autor, e o da sua transmissibilidade. Paralelamente, garantiu aquela declaração de direitos o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial (art.72, parágrafo 24) , e assegurou a livre manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura (art.72, parágrafo 12). As liberdades públicas e os direitos de autor caminharam , lado a lado, e desde o início, como institutos afins e complementares.

A recepção dos direitos de autor pela Constituição de 1891 não foi obra do acaso. É que entre 1824 e 1891 aconteceu a reunião internacional que resultou na Convenção da União de Berna, o primeiro instrumento normativo internacional a tratar da proteção das obras literárias e artísticas,

e que acabou por influenciar todas as constituições e legislações especiais dos países do mundo ocidental.

As três liberdades fundamentais contidas no parágrafo 26 do art. 72 da Constituição de 1891 mantiveram-se intactos até a Emenda Constitucional de 1969. E sob seu fundamento foi publicada a primeira lei brasileira sobre direitos de autor, a Lei nº 496 de 1º/08/1898, a única a definir o instituto (art.1º): *os direitos de autor de qualquer obra literária, científica ou artística consistem na faculdade, que só ele tem, de reproduzir ou autorizar a reprodução do seu trabalho pela publicação, tradução, representação, extensão ou de qualquer outro modo.*

Nossa primeira Constituição pós-guerra, a de 16 de julho de 1934, foi reflexo de grandes transformações sociais em todo o Ocidente. A automação do mundo e o processo de industrialização crescente não afetaram o tratamento da matéria, se não para reafirmá-la. A exclusividade dos autores sobre a reprodução de suas obras intelectuais, permaneceu tal como enunciada na Carta anterior, em redação mais técnica: 20) Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de reproduzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar. (art. 113)

Entre 1891 e 1934 tivemos a promulgação da Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916, alterada pela Lei nº 3.725 de 15 de janeiro de 1919, o Código Civil Brasileiro. Os seus artigos 649 a 673 regeram a matéria infra-constitucionalmente. Somente em 1998, com o advento da Lei nº 9.610/98, foram expressamente revogados. Até 1973 vigoraram as disposições do Código Civil compatíveis com as normas da primeira lei especial, a Lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973, de acordo com o artigo 134 desta. Na história das nossas Constituições, ressalta a completa omissão do tema na Carta de 10 de novembro de 1937. Como seu principal objetivo era a estrutura política do Estado, omitiu-se nela qualquer referência à propriedade imaterial. A preocupação do Estado Novo, autoritário e censor, era com respeito à liberdade de manifestação do pensamento por escrito, impresso ou por imagens (item 15, do art. 122). Foi a Carta de 37 que instaurou, a pretexto de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, *“a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação”* (art. 122, 15, a).

Ora, suprimida a liberdade de expressão, suprimida foi a garantia fundamental de os autores fazerem jus ao resultado de sua criação, o que era coerente com o panorama político da época, de ameaça às liberdades



públicas, figurando artistas e intelectuais como próceres da oposição. Não que durante esse período a literatura ou as artes não tivessem florescido ou mesmo a indústria editorial ou fonográfica arrefecido. O que se deduz é que o direito fundamental e exclusivo de autores e titulares de direitos ao produto de sua criação acabou sendo sacrificado do mesmo modo como a liberdade de expressão. Entretanto, imperavam as leis civis de proteção e a ausência do texto constitucional só causou prejuízos à atividade criativa de artistas e intelectuais, e não à garantia ao resultado econômico na difusão de suas obras. Como o direito à propriedade continuava garantido no item 14 do artigo 122, da então Carta vigente, e o Código Civil dispunha sobre a matéria como propriedade literária, artística e científica, o direito existia, mas não como garantia fundamental e constitucional.

Foi a Carta Magna de 18 de setembro de 1946 que recolocou as coisas, ou os institutos, em seus devidos lugares, isto é, voltando a garantir o direito exclusivo dos autores nas reproduções das obras literárias, artísticas e científicas (art. 141, parágrafo 19), como um direito próprio e fundamental da pessoa humana. No plano internacional, no dia 10/12/48, a ONU proclamava a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em seu artigo XXVII, ficou o princípio universalmente assente.

A Constituição de 17 de outubro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº1 de 17 de outubro de 1969, não significou um retrocesso na questão do direito autoral como o foi em outros campos do direito e das liberdades. Com relação a esse direito, manteve intacto o conteúdo do texto anterior, garantindo aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de utilizá-las, e a sua transmissibilidade regulada por lei especial (art. 153, § 25).

Com o advento da Constituição da República de 1988 a proteção aos autores foi consolidada, sendo as seguintes as disposições relativas aos direitos de autor e conexos existentes na constituição em vigor: Art 5º : Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados , nos termos da lei: **a)** a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; **b)** o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

**b) a disposição do inciso XXVII do art. 5º**

Analisando a disposição do inciso XXVII do artigo 5º, nota-se que a redação do inciso mistura e repete os conceitos de utilização, reprodução e publicidade. As três expressões poderiam ser substituídas simplesmente por utilização pública por qualquer meio ou processo. Deixou de registrar, pela primeira vez uma Constituição Brasileira, a expressão literária, artística e científica adotada desde o início da República, preferindo o termo genérico obras para definir amplamente o objeto da propriedade intelectual.

A razão se encontra, na já existente tendência globalizante internacional que culminou com o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC ou TRIPS), de absorver e reconhecer como obras intelectuais protegidas também os programas de computador e a base de dados.

A retirada da expressão literária, artística e científica do texto Constitucional significa que obras estéticas representam, hoje, apenas uma das categorias das obras intelectuais protegidas. O princípio e as garantias constitucionais projetam um espectro mais amplo de proteção, fora do âmbito da Lei Especial, a Lei nº 9.610/98 e de outras atinentes à matéria.

Na interpretação do texto constitucional, examinadas sua literalidade e alcance, encontram-se referências a:

- a) personalidade da autoria:** o texto como está na atual Carta reforça a pessoa do autor, na qualidade de sujeito de direito da relação jurídica autoral. O legislador preferiu a expressão autor, com conotação pessoal, à expressão titular do direito autoral (titularidade pressupõe ato de transmissão de direitos do criador da obra a outra pessoa física ou jurídica). A proteção constitucional está, pois, nitidamente voltada ao criador da obra, enquanto pessoa humana. Reflexo desse mandamento encontra-se no artigo 11 da lei de 1998 que, inovando em relação às normas anteriores, define autor como sendo a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.
- b) exclusividade:** o princípio da exclusividade assegurado desde a Constituição de 1891, por influência de Berna é, por excelência, um princípio unionista. A exclusividade constitucional traduz-se pela necessidade de se obter prévia autorização do criador da obra para utilizá-la publicamente. O direito ao exclusivo se estende tanto à parte que adquira os direitos de reprodução para oferta

pública de comercialização, quanto a terceiros que desejem fruir da obra. Recorre-se à exclusividade como uma defesa do autor em relação às facilidades tecnológicas crescentes de reprodução e difusão das obras, e às dificuldades paralelas em sua fiscalização.

- c) **garantia individual de tutela** : quando o legislador constitucional confere aos autores o direito exclusivo de utilização de suas obras, está também impondo limites a esse amplo e absoluto direito. O que quer o legislador garantir ao autor é o direito e a exclusividade na exploração daquela determinada obra que criou, produziu e fixou em suporte, tangível ou intangível, e em relação à qual só ele pode autorizar reproduções. Qualquer outra obra que não seja cópia extraída de exemplar de sua obra, ou obra derivada da sua, trata-se de outra obra criada por outro autor, a quem o legislador confere os mesmos direitos de exclusividade na reprodução e comercialização. Esse direito, portanto, não se irradia a obras criadas por outros autores porque a capacidade criadora da mente humana vai até o limite do direito e da capacidade criadora do outro ser humano. Daí tratar-se de privilégio, e não de monopólio.
  
- d) **utilização pública**: o legislador constitucional garante e vincula a percepção dos direitos patrimoniais em todos os modos e formas de uso público de uma obra protegida como a reprodução, a transmissão, a representação ou a execução das obras, entre outras formas de utilização pública. Garante-se constitucionalmente ao autor não só direitos ao exemplar único, à matriz, ao piloto de sua criação, mas a todas as cópias que forem feitas a partir da matriz original, e a todas as emissões, transmissões, retransmissões e reutilizações dela ou de suas cópias na sua apresentação ao público.
  
- e) **transmissibilidade a termo da fruição**: a transmissibilidade do direito autoral é limitada no tempo aos herdeiros e sucessores do autor. Diferentemente da propriedade em geral, ilimitada no tempo, a obra autoral tem um tempo certo de uso e gozo por parte do próprio criador ou de seus herdeiros por um motivo tão simples quanto verdadeiro: o autor é fruto de seu meio e de seu tempo, e a obra resulta de tudo que lhe penetrou os sentidos. Contou, portanto, com a colaboração, direta ou indireta, da coletividade em seu processo criativo, e a esta também caberá fruí-la livremente, esgotado o prazo de proteção. O autor devolverá, então, ao domínio público, ao domínio comum da humanidade, o uso e gozo de sua

obra, uma vez que dela retirou os elementos com que a criou e confeccionou.

### **c) análise do inciso XXVIII do art. 5º**

No exame do inciso XXVIII, letra “a”, do art. 5º da Constituição da República, observamos que o legislador constitucional assegura, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas. Neste caso, contempla tanto aquelas obras organizadas por uma pessoa física ou jurídica, resultado de diversas fusões ou associações de obras individualizadas, como as obras dos artistas e intérpretes, titulares dos chamados direitos vizinhos, ou conexos, aos de autor.

O intérprete, por outro lado, foi pela primeira vez, brindado com uma referência constitucional ao seu direito. É, talvez, o início do resgate do artista à sua verdadeira condição, nem a de autor nos moldes tradicionais, nem a de coadjuvante a que foi relegado pelas normas infra-constitucionais. Esses direitos, dos que atuam, interpretam e executam obras autorais de terceiros serão objeto de capítulo à parte, sendo certo que a proteção assegurada à voz e à imagem, no texto constitucional, é aquela devida aos artistas no exercício de uma interpretação.

A letra b) do mesmo inciso XXVIII é curiosa, porque assegura, nos termos da lei o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Assegurando o legislador constitucional o direito de as representações sindicais fiscalizarem o aproveitamento econômico das obras criadas por seus associados, acaba por comprometer o esforço da doutrina pátria, semeado durante décadas, na tentativa de desvincular a atividade criadora da atividade laboral. Não que às entidades sindicais, como representantes de categoria de trabalhadores, não se possa atribuir tal direito, mas a vinculação de institutos tão distintos num texto constitucional pode ensejar confusão quanto às atribuições específicas de associações de titulares de direitos e de gestão coletiva, daquelas próprias dessa categoria especial de trabalhadores, que são os artistas intérpretes.

A atividade laboral, isto é, a energia física do criador disponibilizada ao empregador para criar e confeccionar a obra, existe e se perfaz durante o processo de confecção de uma obra. Completada esta, termina a relação

laboral (que pode ser autônoma ou comportar prestação de serviço com ou sem vínculo de emprego) e inicia-se a relação autoral ou conexa. O salário, ou os honorários, são substituídos por rendimentos ou royalties decorrentes de cada utilização pública (reprodução, transmissão, execução, exibição) da obra.

A obra, ou a execução autoral/conexa, é uma *res*, resultado independente e tangível, da personalidade de seu criador. O direito deste, é exercido *erga omnes* em virtude do inalienável vínculo que junte criador à criatura.

O papel dos sindicatos incide na proteção à pessoa física do trabalhador artista ou intelectual durante a confecção do trabalho. A partir daí, as sociedades de autores de gestão coletiva iniciam o seu, afastando a legitimidade de sindicato ou associações de caráter trabalhista, posto que seu papel é dirigido exclusivamente à fiscalização e cobrança dos rendimentos da obra em suporte mecânico.

Da análise normativa internacional, e constitucional infere-se, pois que: **a)** os direitos de autor e conexos foram inicialmente regulados em foros internacionais, nasceram em território europeu, e porque sua ubiquidade transcende fronteiras; **b)** a garantia fundamental do autor, como as liberdades públicas, correspondem a direitos individuais e a deveres coletivos, coexistindo harmonicamente o privilégio conferido a essa classe especial de pessoas com o direito garantido à sociedade ao acesso ao conhecimento, ao entretenimento e à informação.

## **CAPÍTULO 4**

### **SUJEITOS DE DIREITO AUTORAL E SUAS RELAÇÕES COM AS OBRAS**

#### **1- O Autor-criador e a Liberdade de Expressão**

O que distingue o autor criador do cidadão comum? Sua ótica, a janela através da qual vê o mundo, expressando-o por meio de palavras, de imagens, da música, do teatro, e de outras inúmeras formas existentes ou a existir. O que têm autores e artistas em comum? A extrema sensibilidade, e

o talento para transpor, de modo original, o que a mente captou do universo lá fora, para o suporte escolhido.

Esse ser consciente sensível é o sujeito de direito autoral. As leis se propuseram a estimulá-lo a criar cada vez mais, garantindo-lhe a sobrevivência por meio da própria criação, assegurando um privilégio temporário ao fruto da criação. A sociedade precisa do intelectual e do artista para sua própria sobrevivência. Esses seres sensíveis podem apontar, de um modo muito pessoal, as benesses ou as mazelas dos diferentes grupos sociais de que fazem parte, se não auxiliando na solução, revelando-as. Ou podem, simplesmente, apontar a beleza onde os seres comuns não a vêem.

Fayga Ostrower<sup>24</sup>, informa melhor sobre esse sujeito:

“O homem desdobra o seu ser social em formas culturais. O estilo, por exemplo. O estilo não se refere só a uma determinada terminologia. Abrange a maneira de pensar, de imaginar, de sonhar, de sentir, de se comover, abrange a maneira de agir e reagir, a própria maneira do homem vivenciar o consciente e as incursões ao inconsciente. O estilo é forma de cultura. Seria de todo impossível preordenar as formas estilísticas, inventá-las, tão impossível quanto seria inventar formas de cultura ou modos de viver.

Os estilos correspondem a visões de vida. Nelas confluem os conhecimentos e as técnicas disponíveis a uma sociedade em um dado momento, os costumes, os ideais, as necessidades materiais e espirituais e certas possibilidades de satisfazê-las material e espiritualmente. Representando enfoques, seus esquemas de valores codificam determinadas afirmações e ênfases junto com determinadas negações e proibições. Delineiam o campo mental em que o indivíduo inscreve o seu mundo imaginativo e, com isso, o seu próprio estilo individual.”

Como então a sociedade, que tanto necessita do criador, do artista, garante, juridicamente, a comunicação pública da sua criatividade? Através de um outro direito fundamental da pessoa humana, insculpido na disposição contida no inciso IX, do art.5º da Constituição da República, segundo o qual *é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.*

Coube, então, ao legislador constitucional, estabelecer o vínculo direto entre essas duas liberdades e garantias fundamentais: o direito de

---

<sup>24</sup> “Criatividade e Processos de Criação”, p.102,

criação da obra intelectual, artística, científica e de comunicação e o direito de expressá-la e de difundí-la por qualquer meio ou processo, independentemente de censura ou licença, de qualquer autoridade pública ou privada. O direito de criar pode ser exercido por etapas, ou por inteiro; por criança, ou por adulto; por pobre, ou por rico; por branco, negro ou amarelo; por nacional ou por estrangeiro, por apátrida, por cidadão, por refugiado, por fugitivo, por preso, por livre ou por interditado; por ateus ou por crentes, por todo e qualquer ser vivo, através do uso de suas faculdades mentais e físicas, ainda que comprometidas. E só encontra limites na ofensa pessoal, e na ordem pública.

O direito autoral está, acima de tudo, a serviço da liberdade de expressão em qualquer atividade intelectual ou de comunicação, seja ela artística, literária ou científica. Negando as origens censórias do “*copyright*”, e sob influência do ideário da Revolução Francesa, o direito de autor é, um direito individual de liberdade, exercido em favor do bem comum.

Dentro de suas finalidades, a disciplina dos direitos de autor, é reconhecida pela quase totalidade dos países e governos, do mundo oriental e ocidental, para garantir aos que criaram e deram à criação alguma forma de expressão, três premissas básicas:

- a) a de permitir a todos, em igualdade de condições, que se expressem do jeito que desejarem, pelo meio que bem entenderem, respeitadas apenas a ordem pública e a honra de terceiros que as reclamarem;
- b) o de garantir a toda e qualquer pessoa dotada de intelecto participação nos resultados econômicos da utilização pública da sua criação, através da percepção dos rendimentos em pecúnia;
- c) que esses direitos sirvam como estímulo ao progresso científico e cultural da humanidade, garantindo a todas as pessoas um prêmio, uma recompensa, à sua contribuição ao ramo das artes, da literatura, da ciência.

Analisemos, em seguida, os aspectos jurídicos da relação autor-obra, sob o prisma subjetivo: quem é o sujeito ativo da relação de direito autoral, cujo objeto é a obra única ou a cópia dela destinada ao público.

## **2-Sujeitos de Direitos de Autor e de Direitos Conexos**

### **a) Autoria**

*Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.* O artigo 11 da lei autoral não deixa margem a dúvidas: sujeito de direito autoral é o ser humano, que no exercício de uma atividade mental, criativa, dá origem a uma obra do espírito.

Autor, para fins da proteção autoral, é tão-somente o criador de obras literárias, artísticas e científicas. Autor de outros tipos de obras, não autorais, poderão receber proteção por meio de leis gerais ou especiais, mas não das leis autorais.

Para fins da tutela autoral, autor é o criador de **obra** juridicamente protegida. Portanto, autor de idéia, de método, de projeto, de formato, de sistema não é o autor de nada, é judicialmente carecedor de ação, porque inexistente obra. Ainda que o método, por exemplo, esteja inserido na própria obra, o que se protege é esta e não aquele. Autor é aquele que une, na linguagem moderna, inspiração (idéia) a boa dose de transpiração (trabalho) no esforço físico e mental de produzir a base corpórea de sua criação intelectual. Sem obra não há autoria intelectual protegida.

O autor anônimo, ou que utiliza pseudônimos, não tem direito autoral assegurado, salvo se der a conhecer, ocasião em que adquire a plenitude dos direitos morais e patrimoniais. Enquanto estiver oculto, caberá a quem publicar a obra o exercício dos direitos patrimoniais de autor anônimo (art. 40). O editor, neste caso, é quem o representa (Berna, artigo 15, item 3).

O autor de obra anônima, ou o que se utilize de pseudônimo, não se confunde com autor desconhecido. Naquele, há indicativos de autoria enquanto que, neste, a obra é conhecida, mas seus autores não. E nem se darão a conhecer. É o caso das obras de domínio comum, muitas vezes transmitidas pela tradição oral, como as obras do folclore.

## **b) Titularidade**

Autor é o criador da obra protegida e titular de direitos. A criação cria um vínculo indissolúvel entre autor e obra, mas a titularidade pode ser adquirida por terceiros em virtude de contrato (ato *inter-vivos*) ou em função de sucessão (*mortis-causa*). Titular originário é apenas a pessoa física, ou, na hipótese singular da obra coletiva, o organizador, seja ele pessoa física ou jurídica. Titular derivado é autor por transmissão, é aquele ou aqueles que adquiriram o exercício de alguns direitos sem participação no processo criativo.



A titularidade autoral, condição, pois, que só o criador pessoa física detém, originariamente, com a criação *ipso facto*, pode ser transferida a terceiros por vontade dele, ou resultar do fato da sua morte.

Titular, por convenção é quem assume, por delegação do autor, seus direitos patrimoniais na comercialização dela, ou em qualquer outro modo de divulgá-la publicamente. Titular, por sucessão, é quem adquire os direitos do autor, pessoa física, em virtude de seu falecimento, dentro do prazo de proteção dado à obra, e antes que ela caia em domínio público.

Há, entretanto, uma hipótese peculiar de titularidade: a dos direitos conexos, que não se confunde, ao menos legalmente com a titularidade autoral, e que será examinada adiante.

### **c) Co-autoria**

A obra pode ter sido concebida por um, dois ou diversos autores, concomitante ou sucessivamente, em partes divisíveis ou comuns, ou em partes indissociáveis. Obra feita por dois ou mais autores, numa parceria ou colaboração, é obra feita em co-autoria.

Tanto quanto o autor, a lei considera co-autor aquele, ou aqueles, em cujo nome civil, completo ou abreviado, pseudônimo ou sinal convencional, a obra for publicamente utilizada. Na obra divisível, ou composta, como por exemplo, uma canção cuja letra é feita por um autor e música por outro, cada autor pode fazer livre uso de sua obra desde que destacável da obra comum, e mantidas intactas suas qualidades originais nas utilizações individuais. A lei veda, apenas, a utilização quando prejudicial à exploração da obra comum (§2º art. 15).

Sendo a obra indivisível, o regime de co-autoria implica certa restrição dos direitos absolutos do autor. Nessa hipótese, divergindo os autores quanto à forma de publicação, a maioria decide como fazê-lo, e ao dissidente, ou aos dissidentes, restam o veto ao seu crédito, ao seu nome (não confundir com renúncia à paternidade), e o direito de não contribuir para as despesas de publicação, desistindo, por consequência, de sua parte nos lucros. É a regra do art. 32.

Tratando de obra audiovisual, a lei estabelece o condomínio: são co-autores necessários o autor do assunto ou argumento literário, o da obra musical ou lítero-musical, e o diretor do filme ficcional, artístico, documentário ou de publicidade, e, no caso do desenho animado, também o

desenhista. Se dentro de dois anos seguidos ao término da obra audiovisual o produtor não iniciar sua exploração, ou se não concluí-la no prazo ajustado, os co-autores poderão utilizá-las livremente (art. 85 e seu §).

De acordo com o artigo 23, da lei especial, os co-autores exercerão conjuntamente os seus direitos, salvo convenção em contrário. Essa disposição refere-se aos direitos patrimoniais, uma vez que os morais não podem ser objeto de convenção, incumbindo o legislador ao diretor da obra audiovisual defendê-la do ponto de vista moral. A convenção em contrário só pode significar, portanto, o exercício em separado dos direitos patrimoniais, desde que permitido por contrato entre todos os co-autores.

O legislador não considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção, na fiscalização, na pesquisa, na edição, na revisão, ou na apresentação da obra, por exemplo (artigo 15 §1º).

#### **d) Titularidade e direitos conexos**

No caso dos chamados direitos conexos, fala-se em titularidade (e não em autoria), sendo sujeitos os artistas, as empresas produtoras de fonogramas e as empresas de radiodifusão. Na dificuldade de conceituar as obras dos intérpretes, os especialistas internacionais os situaram na categoria imprópria de titulares de direitos conexos, lado a lado, da indústria responsável pela fixação e divulgação de suas interpretações. Imprópria porque, sendo verdadeiros autores de suas interpretações e execuções, nada os diferenciaria de um arranjador de obra musical ou de tradutor ou de adaptador, a quem a lei reconhece autoria. Não é o caso dos produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, que, para começar não são pessoas físicas. Ademais, exercem atividades completamente diferentes da dos artistas, dos quais dependem para a produção e divulgação de suas obras, muito embora também contribuam com aspectos criativos na produção dos suportes.

Na verdade, a equiparação, de artistas intérpretes ou executantes, aos difusores de suas obras, como os produtores de fonogramas e os organismos de radiodifusão, como titulares de direitos conexos, foi outra construção artificial das leis, iniciando-se pela convenção de Roma. Não há explicação de natureza jurídica nem evolução histórica nesse sentido. Foi a vontade do legislador internacional.

A titularidade de uma interpretação pertence a seu intérprete, o artista. Autoria é reservada ao criador intelectual de um personagem de uma obra literária ou da letra na composição musical. Embora cada cantor

ou ator interprete a obra autoral literária ou musical de um modo diferente, com ingredientes de sua própria personalidade, são os artistas intérpretes e executantes titulares não de um direito de autor, mas de um direito conexo a ele. A explicação residiria no fato de a interpretação só existir se apoiada em algo pré-existente, como um texto, um roteiro, um plano e que, geralmente, não são criados pelo intérprete. Quando criação e interpretação se confundem, temos o reconhecimento dos dois direitos - de autor e conexo - numa só pessoa.

O objeto da interpretação é a criação artística individual e personalizada da criação autoral de terceiro, ou mesmo do próprio intérprete enquanto criador de outra obra, de caráter autoral, em momento distinto daquele da interpretação.

*Quando na interpretação ou execução participarem vários artistas, seus direitos serão exercidos pelo diretor do conjunto (§1º do art. 90).* Essa previsão só se aplica quando as reivindicações dos artistas disserem respeito a violações praticadas contra a obra coletiva de que participarem, resguardados o exercício e a tutela dos direitos de cada um quando a ofensa recair apenas sobre uma interpretação.

As empresas de gravação de discos e produtores fonográficos são titulares de direitos conexos de seus fonogramas, definidos no inciso IX do artigo 5º da Lei 9.610/98, muito embora os fonogramas não sejam considerados, pela lei, obra protegida. Em realidade, a titularidade conexa do produtor de fonogramas deriva de suas atividades de comercializador e de distribuidor de fonogramas e não de organizador de obra coletiva.

As empresas de radiodifusão, no entanto, são titulares tanto autorais de seus programas, obras audiovisuais coletivas, em cuja produção se comprometem como qualquer outro produtor, como titulares de direitos conexos de suas emissões e/ou transmissões, entendidas como a difusão de sons, ou de sons e imagens. A captação desses sinais por outras emissoras, legalizada ou não, mas sem a autorização da emissora de origem, configura contrafação – é um ato de pirataria. Deve ser feita com o prévio e expresso consentimento da titular dos direitos conexos, exceção feita à regra do inciso VIII do artigo 46.

### 3 -Os Direitos dos Autores sobre suas Obras

A partir do conceito de que o direito do autor nasce com a criação da obra, duas são as relações, ou atributos, que conectam um (autor) a outro (obra). Uma é o direito moral, outra é o direito patrimonial.

No início, criação e idéia se confundem no intelecto do autor, etapa inicial de um longo processo que vai resultar na obra. Do intelecto passa para um papel, uma fita magnética, uma tela, ou outro suporte, mas ainda não passa de um projeto, de um esboço, de um ensaio. Até esse momento a obra só existe na órbita privada do autor: uma espécie de nascituro, gestado longa e cuidadosamente até o momento do nascimento, isto é, de sua publicação. A publicação marca a etapa final do processo de criação, é o momento de a obra vir ao conhecimento de uma ou mais pessoas, com as mesmas características com que vai ganhar o grande público. A partir daí, autor é um nome, porque a obra passa a ter vida própria.

À etapa inicial desse processo de criação, que culmina com algo perceptível pelos sentidos dos outros, intermediários ou utentes, corresponde um direito de características morais e de personalidade ligando eternamente autor e obra; à segunda e definitiva etapa, corresponde um direito econômico de natureza patrimonial que por ele, autor, é exercido sobre a obra, por duração limitada, diretamente ou através de terceiros.

#### a) Direitos Morais de Autor

Os direitos morais do autor são aqueles que unem indissolavelmente o criador à obra criada. Emanam da sua personalidade e imprimem um estilo a ela.

O art. 6 bis da Convenção de Berna é didático: *Independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo após a cessão desses direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra, e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra ou a qualquer atentado à mesma obra, que possam prejudicar a sua honra ou sua reputação.*

A regra geral dos direitos morais é a da sua intransmissibilidade; entretanto, o legislador especial abre exceções a essa regra nos casos dos incisos I a IV do artigo 24.

São, então, espécies de direito moral, no entender do legislador brasileiro, transmissíveis aos herdeiros, cessionários e licenciado do autor ou titular:

- o direito que tem o autor de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional ligado à obra. É o chamado direito ao crédito, que é o de ver essa qualidade (a de autor e/ou titular) anunciada junto à obra, impressa junto a ela, e o de reivindicá-lo a qualquer tempo;
- o direito de assegurar a integridade da obra desde que as modificações ou alterações reflitam sobre a sua pessoa, atingindo-o em sua honra;
- o direito de conservá-la inédita, isto é, o de não lhe dar destinação pública, entendendo-se por tal a impressão e a distribuição de exemplares;
- o direito de qualquer participante de obra coletiva de proibir que se indique ou anuncie seu nome (§1º, art. 17).

As demais espécies de direitos morais contempladas na legislação autoral, são, porém, intransmissíveis. Esses direitos que o autor detém são:

- o direito de modificar a obra (§ 2º do art. 79), que não se confunde com o de assegurar-lhe a integridade. Este é o direito que garante a exata correlação entre idéia e resultado da criação, entre pensamento e obra criada, entre o inédito e o publicado, a ponto de liberar ao autor, e somente a ele, a possibilidade de modificar a obra, até mesmo depois de publicamente utilizada (ressalvado o eventual prejuízo a terceiro);
- o direito de tirar a obra de circulação e o de suspender-lhe a utilização mesmo que previamente autorizada, desde que a circulação ou utilização lhe sejam ofensivas, quer à honra, quer à imagem, (ressalvados igualmente os prejuízos a terceiros);
- o direito de ter acesso (não o de posse ou de propriedade para cujo efeito dispõe o autor de outras medidas de caráter judicial) a exemplar único e raro da obra em mãos de detentor legal, para o fim exclusivo de preservar sua memória, através de fotografia ou filmagem;
- o direito de repudiar a autoria de projeto arquitetônico, alterado sem o seu consentimento e diverso do projeto original. Este direito é reservado aos arquitetos e a autores de obras equiparadas à de arquitetura, em relação ao projeto criado, e não enseja reparação pela violação da integridade, uma vez que a própria lei, no seu artigo 26, e parágrafo único, admite que o proprietário da construção altere o projeto durante ou após a conclusão da **construção**. O que a lei proíbe é creditar o projeto modificado ao arquiteto autor do projeto original. Somente a violação deste preceito é que sujeita o proprietário da obra ao pagamento de perdas e danos;
- o direito de destruí-la.

Direitos morais são também indisponíveis, inalienáveis e irrenunciáveis, oponíveis *erga omnes*, imprescritíveis e impenhoráveis. Integrantes da categoria dos bens indisponíveis, como tais, os direitos morais são de valor inestimável. Sua **inalienabilidade e irrenunciabilidade**, da essência desse direito, encontram-se também expressamente reconhecidas pelo artigo 27 da Lei 9.610/98.

Disposição idêntica existia na lei anterior (art. 28 da Lei 5.988/73). Ambas se tornariam indispensáveis para a correta configuração do direito, diante da disposição do antigo artigo 667 do Código Civil, revogado tacitamente em 1973 e expressamente em 1998, que entendia lícita a cessão do direito ao nome do autor, desde que convencionado entre as partes. A usurpação ensejadora de perdas e danos só se configuraria se feita a substituição do nome à revelia do autor, de acordo com o legislador civil.

Os direitos morais de autor são **oponíveis** *erga omnes* porque pode o autor defendê-los contra toda e qualquer agressão vinda de terceiro ou mesmo de parceiros, como os co-autores, quando divisível a obra, ou dos próprios cessionários dos direitos de comercialização da obra. Esse direito só deixa de ser exercido de forma absoluta no caso da obra coletiva, ou de colaboração indivisível, quando outros direitos morais individuais, igualmente absolutos, se colocam lindeiros ao do outro autor. Estabelece o legislador uma presunção legal nesse caso, qualificando uma determinada pessoa para exercê-los, como na hipótese da obra audiovisual, mas apenas em relação ao conjunto (art. 25).

São **impenhoráveis** os direitos morais de autor em virtude de expressa disposição legal. O artigo 649 do CPC tem como absolutamente impenhoráveis, entre outros, os bens inalienáveis. E o artigo 76 da Lei 9.610/98 declara impenhorável *a parte do produto dos espetáculos reservada ao autor e aos artistas*.

São esses direitos **perenes**, porque enquanto houver um único exemplar da obra, a sua integridade há de ser respeitada e seu autor identificado.

A Lei 9.610/98 também tratou de preservar os direitos morais dos artistas intérpretes e executantes, em relação à integridade e paternidade de suas interpretações, inclusive depois da cessão dos direitos patrimoniais (art. 92). Segundo a regra geral, esses direitos são transmissíveis aos herdeiros, entretanto, não poderão os intérpretes opor-se à sua substituição, ordenada pelo diretor da obra audiovisual, em caso de interrupção, temporária ou definitiva, de sua atuação, de seu trabalho.

## **b) Direitos pessoais de autor: Dano Moral e Violação de Direito Moral de Autor**

Os criadores da obra literária, artística e científica, nesta qualidade, têm proteção legal garantida pela Constituição da República e por norma infra-constitucional, a Lei 9.610 de 19/2/98. Não só na condição de criadores, ou intérpretes de uma obra literária, artística ou científica, gozam da proteção e da garantia constitucional, mas também como pessoas comuns, quando sujeitos passivos de uma ação ofensiva.

A sociedade privilegiou o intelectual, o cientista, o artista, e o que se busca aqui demonstrar é que essas pessoas detêm duas ordens de proteção moral: uma, como cidadão comum, e outra, como criador ou intérprete de obra intelectualmente protegida. No primeiro caso, a violação se dá quando sua imagem ou reputação pessoais forem atingidas e, no segundo, quando a obra que criou, a *res* apartada de sua personalidade, tem sua integridade ou idoneidade comprometidas.

Quais os direitos morais que exerce um autor sobre a obra por ele criada como uma extensão de sua personalidade? O reconhecimento à paternidade, o direito ao crédito (nome, pseudônimo ou sinal convencional) que deve acompanhar a obra publicamente, a oposição à publicação dos inéditos se não o desejar, o direito de assegurar-lhe a integridade, o de retirá-la de circulação, e o de *ter acesso* a exemplar original da obra (único e raro) para o fim de obter um retrato ou uma cópia para seu acervo pessoal de acordo com o art. 24 da Lei 9.610/98.

Mas há direitos pessoais, também de caráter moral, vinculando criador e obra.

O legislador autoral condicionou o acolhimento da pretensão de assegurar a integridade da obra (inciso IV), da retirada de circulação dela ou da suspensão de qualquer forma de utilização já autorizada (inciso VI), **à prática de atos que o atinjam ou o afrontem em sua reputação, honra ou imagem**, ou que, na sua avaliação subjetiva, possam prejudicá-lo. O direito de modificar a obra, exercido em vida pelo autor, assegurado no inciso V do art. 24, não se confunde com a hipótese do inciso IV do mesmo artigo. Naquela, as alterações provocaram a deformação da obra do ponto de vista estético ou intelectual. Nesta, as alterações feitas, sem o seu consentimento, assaltam-lhe a honra.

Em período eleitoral de passado recente, noticiou a imprensa que uma obra musical de um grupo de música regional, de expressão nacional,

foi utilizada em propaganda de partido político de orientação ideológica distinta da dos integrantes do conjunto. Verificou-se que a sincronização do programa à peça audiovisual de propaganda política ocorrera com a prévia autorização dos cessionários dos direitos patrimoniais (editora e gravadora) para o uso público da obra. Entretanto, a destinação final ofendeu a honra de seus autores e intérpretes, contra o que se insurgiram. A infração não é autoral, porque autorização houvera, mas, sim, aos direitos subjetivos de cada um.

Já em hipótese outra, configura-se irregular o uso público de uma composição musical do “rei” Pelé, sobejamente conhecido como alguém que não aceita a vinculação de seu nome, imagem ou obra autoral, a bebidas alcoólicas, cigarros ou assemelhados, em comercial favorável a esse tipo de comércio ou indústria.

Mas há diversas outras situações: a de uma tradução ou versão equivocada, a de uso de nome de autor ou artista famoso em obra de que não tenha participado, o crédito dado errônea ou falsamente.

As hipóteses citadas versam sobre o dano moral puro posto que, com o uso público da obra, a ofensa recai sobre a pessoa de seu criador, atingido em sua honra. Como direitos morais não podem ser objeto de cessão, os cessionários de direitos patrimoniais de autor não estão por estes intitulados pelos aspectos morais do uso público da obra. A prudência então recomenda que a cada nova utilização da obra sejam os autores consultados sobre a destinação dela. Do contrário, e sendo o autor atingido em sua honra por ato ainda que culposos de seu cessionário, responderá este solidariamente pelo dano, o que poderá, inclusive, levar à anulação ou anulabilidade de cláusulas, ou de todo o contrato de cessão.

Fora do elenco do artigo 25, vamos encontrar no artigo 108 a previsão de responsabilização por danos morais, no capítulo dedicado às sanções civis, por parte daqueles a quem incumbe o dever de indicar ou anunciar o nome, o pseudônimo ou sinal convencional, na utilização pública da obra. O infrator, além de responder por danos morais, fica obrigado a divulgar a identidade do autor e/ou intérprete, por meio de errata nos exemplares ainda não distribuídos, ou através de rádio e televisão.

Da norma, infere-se que o legislador considera a ausência de crédito não apenas uma violação de direito autoral, mas uma ofensa reparável através da estimativa econômica dos danos morais e à divulgação maciça da verdadeira identidade do autor.



Encontramos, também, a disposição do parágrafo único do artigo 26, na qual persiste o proprietário da obra em nomear autor do projeto arquitetônico o profissional que a repudiou em virtude de intervenções feitas sem o seu consentimento, antes ou após a conclusão da construção. Essa ofensa ocorre no campo moral, uma vez que se trata de hipótese negativa: o que o autor do projeto arquitetônico possui é o direito de não ter o seu nome vinculado mais a uma obra que foi concebida originalmente por ele, mas que foi sucessivamente descaracterizada.

Verifica-se, pois, que a lei autoral contempla quatro hipóteses de dano moral puro (incisos IV e VI do artigo 24 e parágrafo único do artigo 26 e art. 128), e quatro de violações aos direitos morais de autor (art. 24, incisos I, III, V e VII) .

Mas qual a importância da distinção entre as hipóteses de dano moral puro aventados pela lei especial e os demais casos de violação de direitos morais? Seus efeitos no tempo (prescrição), na legitimação e na forma de indenizar.

No que tange ao **tempo**, a ação tendente ao ressarcimento de dano moral puro e a sua compensação patrimonial, pelo artigo 177 do Código Civil de 1916, prescrevia, ordinariamente, em 20 anos. A partir de janeiro de 2003, por força do disposto no art. 205 da Lei 10406 de 10/1/2002, não tendo a lei, para a hipótese, fixado prazo menor, o prazo de prescrição é o de 10 anos, salvo se a ação fundar-se em reparação de dano (o que o faz cair para 3 anos).

Qual o prazo para o ajuizamento de ações fundadas nas violações de direito moral elencadas pelo legislador especial no artigo 24? A lei especial (como a anterior) é omissa nesse aspecto, mas a resposta se encontra no Decreto 75.699 de 29/4/75, que promulgou a revisão de Paris (24/7/71) da Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas de 9/7/1886.

Segundo o artigo 6 *bis*, a violação aos direitos morais de autor são reconhecidas depois de sua morte, e mantidas até pelo menos a extinção dos direitos patrimoniais. Isso equivale dizer que, entre nós, esse exercício está assegurado em até 70 anos contados de primeiro de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor. E, mesmo caindo em domínio público, a obra publicada no Brasil continua tendo a sua integridade e autoria asseguradas pelo Estado nos termos do §2º do art. 24.

Logo, em se tratando de ofensa moral a um criador de obra intelectual, e em função dela, esse prazo será o de vinte (até janeiro de 2002) ou de dez ou de três anos (após janeiro de 2003), contados da data da ofensa, e, nos casos de violação de direitos morais de autor, setenta anos a partir do ano subsequente ao do falecimento do autor, coincidindo sempre com o prazo de duração dos correspondentes direitos patrimoniais.

Quanto à **legitimação**, o legitimado ativo para demandar o dano moral puro, segundo Antonio Jeová Santos<sup>25</sup>, é sempre o ofendido. Mas, caso falecido, passam a ser os filhos, os pais e os colaterais, simultânea ou isoladamente, ou aqueles parentes ligados ao ofendido por laços afetivos e igualmente atingidos pelo efeito reflexo da ofensa.

Na violação de direito moral de autor, a legitimação dependerá do tipo de violação. Recairá, exclusivamente, na pessoa física criadora da obra, ou de qualquer dos co-autores nas hipóteses dos incisos V a VII do artigo 24, já que esses direitos não são transmissíveis. Nas demais hipóteses (incisos I a IV), a legitimação para reclamar ofensa a direito moral de autor obedece à ordem sucessória prevista na lei civil de sucessões, sendo titulares seus herdeiros, e, se cedidos os direitos, também seus sucessores.

Quanto à **forma de indenizar**, a diferença é ainda mais acentuada.

O ressarcimento do dano moral consagrado pela doutrina e pela jurisprudência ressalta o seu caráter dúplice, punitivo e compensatório, sem critérios objetivos fixados por lei, mas situado entre *a capacidade financeira do devedor e o padrão médio da vida do credor* (TJRS – AC 595.155.896 em 30/11/95), tendo a jurisprudência mais moderna preferido expressá-la em salários mínimos, quantificados segundo prudente arbítrio dos magistrados.

Quanto à indenização por violação do direito moral do autor, a lei especial não distingue entre os valores de ressarcimento dos direitos morais e dos patrimoniais (arts.102 em diante). Assim, poderão ser calculados pelas mesmas regras, isto é, pelo valor integral da edição não autorizada (fraudulenta), calculada pelo número conhecido dos exemplares contrafeitos, ou, sendo desconhecido esse número, a resultante da operação: preço de capa ou valor *pro rata* vezes 3.000 exemplares (§ único art. 103).

---

<sup>25</sup> “Dano Moral Indenizável”, pp. 208 / 214

Como pena acessória, poderá punir-se o infrator com a perda dos equipamentos de reprodução, bem como os exemplares contrafeitos e suas matrizes (art. 106), impedindo a propagação do ilícito. Mas estes não têm caráter compensatório porque não migram para o patrimônio do autor.

### ***c) Direitos Patrimoniais De Autor***

Publicada a obra, acrescem-se aos direitos morais que lhes são inatos, os direitos chamados patrimoniais, ligando o autor à exploração econômica dela.

Que direitos são esses? São os direitos de fruição e de disponibilização exclusivos do autor ou titular da obra criada e fixada em suporte mecânico, que, para os efeitos legais, passa a ser considerada bem móvel.

São direitos exclusivos, porque dependem de prévia e expressa aprovação do autor e só dele, ou de quem o represente, para que possam ser reproduzidos, exibidos, expostos publicamente, transmitidos por meios mecânicos, eletrônicos ou digitais, armazenados, etc.

Os direitos patrimoniais geram receita ao autor que são, do ponto de vista financeiro, chamados simplesmente rendimentos (*royalties*). De acordo com a lei autoral em vigor no Brasil, incluindo as internacionais, os direitos patrimoniais que detém o autor sobre suas obras em função do tipo de obra criada, abrangem todas as formas de comunicação ao público e encontram-se elencados no art. 29 e outros da Lei 9.610/98. Os direitos patrimoniais de autor representam um valor agregado à obra, e a eles fazem jus todos os criadores da obra intelectual na comercialização dela.

Para que uma obra possa, com qualidade, chegar ao grande público, é preciso que, a partir dos originais de um texto, ou de uma fita de demonstração, de um videoclipe doméstico, enfim, do protótipo no qual depositou o autor o seu esforço criativo, a indústria, empresa ou pessoa física ou jurídica autorizada a reproduzi-la, comercializá-la e distribuí-la invista economicamente para que a *res* seja multiplicada, com a mesma qualidade da matriz, atingindo o seu consumidor onde quer que ele esteja. Do preço final será sempre extraído um valor nominal, ou percentual, destinado ao autor, ou autores, como compensação pelo investimento criativo.

A cessão ou a licença de direitos patrimoniais de autor para o seu editor, multiplicador e distribuidor, ou a quem quer que utilize publicamente a obra, não se confunde com a possível participação societária do autor na difusão dela. Os rendimentos do autor integram os custos de comercialização da obra, enquanto que ao licenciado ou cessionário cabe difundir-la ou vendê-la, assumindo, isoladamente, os riscos do negócio. Nem lucro nem prejuízo são repartidos com os autores, salvo convenção em contrário, ou quando o autor resolva ter participação societária no empreendimento, condição que assume como empresário e não como autor.

Perduram os direitos patrimoniais pelo mesmo tempo que a legislação interna confere proteção à obra, extinguindo-se com a queda da obra em domínio público. Como o autor pode ceder diversos direitos em relação a uma mesma obra, os prazos de cessão variam, salvo no caso de cessão integral e definitiva para utilização pública da obra por um mesmo cessionário e visando todos os meios e processos.

Um livro pode ser cedido a um editor gráfico pelo prazo de cinco anos e a um produtor cinematográfico, para adaptação em obra audiovisual, por dez. Um poema pode ser cedido para figurar como letra numa composição musical por quinze anos, e por três para comercialização em livro. Uma fotografia pode ser cedida para ser impressa numa única edição de um periódico semanal, ou cedida para exposição pública por dois anos.

Direitos patrimoniais não podem ser cedidos “em perpetuidade” porque a proteção às obras extingue-se no tempo. Entretanto, a associação entre autor e cessionário ou licenciado de uma determinada edição ou reprodução da obra existirá fisicamente enquanto resistir ao tempo um exemplar dela.

Esses direitos, por outro lado, não se comunicam, salvo pacto antenupcial em contrário. Essa regra, contida no art. 39 determina que o cônjuge, qualquer que seja o regime de casamento adotado, não tem qualquer direito sobre a criação do cônjuge-autor em decorrência do vínculo conjugal, não sendo parte nos contratos. Mas o artigo admite que os **rendimentos** resultantes da exploração desses direitos patrimoniais possam ser divididos com o cônjuge. Assim, como podem ser objeto de pacto antenupcial, os direitos patrimoniais de autor podem também ser objeto de testamento ou de legado.

## **d) Classificação dos Direitos Patrimoniais**

A Lei 9.610/98, em seu art. 29, enumera os direitos patrimoniais de autor. Tratemos de cada um isoladamente, obedecida a classificação legal nacional e a internacional.

### **Direito de edição**

A edição de uma obra, seja ela literária, musical, fonográfica, ou audiovisual, depende de uma gama de procedimentos técnicos, e até criativos, destinados à reprodução da matriz, que acaba por concentrar o custoso investimento da obra imaterial.

Antes de chegar pronta aos pontos de venda ou de exibição, a obra percorre um longo caminho desde o original concebido pelo autor, ao ponto ótimo para colocá-la em circulação. Conforme o tipo de obra, os elementos originais serão submetidos a cortes, divisão em capítulos, regravações, efeitos sonoros, acréscimos ortográficos atendendo à criação do autor, de um lado, e à preferência do público consumidor, do outro. A isso se chama edição.

A edição de um livro ou de obra audiovisual pode ser feita pelo próprio autor, que autorizará ao licenciado apenas os direitos de reprodução, comercialização e distribuição. Entretanto, por óbvia complexidade, o direito de edição é usualmente licenciado ou cedido a editoras ou produtoras comerciais que fazem dessa etapa de produção de uma obra intelectual sua atividade.

Novas edições de um livro implicam alterações de conteúdo em relação à edição anterior, com acréscimos ou subtrações que implicarão o refazer de parte da produção, com novas chapas ou matrizes. Não se confunde com tiragem, que equivale apenas à reprodução, cópias ou extração de exemplares sem alteração das matrizes.

### **Direito de reprodução**

O direito de reprodução traduz a verdadeira identidade do direito patrimonial. É o direito de cópia, símbolo maior do privilégio.

Reproduzir uma obra é extrair-lhe exemplares idênticos, a partir de uma matriz acabada (suporte de fixação). Na definição da lei, é *cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica, ou*

*de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido* (art. 5º, VI).

Do ponto de vista econômico, a reprodução é uma das fases que pode ser considerada menos complexa dentre as cumpridas para a disponibilização da obra ao público, uma vez que é na matriz que se concentram os custos de produção. Mas, do ponto de vista da divulgação, da circulação e da distribuição, a reprodução é a mais importante: xerox, MP3, DVD, fitas de áudio, fitas de vídeo, cromos, impressoras de computadores, armazenamento em computador, e outros, são meios de reprodução de uma obra literária, artística ou científica, que só o autor pode permitir. Esse direito é transmissível por cessão, inclusive para a adoção de medidas de proteção contra terceiros que busquem reproduções sem a devida licença.

A preocupação do legislador autoral ao definir reprodução como cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica, remete à questão largamente discutida sobre a permissão de uso da cópia privada, considerada lícita até a legislação anterior, e que será melhor analisada no capítulo dedicado às limitações aos direitos autorais.

Cabe aos autores ou titulares o direito exclusivo de autorizar, prévia e expressamente, o direito de reprodução, o direito de extrair cópias da matriz em quantidade de exemplares que julgar conveniente, e espaço territorial que determinar, e pelo tempo que quiser, a título gratuito ou oneroso. Cabe-lhes, também, controlar e fiscalizar as atividades dos cessionários desses direitos (§2º, art. 30).

Claude Masouyé<sup>26</sup>, antigo Diretor do Departamento de Direito de Autor da OMPI, informa, com surpresa, que esse direito só integrou a convenção de Berna na revisão de Estocolmo em 1967. Explica que o princípio – o do direito exclusivo de reprodução *de qualquer maneira e por qualquer forma* é auto-explicativo e engloba “todos os processos de reprodução: impressão (edição gráfica), desenho, gravura, litografia, fotocomposição e outras técnicas de impressão, datilografia, fotocópia, xérox, registro mecânico ou magnético (discos, cassetes, bandas magnéticas, filmes, microfilmes etc.) e todos os outros processos conhecidos ou a descobrir.”

---

<sup>26</sup> Obra citada, p.45

A violação desse direito exclusivo do autor, isto é, a reprodução não autorizada de uma obra, tipifica um crime intitulado de contrafação. É a vulgarmente conhecida “pirataria”, termo oriundo dos navegadores aventureiros ingleses (piratas) que saqueavam embarcações em alto-mar, desrespeitando regras sociais e jurídicas, e levando o produto do roubo para seus domínios, com o emprego da força, sem, obviamente, pedir licença a seus legítimos proprietários ou detentores.

## **Direito de transformação**

A Convenção de Berna, em seu artigo 2º, alínea 3, deixa claro o compromisso assumido por todos os Estados-Membros, de que são também protegidas, tanto quanto a obra original, as transformações do tipo tradução, adaptação, arranjos de músicas, e outras que a tecnologia e a mente humanas possam vir a criar. Nossa lei interna acolheu os direitos em dois incisos distintos, III (transformações) e IV (tradução), do art. 29.

Adaptar uma obra, na linguagem autoral, é transformá-la em outra, de gênero diferente. Por exemplo, a utilização de texto literário para a linguagem cinematográfica é a adaptação da linguagem escrita para a linguagem falada, dialogada, encenada, necessária à realização do filme.

Adaptação corresponde a uma nova linguagem, uma nova dimensão que se dá à obra. Tanto o autor da obra originária, quanto o da obra adaptada, são autores: um originário, outro derivado. Na adaptação, estão presentes todos os traços originais da obra primígena, seu título, seu autor, as mesmas fases, personagens e acontecimentos. Daí a necessidade de a obra adaptada fazer referência à obra original, e ser necessariamente autorizada por seu autor.

Arranjar musicalmente uma obra é também transformá-la, com a manutenção do mesmo gênero (no caso, o musical). Arranjo musical só pode ser feito a partir de uma melodia, uma partitura musical, transformando a obra (melodia) originária em outra, também original, e ao mesmo tempo semelhante e diferente.

O arranjo dá à melodia outro ritmo, outro resultado a partir da combinação harmônica de diferentes instrumentos, notas musicais, fruto da ação criadora do maestro arranjador. Tanto a melodia original quanto a arranjada são consideradas criações artísticas. Cada novo arranjo, e existem diversos de uma mesma obra musical, é considerada uma obra nova. E cada

arranjo só pode ser comunicado ao público com o consentimento do autor ou titular da melodia primígena.

### **Direito de Tradução**

A tradução de uma obra para o idioma nacional ou a versão para idioma estrangeiro são transformações da obra originária, só possíveis a partir da escrita. A tradução simultânea da linguagem falada por referir-se, no mais das vezes, a textos discursivos ou informativos carece de aspectos criativos.

Na verdade, não existe tradução ou versão literal, palavra por palavra em idioma distinto, porque a frase, o modo de construir as idéias, de expressar o pensamento, varia de idioma para idioma, de cultura para cultura. Logo, o direito patrimonial de tradução está mais afeto à perfeita correlação do pensamento do autor em outro idioma, aproximando-se nesse aspecto do direito moral, que à decorrência econômica de sua exploração.

Nossa legislação, no inciso IV do art. 29, considera privilégio do autor *a tradução para qualquer idioma de sua obra*. E Berna, no art. 11, alínea 2, e no art. 11, alínea 2, estende ao autor os direitos de autorizar a tradução de suas obras por meio de representação, de execução pública e de citações.

Sua patrimonialidade decorre da oportunidade de a obra ganhar outros e novos mercados e, conseqüentemente, render dividendos ao autor da obra originária, além dos devidos ao tradutor, que é considerado autor, para todos os efeitos legais, de sua tradução (obra nova e derivada).

### **Direito de inclusão, ou de inserção.**

O direito de inclusão é contemplado no inciso V do art. 29, traduzido pela necessidade de autorização prévia do autor da obra a ser incluída, para a respectiva fixação posterior em outro fonograma ou produção audiovisual. Foi parcialmente derogado pelo inciso VIII do art. 46 da mesma lei. Costuma-se chamar de inclusão o direito que tem o autor ou titular de uma obra literária, artística ou científica de autorizar sua integração a uma outra obra, um filme, por exemplo. É o caso das músicas de fundo de filmes e novelas.



Embora conserve sua integridade e individualidade, a obra incluída passa a ser apenas uma parte dentro da obra maior.

Hector Della Costa<sup>27</sup>, a respeito desse direito, aponta que a obra incluída terá existência independente, mas como inclusão ficará ligada à obra total, delegando o autor daquela ao titular desta certas faculdades necessárias à circulação da obra.

### **Direitos de distribuição e de locação**

Nos termos da legislação nacional, por distribuição entende-se a *colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse*(art. 5º, IV).

Os direitos de distribuição, portanto, integram os direitos de comercialização das obras intelectuais, que o autor ou titular originário há de consentir para que o distribuidor ou comerciante negociem os suportes mecânicos que contenham as obras fixadas pelos melhores preços, atingindo o melhor ou o maior público consumidor, mas, com eles não se confundem, porque não são necessariamente intrínsecos ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra (art. 29, VI).

Distribuidores e comerciantes não possuem qualquer direito de autoria das obras, porque em nada contribuem com aspectos criativos. E considera o legislador autoral a distribuição como parte integrante dos direitos exclusivos conferidos ao autor pela norma constitucional. Esses direitos poderão ser cedidos ou licenciados, com ou sem exclusividade, e se relacionam com o direito do acesso da sociedade à obra literária, artística ou científica posta em circulação e à sua disposição. Depende de prévia e expressa autorização do autor a distribuição já ofertada de obras ou produções por qualquer sistema que importe pagamento pelo usuário (cabo, satélite, etc.).

O direito de locação de obras autorais e conexas, antiga reivindicação dos titulares de direitos foi, finalmente, por influência de TRIPS, incorporada ao ordenamento jurídico interno. Nada mais apropriado, uma vez que se reputam bens móveis e se originam de um direito de propriedade.

---

<sup>27</sup> "Obras citada, p. 38

## Direitos de comunicação pública

Entende-se por comunicação pública de uma obra literária, artística e científica, toda e qualquer forma de torná-la acessível a qualquer público, como através da representação, da recitação pública, da execução pública musical, da exibição, da exposição, da radiodifusão (transmissão e/ou retransmissão) por sons, ou sons e imagens, pelo emprego de satélites ou de sistemas óticos, fios telefônicos, meios análogos e digitais.

Pertencerão também ao autor o direito exclusivo de autorizar, no futuro, *quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas* (art.29,X). São exemplos:

a) o **direito de representação** e o de **recitação pública** são típicos das obras de poesia e das dramáticas e dramático-musicais. Detém-no os autores do texto literário a quem o autor da obra dramática, isto é, o diretor da peça teatral, deve reportar-se para a necessária autorização.

Recitar publicamente um texto poético ou literário, ou representá-lo teatralmente, só é possível com a prévia e expressa autorização do autor do texto original. A recitação e a representação do texto escrito, por outro lado, requerem inúmeros outros elementos de criação e produção, que orbitam ao redor do texto, seja por parte do intérprete, do recitador, ou do empresário de espetáculos.

De acordo com o art. 70 da lei autoral, o autor poderá opor-se à representação que não esteja suficientemente ensaiada, bem como fiscalizá-la no momento em que o desejar. Mas não pode alterar-lhe a substância sem acordo com o empresário que a fez representar (art. 71).

b) o direito de **execução pública** é reservado apenas aos autores e compositores de obras musicais. Quando letra e música saem do ambiente privado de seu criador para ganhar sustentação em uma produção musical, adquirindo ou não a forma de um fonograma, sendo executada publicamente em shows, teatros, casas noturnas, rádio, TV, etc. , geram um direito patrimonial ao autor, que se revela, como todo direito patrimonial, em dois momentos: a) na necessidade de se pedir a prévia e expressa autorização do autor ou titular da música para executá-la em público; b) na necessidade concomitante de remunerá-lo por cada execução dela – salvo se o autor doar esse rendimento, ou autorizar a execução gratuita.

A execução pública pode se dar ao vivo (shows) ou sob forma fixada (em disco, fita, CD).Os direitos de execução pública musical são

recolhidos e distribuídos em todo o Brasil, pelo ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – que foi criado pela lei autoral anterior, a 5.988/73, e reiterado como sistema único pela lei 9.610/98, organizado e integrado pelas associações de titulares de direitos, de compositores e titulares de fonogramas. (ver capítulo das sociedades de gestão coletiva)

### **Direito de exposição e de exibição**

São os direitos garantidos aos autores de obras plásticas (pintores, escultores, ceramistas, artesãos, gravuristas) de artes figurativas e aos fotógrafos.

Diante do estatuído no art. 77 da lei autoral, a alienação do suporte pelo artista ao adquirente faz presumir a cessão do direito de expô-la ao público, admitindo revertê-la através de convenção em contrário. O artista, que não desejar ceder ao adquirente da obra o direito de expô-la, deverá resguardar-se por meio de contrato escrito, retendo para si esse direito patrimonial.

Em relação aos fotógrafos, o legislador expressamente reconheceu como deles o direito de exposição, sem qualquer presunção, assim como o fez com seus direitos de reprodução e comercialização (art.79). Entretanto, para expor suas obras que contenham imagens de pessoas, ou obras protegidas pelo direito de autor, deverá o fotógrafo buscar as respectivas autorizações.

### **Direito de exibição e de captação e radiodifusão de sinais sonoros ou visuais; de emprego de satélites artificiais e de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares**

Os chamados **direitos de radiodifusão, transmissão ou retransmissão**, na linguagem dos legisladores nacional e internacional, são os direitos de comunicação pública que detêm os autores de obras literárias, científicas e artísticas de:

I) permitir a emissão por radiodifusão de sua obra (rádio ou TV, com fio, sem fio, a cabo, por sinais);

II) permitir a transmissão e/ou retransmissão de sua obra, através de sons e/ou imagens, quando a emissão se der por outro organismo que não o da radiodifusão originária;

III) permitir esse tipo de comunicação por satélite, fio, cabo ou qualquer outro modo de transporte da imagem, e o de exibí-las em ambientes fechados com acesso do público.

Se não expressamente autorizado pelo autor ou titular dos direitos autorais, entende-se como ilícita qualquer radiodifusão sonora ou televisiva, por cabo, satélite, fios telefônicos ou óticos, ou uma segunda captação desses sinais para outros ambientes de obra protegida sem sua autorização para tanto.

Direito de inclusão em base de dados, armazenamento em computador, microfilmagem e demais formas de arquivamento do gênero.

Os direitos de que trata o inciso IX do art. 26 apenas reafirmam os direitos de reprodução assegurados aos autores de obras literárias, artísticas e científicas, diante das novas tecnologias e da comunicação interpessoal por meio de computadores e seus programas de trocas e acesso pela rede Internet de informações. A dificuldade de fiscalização desse direito, entretanto, torna difícil o seu cumprimento. Mais que tutela autoral, a fiscalização exige regulamentação.

### **Direito de Sequência**

É o direito assegurado aos artistas plásticos e autores de manuscritos originais de participar da “mais valia” na revenda de suas obras (art. 38). Esse direito, o único patrimonial a se revelar inalienável e irrenunciável, corresponde, de acordo com a lei brasileira, ao percentual mínimo de 5% sobre o aumento de preço verificado entre uma transação e outra. Sua retenção e pagamento incumbem ao próprio vendedor, ou ao leiloeiro, que serão considerados depositários para todos os efeitos legais.

Conhecidos, então os direitos que os autores exercem sobre suas obras, revela-se evidente a dificuldade de uma só pessoa, ou um só titular, administrá-los. Esse problema apresenta solução: a filiação do autor ou titular a uma sociedade gestora de seus direitos (o que permite ao autor, e recomenda-se, só fiscalizá-la), que trataremos no capítulo seguinte.

## **4- Sociedades de Autores e Gestão Coletiva**

Estabelecida a premissa de que a cada reprodução e comercialização de exemplar, execução pública, representação pública,

radiodifusão de obra, entre outros direitos, corresponde um valor em pecúnia devido ao autor, ou ao titular de obra protegida, a título de direitos patrimoniais, surge o problema de como controlá-los, fiscalizando seu uso, correta remuneração.

Exercer a pessoa física criadora da obra, pessoalmente, todos os atos e cumprir todas as fases de industrialização, comercialização e distribuição, dependendo do tipo de obra, é tarefa talvez possível, mas impensável para a maioria dos autores e artistas. Como os problemas não são isolados e não possuem os autores o dom da ubiqüidade, optaram por delegar a função a sociedades de autores e/ou titulares que, além de controlar as autorizações, fiscalizariam seu correto cumprimento, arrecadariam o que de direito, praticariam a defesa dos direitos em juízo e fora dele, buscando as receitas devidas, distribuindo esses direitos.

As sociedades de autores, então, começaram a se organizar localmente, e, como a arte literalmente não conhece fronteiras, passaram a estabelecer conexões com sociedades estrangeiras, com o fim de controlar o nacional e o estrangeiro em seu território, em busca da mesma reciprocidade na sociedade estrangeira em território estrangeiro, na tutela do seu associado nacional e da respectiva obra naquele território.

No dizer de Martín Marizcurrena<sup>28</sup>, “as funções principais de uma sociedade de autores são as de recolher os direitos e logo distribuí-los entre seus titulares, sem prejuízo de outras funções subsidiárias, que são fundamentalmente: a prestação de serviços assistenciais, a promoção do “repertório” nacional e a participação da sociedade de autores na atividade cultural do país e que está inserida”.

As sociedades de autores são associações civis que nascem com a devida inscrição no Livro de Registros de Pessoas Jurídicas. No passado dependiam de autorização governamental para funcionar, mas, após a Constituição de 1988 tal exigência desapareceu sob o fundamento da natureza exclusivamente privada dos direitos geridos. E não se confundem com os sindicatos, que são entidades de natureza mista, para social, dependem de autorizações oficiais para funcionar, e voltados à defesa de uma determinada categoria profissional de empresas ou empregados, em questões de natureza trabalhista.

Muito embora a Constituição da República em 1988 tenha facultado aos sindicatos poderes de fiscalização no aproveitamento econômico das

---

<sup>28</sup> La gestión colectiva del derecho de autor: las relaciones entre las sociedades de gestión y los usuarios. “Num Novo Mundo de Direito de Autor”, tomo II, p.919

obras ou das interpretações (art. 5º, XXVIII, “b”), esse poder se esgota no exercício da fiscalização laboral, destinando a lei especial poderes de defesa, arrecadação e distribuição às entidades associativas que representam, não categorias profissionais, mas classes de autores e artistas que criem, produzam ou interpretem obras intelectualmente protegidas.

Nesse sentido, o artigo 100 da lei autoral prevê que *o sindicato ou associação autoral poderá, uma vez por ano, após notificação, com oito dias de antecedência, fiscalizar, por intermédio de auditor, a exatidão da contas prestadas a seus representados*. Obviamente, o sindicato de profissões ligadas à atividade intelectual pode verificar as contas decorrentes do vínculo de emprego, ficando, no entanto, a cargo das associações a verificação das contas decorrentes da percepção dos direitos patrimoniais de autor.

#### **a) Atos de filiação e autorização prévia**

Constituem-se as associações de titulares atendendo às exigências cabíveis a qualquer outra pessoa jurídica, sem fins lucrativos, e, a seguirem recomendação da OMPI, devem ser prioritariamente dirigidas pelos próprios autores e artistas, em função da categoria de direito gerido.

As sociedades devem obediência a todas as normas de caráter fiscal, trabalhista e previdenciário na organização interna, e costumam reter, a título de suporte administrativo, o percentual de 5% ( cinco por cento), da receita dos direitos patrimoniais que recolhem e distribuem. À exceção dos direitos de execução pública de música, cuja arrecadação, por força do artigo 99 da Lei nº 9.610/98, é monopólio de um único escritório central constituído a partir das próprias associações de autores, compositores, intérpretes, gravadoras e editoras musicais, todas as demais podem arrecadar e distribuir, diretamente, os direitos do autor ou artista que lhes são filiados.

Não pode o autor ou artista filiar-se simultaneamente em mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos, podendo, no entanto, transferir-se no momento que o desejar, obrigado tão somente a comunicar a mudança à associação a que anteriormente pertencia (art. 97, parágrafos 1º e 2º).

O ato jurídico que faculta às sociedades tanto a defesa dos direitos quanto a arrecadação da verba devida pelo uso da obra protegida é o ato de filiação, através do qual tornam-se as sociedades mandatárias, agindo em nome e por conta do autor ou artista outorgante. A partir daí, a sociedade se

encontra legitimada a atuar judicial ou extra-judicialmente em nome do autor seu filiado, agindo como substituto processual, subrogando-se nos direitos dele.

O mandato só confere poderes de administração, e segue as regras de validade previstas nos art. 653 a 691 do Código Civil de 2003. As associações poderão eventualmente praticar atos sem mandato, mas estes só serão considerados eficazes se posteriormente ratificados pelo mandante, no caso o titular de direito não associado.

Entretanto, e, independentemente do fato de estarem vinculados a uma sociedade de gestão coletiva de direitos, assegura a lei aos titulares de direitos autorais a faculdade de pleitear pessoalmente, diretamente, os direitos de defesa, arrecadação, e de conceder autorização, no curso do mandato válido, obrigando-se, apenas, a comunicar o fato à sociedade a que estiverem filiados (§ único do art. 98).

Filiado o autor, então, como fica a questão da exigência constitucional e legal da autorização prévia?

Ascensão<sup>29</sup>, depois de justificar a necessidade imperativa, em algumas situações como a execução pública, de os direitos serem confiados a uma sociedade de gestão coletiva, comenta a distorção que isto representa: “Esse direito de autor, que resultava tão individualizado na lei, é na prática um direito de representação obrigatória. O autor é a pessoa de quem se fala; mas não é a pessoa que fala. O que significa que tudo o que dizem as leis sobre a necessidade de o autor autorizar previamente a utilização é ficcioso: ao autor só cabe decidir que a obra seja utilizada. Troca isso na prática por um crédito a uma remuneração contra o ente de gestão.”

Na realidade, essas autorizações acabam sendo dadas pelas associações sem a consulta ou autorização prévia dos autores, de modo regular, como exceção à regra geral. Observa o imperativo constitucional sem deixar a lei de atender ao sistema internacional, que, por sua dinâmica, velocidade e regras de atendimento ao mercado, exige uma licença geral e necessária dada pelos autores às suas associações. “As sociedades que realizam a gestão coletiva de direitos de execução pública” explica didaticamente Lipszyc<sup>30</sup>, “contratam as autorizações de uso sem prévia consulta aos autores (administração coletiva plenamente desenvolvida) e ... o método primordial empregado para isso são *as licenças gerais* – ou

---

<sup>29</sup> Obra citada, p. 621

<sup>30</sup> Obra citada, p. 445

*globais* ou *em branco* - por meio das quais estas sociedades autorizam aos difusores, na forma, lugar e durante os prazos convencionados na licença, o uso de *todas* as obras do repertório que administram – nacionais e estrangeiras (a respeito das quais os autores exerceram o direito de divulgação) geralmente chamado *repertório mundial de obras ou repertório mundial de música protegida*”.

Assim, entre sociedades de gestão, a questão da autorização prévia fica relegada a um segundo plano, porque a própria existência da sociedade depende de manifestações anteriores dos autores realizadas através do ato de filiação.

Segundo Antonio Delgado<sup>31</sup>, justifica-se até mesmo a adoção do sistema de administração coletiva *necessária* ou *obrigatória*, como na hipótese de retransmissão por cabo de obras independentes emitidas por TV de sinal aberto, embora exceção à regra da autorização prévia, ou do exclusivo, vigente em Berna e em diversos países como princípio Constitucional, em virtude da: a) impossibilidade “real e absoluta” de tornar efetivo o direito sem a intervenção de uma sociedade de gestão coletiva; b) necessidade de “organizar” as remunerações, diante de múltiplos credores independentes; c) despersonalização do direito em face de seu exercício e; d) segurança jurídica das próprias relações entre autores e usuários intermediadas pelas sociedades, garantindo a estes o uso tranqüilo das obras e desonerando-os de um número expressivo de reclamações individuais de autores quanto ao uso.

## **b) fixação de preços**

A finalidade principal das associações e sociedades de gestão coletiva é a arrecadação dos direitos patrimoniais de autores e intérpretes, embora possa, perfeitamente, o autor autorizar o uso gratuito de sua obra, ou doá-los a quem o deseje. Nesta hipótese haverá de comunicar a associação a que esteja vinculado com a devida antecedência, observados, na última hipótese, os arts. 538 e 539 do Código Civil de 2003.

Quais os critérios usualmente empregados pelos gestores das sociedades, para uniformizar o recolhimento tanto dos chamados *pequenos direitos* (direitos de execução pública musical), como dos chamados *grandes direitos* (direitos de representação pública)? Diversos, seja em função do tipo, ou modalidade de utilização pública, seja em função do chamado usuário. Entretanto, quaisquer que sejam os critérios todos

---

<sup>31</sup>Gestión colectiva necesaria: el problema y sus soluciones. Num *Novo Mundo de Direito de Autor* Tomo II, p. 942



seguem um mesmo princípio: o da liberdade do autor ou de seu intitulado, na fixação do preço. Tanto no caso das representações das obras literárias, como nos direitos de inclusão, de tradução, ou de adaptação, utilizam as sociedades uma remuneração fixa por utilização, respeitado um piso, um mínimo, pelas utilizações. Também nada impede que as sociedades estipulem um critério misto, que corresponda a uma parte fixa e a uma porcentagem, seja de bilheteria, seja do faturamento publicitário, seja na *plus valia*.

O sistema mais simples, na complexa arrecadação de direitos de execução pública musical, que se adota como exemplo, é o que se baseia na aplicação de um percentual sobre a bilheteria. É amplamente utilizado em casas de espetáculos. Mas existe também um sistema baseado numa quantia fixa mensal (*forfait*) fixada em contrato celebrado entre associações e empresas que costuma ser utilizado pelas emissoras de rádio e televisão, no mundo todo, e que encontra assentamento na jurisprudência sem ferir o princípio da livre estipulação do preço do uso da obra pelo próprio autor. Por esse sistema, ficam as emissoras autorizadas a se utilizarem de todas as obras dos autores filiados às sociedades partes no contrato quantas vezes o quiserem, dentro do prazo contratual. Sobre a legitimidade do procedimento já se posicionou desde 1951 através de um julgado do Juízo da 6ª Vara Cível do Distrito Federal, citado por Dirceu de Oliveira e Silva<sup>32</sup>: “*As sociedades arrecadadoras de direitos autorais podem estabelecer o sistema de cobrança pelo critério do “forfait” – quantia fixa mensal – pelo uso de seus repertórios musicais nas estações de rádio. O critério de pagamento por número executado, em virtude das freqüentes alterações dos programas previamente aprovados, possibilita a sonogação de obras irradiadas*”.

### **c) O sistema de arrecadação única, o ECAD. Distribuição**

O Brasil conhece um sistema múltiplo de associações de titulares de direitos: vários para uma mesma categoria de direitos como a administração de obras musicais; um para cada uma das diferentes categorias de direitos (como produtores e intérpretes musicais, autores teatrais); nenhum para determinadas categorias, como a dos artistas plásticos ou dos coreógrafos, e um único órgão arrecadador e distribuidor de direitos de execução pública musical.

Vanisa Santiago<sup>33</sup>, em palestra intitulada “Gestão Coletiva dos Direitos de Autor e Conexos. Associação de Titulares e o ECAD.

---

<sup>32</sup> Obra citada, p. 320

<sup>33</sup> APAMAGIS – associação Paulista de Magistrado, São Paulo, novembro de 1996

Arrecadação de Direitos no Exterior” sobre a centralização da arrecadação dos direitos de execução pública musical em um único órgão opina: “[...] o legislador brasileiro, ao determinar a centralização da gestão coletiva, ocupou-se apenas do campo onde se produziam os problemas mais sérios na prática do direito autoral, ou seja, com o sistema dos direitos de execução pública musical de obras e fonogramas, muito embora, segundo a opinião de importantes juristas brasileiros, a primeira intenção do legislador, ao determinar a organização dessa entidade, seria a de criar um tipo de federação que abarcasse todas as categorias de direitos, o que afinal não se concretizou.”

Examinemos com um pouco mais de atenção o funcionamento do órgão central de arrecadação de direitos de execução pública musical no Brasil, o ECAD- Escritório Central de Arrecadação e Distribuição a quem cabe formular a política e a normatização da arrecadação e distribuição dos direitos de execução pública musical nos locais descritos pelo parágrafo terceiro do art. 68 da lei 9.610/98, com base nos direitos previstos no parágrafo segundo do mesmo artigo (competência em razão da matéria, e competência em razão do lugar) tem sua legitimidade adstrita ao repertório (leia-se obras musicais) representado pelas associações que o integram.

Trata-se de um colegiado composto pelos representantes das associações de titulares de direitos autorais e conexos sobre obras musicais e fonogramas, com sede no Rio de Janeiro, e escritórios nas principais capitais do país, dotados de autonomia administrativa, corpo de funcionários próprio, que inclui cadastradores de usuários, e fiscais.

Obedece a um regulamento de arrecadação aprovado em Assembléia Geral, que poderá autorizar a utilização de todas as obras do repertório representado pelas associações que o integram, independentemente do número de obras a serem utilizadas através de uma estimativa de receita, um fixo ou uma participação em receita bruta (bilheteria, patrocínios, publicidade) em caso de shows, espetáculos e casas noturnas. Os usuários, quais sejam, os contribuintes do ECAD, são classificados segundo o tipo de atividade econômica e frequência de utilização das obras: ou é permanente, quando se utiliza habitual e constantemente das obras do repertório administrado pelo ECAD; ou é eventual, quando as utiliza de modo não habitual; ou é geral, que o Regulamento define como *aquela que não foi enquadrado como emissora de radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, circo e parque temático, sala de projeção, promotor de show, espetáculo e eventos especiais.*

O ECAD utiliza-se de três métodos de distribuição: a) direta – quando o resultado da bilheteria, baseado em roteiros musicais e planilhas de gravação, que permite a identificação de cada obra musical utilizada, é dividido diretamente entre os autores e titulares daquelas obras executadas, o que é possível em espetáculos musicais ou dramático-musicais, cinemas, obras audiovisuais; b) indireta – quando a identificação obra a obra, autor a autor, resulta de quase impossível verificação, ou sua relação custo-benefício não compense, o que leva ao critério de distribuição por amostragem, utilizada sobre os valores arrecadados com execuções em rádios, TVs, música ao vivo em milhares de bares e restaurantes espalhados pelo país; c) indireta especial, que também se realiza por amostragem específica em determinados eventos como Carnaval e Festas Juninas, e no caso dos músicos acompanhantes, desde que tenham atuado entre os 650 fonogramas mais executados.

Do total arrecadado, o ECAD reserva cerca de 20% (vinte por cento) para sua administração interna, distribuindo entre as obras mais executadas o excedente, através de um sistema de pontuação. Cada porção do crédito é reunido por associações de titulares a quem, repassados os valores, as quais, por sua vez, retêm outros 5% (cinco por cento) para fazer face aos seus custos internos de operação e o restante é distribuído aos seus associados - compositores, cantores, músicos, gravadoras, editoras musicais. E quanto aos titulares não filiados a uma associação, já que o ECAD é órgão apenas de arrecadação, e não de filiação, o que impede o repasse direto aos não filiados? As obras dos compositores ou músicos não filiados a associações não são catalogadas, e são classificadas como “pendentes de identificação”. Os valores de utilização, em virtude do sistema único de arrecadação, são normalmente recolhidos ao ECAD, mas são depositados à conta de valores retidos. As verbas retidas, e não reclamadas após cinco anos, são incorporadas pelo ECAD como receita administrativa.

Inúmeras questões se levantaram quanto à legitimidade de o ECAD cobrar ou fixar o valor de remuneração pela execução de uma obra musical. Tanto num quanto noutro caso, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou favoravelmente ao escritório único.

Quanto à legitimidade para cobrança, em votação unânime, o Ministro Barros Monteiro, no Recurso Especial nº 81.964 (RS), assim declarou: *“DIREITOS AUTORAIS. LEGITIMIDADE DA PARTE ATIVA AD CAUSAM DO ECAD. Possui o ECAD legitimidade para promover a ação de cobrança das contribuições devidas pela execução pública de composições musicais independentemente da comprovação do ato de*

*filiação feita pelos titulares dos direitos reclamado. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido.”*

E quanto ao poder de unilateralmente fixar o preço de cobrança, assim se manifestou o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, do STF, em votação também unânime (Rec. Especial n. 151.181 de 09/02/99 (GO): *“Não pode o Poder Judiciário fixar o valor dos direitos autorais. Os titulares e suas associações que mantêm o ECAD, é que podem fixar os valores para cobrança dos direitos patrimoniais decorrentes da utilização das obras intelectuais, como decorre da disciplina positiva. Recurso conhecido e provido.”*

#### **d) Relações entre sociedades nacionais e estrangeiras**

O panorama estrangeiro sobre gestão coletiva varia de país para país, sendo consenso entre seus gestores que a centralização e unicidade de associações contribuem, e muito, para a mais efetiva gestão de direitos.

Através de contratos de reciprocidade, as diversas associações de autores e/ou titulares de direitos autorais recolhem os direitos patrimoniais pela utilização pública de uma obra dentro dos limites territoriais do país onde tem jurisdição, e os repassam às associações do país de origem do autor ou sede do titular, obedecida as legislações fiscais e tributárias respectivas. O sistema funciona, embora sujeito às oscilações da moeda e dos planos econômicos dos países em que a operação ocorra.

Quanto à arrecadação e distribuição de direitos conexos, informa Vanisa Santiago<sup>34</sup> que vigoram os princípios do denominado Protocolo de Londres, segundo o qual o que se cobra em um determinado país onde o exercício do direito ocorra, fica dentro dele, distribuindo-se apenas os direitos relativos aos fonogramas nacionais. Os relativos aos fonogramas estrangeiros aqui executados, ou são destinados a algum tipo de incentivos a músicos, ao combate à pirataria, ou a outros fins.

As diversas associações de autores do mundo, para o fim de uniformizar suas próprias normas de gestão e enfrentar o poderio econômico dos difusores, reuniram-se numa espécie de Confederação, a CISAC (Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores), com sede em Paris, organização não-governamental, de caráter privado, sem fins lucrativos, e politicamente apartidária.

---

<sup>34</sup> “As regras de Domínio Público em Direito de Autor e Conexos e sua Aplicação Prática”. Rio de Janeiro, palestra promovida pela União Brasileira de Compositores – UBC, maio de 1999,

Tem por escopo a CISAC promover esforços no sentido de integrar as associações nacionais a um sistema internacional dinâmico e onde imperam as reciprocidades, sem interferência nas ordens internas de cada sociedade. Promove, para esse fim, reuniões freqüentes em todo o mundo, tratando de reforçar os sistemas locais de administração e gestão desses direitos. É a CISAC, por exemplo, que disponibiliza para todas as sociedades os respectivos repertórios, sendo os mais organizados e mais completos os administrados pela SUIISA (Suíça) e pela ASCAP (EUA). É, também, da CISAC a iniciativa, em caráter mundial, de estabelecer um código para cada fonograma gravado, e que constituam os repertórios de cada associação de titulares de direitos, para a perfeita identificação de todos os autores e titulares de direitos autorais e conexos, e correta distribuição dos rendimentos auferidos nacional e internacionalmente. Esse sistema, ou codificação, no Brasil denominado “GRA”, está sendo substituído por um sistema baseado em linhas d’água, de padrão internacional, identificável pelas sociedades gestoras e arrecadoras de todo o mundo, e comum aos três principais territórios autorais: América Latina, países de sistema anglo-saxão, e Europa/Ásia/África.

## **CAPÍTULO 5**

### **OBRAS PROTEGIDAS**

#### **1) Originalidade e criação**

Só há que se falar em direitos autorais onde houver obra protegida.

As obras, para gozarem da proteção autoral, terão de estar dentro do prazo de proteção da lei, ser fixadas por qualquer meio ou suporte, e ser consideradas originais, isto é, não podem ser réplicas ou reproduções de outras já existentes.

A conceituação de originalidade demandou boas doses de discussões, e mais, ainda, de tinta, de doutrinadores e magistrados, dada a ausência de conceituação legal. Mas não se conseguiu sair do campo da subjetividade. O original presta-se tanto ao conceito de novidade - o que em matéria de criações do espírito é tão relativo quanto contingente -, como ao conceito de matriz, e é nesta última que se encaixam as convenções internacionais, mormente as direcionadas pelo sistema da obra publicada.

O conceito de original não deve ser confundido com o de originário. Obra originária (art. 5º, VIII, “f”) é a criação primígena da qual decorrem outras obras adaptadas, traduzidas, musicadas, etc. Originária é aquela que pôde ser transformada em outras de gênero diferente, como o livro que deu origem ao filme.

A obra que dá origem a uma série de outras obras semelhantes, inaugurando uma tendência, retira das demais a igual condição de serem originais, no sentido de novas? Não, porque o que realmente distingue uma obra de outra é a sua **identidade**, a sua individualidade, resultado criativo da combinação de diferentes elementos comuns. Por outro lado, as tendências históricas, culturais, e de mercado, constituem-se em espécie de bússola de novas obras, sendo impossível apurar aquele que seria seu primeiro idealizador.

Todas as obras são fruto do espírito criador de pessoas que vivem num determinado ambiente físico e geográfico e num dado momento histórico, sofrendo as inevitáveis influências de ambos. Ora a moda é interatividade, ora a moda é pintura abstrata, ora a moda são livros de auto-ajuda, ora é música regional. Muitos autores de obras deixam-se guiar, consciente ou inconscientemente, pelas tendências de mercado. Nem por isso as obras deixarão de ser mais ou menos criativas.

Deveria a lei autoral tratar diferentemente o artista ou autor genial, criador de tendência, daquele outro que, igualmente criativo a segue? Positivamente não, porque protege a lei qualquer obra que contenha elementos criativos, e não uma obra mais criativa que outra, ou autor mais criativo que outro. Portanto, é a criação fixada a condição de proteção, e não a originalidade em relação ao universo das obras criativas.

O debate em torno da originalidade prestou-se a inúmeras confusões. Como a lei não requisita a originalidade como condição de proteção, direcionando esta ao resultado tangível de uma criação, basta que uma obra seja criada e publicada para que seja protegida contra cópias não autorizadas. Esse o sentido da proteção: não um monopólio sobre a criação abstratamente considerada, mas um privilégio, uma exclusividade, na reprodução do suporte, ou na utilização pública da obra.

Até poucos anos atrás não se duvidava de que, para gozarem de proteção autoral, tinham as obras intelectuais de pertencer ao domínio das ciências, das artes e da literatura.

A Constituição da República de 1988 suprimiu a expressão *obras literárias, artísticas e científicas* do texto do inciso XXVII do artigo 5º. Entretanto, a Lei nº 9610/98, lei especial, à qual a própria Constituição faz referência, em diversos artigos, reporta-se às obras de caráter literário, artístico e científico. São exemplos os art. 7º, I e § 3º; art. 11º; art. 12º; art. 15º, § 1º; art. 28º; art. 29º, VIII; art. 31º; art. 46º, I, d; art. 46º, V; art. 46º, VIII; art. 53º; art. 54º; art. 81º; art. 103º. O que leva à natural conclusão de que outras obras do espírito, que não as tradicionais literárias, artísticas e científicas, poderão ser consideradas obras intelectualmente protegidas.

As duas Convenções Internacionais, de Berna e de Genebra igualmente fazem constar de seus textos a expressão *obras literárias, artísticas e científicas*.

Berna, além de se intitular uma convenção relativa à proteção das obras literárias e artísticas, repete no artigo 2º que os termos “*obras literárias e artísticas*” *compreendem todas as produções do domínio literário, científico e artístico qualquer que seja o seu modo ou forma de expressão*”. Genebra, de seu turno, intitula-se uma convenção universal sobre o direito de autor, e no preâmbulo afirma que esse direito se exerce *sobre as obras literárias, científicas e artísticas*, obras publicadas (artigo II).

Mas, o acordo TRIPS retirou-a de seu texto, cunhando em seu lugar, e em nível internacional, a expressão *propriedade intelectual*, regulada nas Seções 1 a 7 de sua parte II, reconhecendo que outras obras que não pertençam ao tradicional domínio das artes, da ciência e da literatura possam vir a gozar do exclusivo e inviolável sistema de proteção.

Entretanto, e surpreendentemente, o legislador da OMC voltou a usar a expressão *obras literárias* na seção dedicada aos *Direitos de Autor* unicamente para equipará-las aos programas de computador. Curiosamente, a semelhança entre programa de computador e outras obras de caráter literário é nenhuma.

Como leis internacionais podem conflitar com os sistemas jurídicos nacionais, a condição de protegibilidade da obra intelectual segue as leis nacionais que regulam os direitos de autor em cada país. Por essa razão, tanto o legislador nacional (art. 7º) como o internacional de Berna e Genebra, antes de apresentar o rol das obras protegidas, mencionam que, *tais como* as obras elencadas no rol legislativo, outras obras do espírito podem merecer tal proteção. Um rol que a doutrina chama de meramente exemplificativo pela possibilidade de outras obras virem a merecer o

designativo de obra protegida, seja através de lei especial, seja através da jurisprudência.

Com efeito, todas as obras protegidas pelas leis autorais são obras do espírito, mas nem todas as obras do espírito são consideradas obras intelectualmente protegidas. A classificação dependerá do atendimento a alguns requisitos que o sistema jurídico interno impõe. São exigências para o reconhecimento da proteção autoral às obras intelectuais:

- a) que constem do rol do art. 7º da Lei nº 9.610/98 e/ou do artigo 2 da Convenção de Berna; ou
- b) que, por reconhecimento judicial, sejam consideradas criações do espírito;
- c) que, por imposição legal, sejam consideradas obras intelectuais protegidas ; e
- d) que se encontrem dentro dos prazos de proteção da lei aplicável à época de sua publicação.

A condição de obra protegida poderá também decorrer de uma declaração entre partes em contrato que tenha por objeto obra intelectual. Entretanto, essa declaração só produzirá efeito entre elas, não alcançando, seus efeitos, terceiros não partícipes da relação de vontade.

## **2 - Natureza Jurídica da obra literária, artística e científica**

A natureza jurídica da obra intelectual é a equivalente à de um bem jurídico móvel, uma *res*, uma coisa, como as disciplinadas nos artigos 82 a 84 do Código Civil de 2003. Mas, com estes não se confunde.

São móveis, de acordo com o art. 82, *os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alterações da substância ou da destinação econômico social*. São considerados móveis, para efeitos legais, tanto os direitos reais sobre objetos móveis como os direitos pessoais de caráter patrimonial, e as ações correspondentes.

Uma coisa móvel se aliena pela tradição, entretanto, na obra intelectualmente protegida só se aliena o seu suporte, pois os direitos de ordem imaterial que lhe são intrínsecos não se transmitem aos domínios do adquirente.



Uma obra não é um livro com páginas em branco: é o texto, são as ilustrações, desenhos gráficos, que nele se imprimem. O papel é apenas o suporte. Obra não é uma fita magnética virgem, mas o conjunto de sons e imagens que nele se fixam, bens intangíveis que aderem ao chamado *corpus mechanicum*. Esses direitos imateriais pertencem aos seus criadores, e não a quem detenha a propriedade do livro ou da fita.

Qualquer consumidor pode adquirir um livro, um CD, uma fita de vídeo e um DVD, mas torna-se tão-somente proprietário da base tangível, não exercendo quaisquer direitos – de reprodução, de adaptação ou de comercialização – sobre o conjunto de bens imateriais apostos sobre essa base, e de propriedade de terceiros (músicos, compositores, roteiristas, intérpretes, produtores, etc.).

### **3. Classificação das obras legalmente protegidas**

Em seu artigo 7º, a nossa lei especial apresenta um rol de obras protegidas, que se igualam à dos países membros das Convenções Internacionais sobre direitos de autor. Analisemos uma a uma:

#### **a) os textos de obras literárias, artísticas e científicas**

Diferentemente da lei anterior que, repetindo o conteúdo de Berna, o artigo 2º, alínea 1, considerava protegidos os livros, brochuras, folhetos, cartas, missivas e **outros escritos**, nossa lei afasta da proteção os escritos que não sejam considerados obras literárias, artísticas ou científicas.

Texto de obra literária é o romance, a poesia, o comentário, o livro didático, os artigos jornalísticos, os ensaios, as teses, o argumento cinematográfico, a tradução e outros assemelhados.

A respeito da obra científica, é importante frisar que uma obra que trate de biologia molecular, ou de hematologia, não é protegida em função de seu conteúdo científico. É protegida em função da forma literária que assume. Os inventos científicos, quando não pertencerem ao domínio comum da humanidade, podem ser objeto de proteção pela propriedade industrial, obedecidas as condições e limitações exigidas pela lei própria (Lei nº 9.279/96). Por isso o legislador tratou de esclarecer no § 3º do art. 7º que *“no domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.”*

E não são protegidos como textos literários escritos diversos como manual de instruções, bulas de remédios, e outros que tais, por não apresentarem caráter cultural, literário ou artístico, ou por serem meramente descritivos de mecanismos ou de sistemas, em que o elemento criativo não predomine.

Textos artísticos dependerão da avaliação subjetiva do leitor, ou do julgador, dada a ausência de conceituação legal, e porque todo texto é, por definição, literário.

Textos costumam ser comercializados em livro, um tipo de suporte mecânico. O suporte pode também ser um CD- ROM, um folheto ou uma tela de computador.

Como nenhum avanço tecnológico retirou do livro gráfico a preferência do leitor de texto literário, ou científico, o suporte mais comum da obra literária, conheçamos um pouco de sua produção, a cargo do editor.

Tradicionalmente, o processo de industrialização do livro começava com a entrega dos originais ao copidesque, cujo trabalho era o de remanejar o texto, sem qualquer alteração de seu conteúdo, a fim de ser melhor assimilado pelo leitor a que se destinasse. Em seguida, o texto era submetido a um estudo de arte e programação visual, que decidia o projeto e seu formato gráficos (número de páginas, tipo de letra, ilustrações, capa, etc.). Passava, então, para a fase que se chama de preparação em que o texto é submetido a divisões, linhas grifadas, rodapé, e daí para a digitação. Hoje, diferentemente do método tradicional, todas essas etapas são feitas com o auxílio de um computador, mas ainda não observadas.

Em todas essas fases de confecção do livro age o revisor, cuja função é a de corrigir erros de grafia, acentos, pontuação, sem qualquer interferência no conteúdo do texto. Da última revisão, o texto já diagramado vai para a “finalização” ou arte final, desta para a produção gráfica (fotolitos ou computador) e, passo definitivo antes da impressão de exemplares, chega-se à confecção das chapas que alimentarão as máquinas impressoras, ou rotativas.

#### **b) as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza**

Aulas, seminários, discursos, palestras são obras da mesma natureza das conferências e sermões.

A proteção que a lei confere a essas obras diz respeito à impossibilidade de reprodução das conferências e assemelhados por meios gráficos, magnéticos, ou de qualquer outro modo de captação do conteúdo, por qualquer pessoa física ou jurídica, sem o consentimento do conferencista.

Tanto o texto de uma conferência como a aula de um professor não poderão ser “apostilados” por terceiros, sem o seu consentimento, seja porque só ele pode autorizar a reprodução e a comercialização, como porque os textos captados por terceiros podem não refletir fielmente o pensamento do autor (a palavra falada tem uma dinâmica diferente da palavra escrita), o que, conferido o crédito, pode ensejar o seu repúdio e dar ensejo a ações por dano moral, e/ou violação de direito moral de autor em função das alterações.

### **c) as obras dramáticas e dramático-musicais**

Por obras dramáticas, durante algum tempo, doutrina e jurisprudência entendiam ser o texto de um drama ou de uma novela. Também o legislador, hoje, parece incidir em equívoco. O texto de um drama, de uma novela, de um conto, é uma obra literária, e já é objeto de proteção capitulados pelo legislador no item I do artigo 7º da lei especial, ora em exame.

Obra dramática ou dramático-musical é a concepção cênica de um texto literário já publicado, ou confeccionado especialmente para representação, apresentada num palco ou em outro espaço próprio, através do qual movimentam-se personagens (intérpretes) e sons orientados por um diretor. Obra dramática é a teatralização de um texto, isto é, a adaptação de um texto literário à linguagem cênica.

Uma obra dramática ou dramático-musical, tal como uma obra audiovisual, é fruto da fusão de diferentes técnicas e obras, como o texto, a música, a iluminação, o cenário. Mas é o diretor, o autor da obra dramática, quem rege as diversas obras, e interpretações de artistas, que resulta, em seu conjunto, em obra nova.

À obra dramática, ou dramático-musical, correspondem os direitos do autor quanto à representação do texto, e os do diretor em relação à concepção cênica.

Se o texto for resultado de uma co-autoria em que ambos os autores autorizaram a sua representação, nenhum deles poderá revogá-la isoladamente (art. 75). O texto literário levado à representação teatral cria uma espécie de condomínio singular entre autor e o empresário do espetáculo, do qual o legislador excluiu o diretor. É que, de acordo com os artigos 71 e 73, os principais intérpretes e os diretores de orquestra ou coro devem ser escolhidos e/ou substituídos de comum acordo pelo autor e pelo produtor, não podendo, por outro lado, o autor, isoladamente, alterar a substância da obra dramática, representação de seu texto literário, sem o acordo do empresário.

E nos termos do artigo 74 o autor de obra teatral, do texto literário levado ao teatro, ao autorizar sua tradução ou adaptação *poderá fixar prazos para utilização dela em representações públicas*. Não o fazendo, o tradutor não poderá opor-se a que seja feita ou utilizada outra tradução, que não pode ser cópia (espelho) da sua.

**d) as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma**

O que o legislador visa aqui proteger, neste inciso, não são os passos de danças que pertencem à própria tradição cultural da humanidade, atravessando gerações muitas vezes de forma irretocada, mas as seqüências de gestos e passos rítmicos combinados com elementos de linguagem cênica (cenário, figurino, iluminação) que resultam no que se chama de coreografia, ou um espetáculo de mímica.

Por tal razão, o legislador condicionou a proteção à possibilidade escrita, ou passível de registro por outros meios, incluindo os eletrônicos, certamente visando ao meio de prova, e à anterioridade.

O clássico *Bolero de Ravel* pode ser coreografado tantas vezes quantas o gênio humano o permita, por gerações e gerações de bailarinos, mas a sobejamente conhecida e difundida coreografia de Maurice Béjart – aquela seqüência de gestos e passos fixada no filme *Les Uns et Les Autres* (no Brasil, *Retratos da Vida*) só poderão ser repetidas em espetáculos ao vivo, ou gravações, com autorização de Béjart, ou, sendo o caso, de seus herdeiros e /ou sucessores.

O mesmo se aplica às obras pantomímicas, aquelas em que o intérprete ou intérpretes se comunicam com o público apenas através de gestos e olhares, dispensando a emissão de palavras ou diálogos durante a representação.

### **e) as composições musicais, tenham ou não letra**

Teatro e música são as manifestações artísticas mais antigas de que se tem conhecimento, à parte das pinturas pré-históricas. À melodia, que nasceu a partir da imitação dos sons da natureza, justapôs-se a letra. A combinação peculiar de ambas, letra e melodia, obras a princípio autônomas, resultaram nas composições musicais.

A obra musical, não definida pelo legislador, é a combinação de sons (melodia), ou de sons e texto (letra) feita por um ou mais compositores, destinada à interpretação através do uso canoro da voz humana e/ou de instrumentos de som.

O verso musical pode ser editado apenas como letra, e a melodia através de partitura, com ou sem letra. Ambas são obras protegidas isoladamente, o verso como texto literário e a melodia como obra musical. A respectiva combinação, interpretadas e fixadas em suporte mecânico, também será uma obra musical.

A obra musical também pode ser feita sob encomenda, como é o caso dos chamados *jingles* para anúncios comerciais, como trilhas sonoras compostas especialmente para filmes.

### **Edição e Gravação de obra musicais**

Quais os caminhos percorridos para a confecção de um suporte da obra musical, o mais comum, o disco, ou o *compact disc*, ou, CD da mente do criador até a prateleira da loja?

Para chegar ao disco, ou ao CD, que se pode escutar em ambiente doméstico ou público, há uma longa trajetória, cumprida na maior parte pelas empresas que compõem a indústria da música.

O primeiro passo no sentido da comercialização da obra musical é usualmente dado com a edição da letra e da melodia, através de uma partitura, que é a transcrição em símbolos da linguagem musical, e serve à sua publicidade.

A edição de uma música não é obrigatória (pode haver gravação de inéditos), e pode ser feita diretamente pelo autor, ou através das editoras musicais, empresas comerciais que têm por finalidade a divulgação da obra musical e sua venda em caráter de exclusividade, como *res* que é. Em troca da cessão de direitos exclusivos, o editor musical obriga-se a mandar

confeccionar a partitura e a comercializá-la, autorizando, a partir daí, todos os usos públicos da composição musical, e a agir contra o uso não autorizado dela. Cabe ao editor musical, portanto, do mesmo modo que ao editor gráfico (art. 53), e guardadas as devidas peculiaridades, a obrigação de elaborar uma partitura, reproduzi-la e divulgá-la em caráter de exclusividade, e por um determinado período.

Na verdade, e ao contrário do que se verifica na prática, o papel do editor musical não é o de acumular um acervo e esperar que o interessado em seu uso público apareça. Seu dever é o de comercializar a obra, de que é detentor patrimonial, movendo-se em direção aos grandes produtores de fonogramas e de audiovisuais, principalmente de filmes, novelas e publicidade, fonte rentável de uso desse patrimônio intelectual.

Estará infringindo o contrato de edição o editor musical que, violando norma legal, não promover esforços para divulgá-la junto ao público específico, seja através da disponibilização de partituras, seja através da implementação de técnicas de comercialização junto à indústria da difusão e do entretenimento.

Na edição musical, o papel do editor é de menor complexidade que o do editor de livros porque o produto acabado que disponibiliza ao público é a partitura, enquanto que a obra musical é produzida em fases densas e distintas pelo produto fonográfico. Cabe a este confeccionar a obra do modo como chegará ao público consumidor, bem como o controle do uso e das cópias.

Os contratos entre editoras musicais e autores costuma reservar de 25% (vinte e cinco por cento) a 30% (trinta por cento) dos valores pelos quais se negocia a obra musical a título de comissionamento para os editores. Não é regra legal, trata-se de praxe negocial.

Para se obter o produto acabado, é preciso um estúdio de gravação, músicos e direção artística. Estúdios são alugados por preço-hora, músicos cobram cachê por dia de gravação, e diretor artístico por hora, dia ou produção.

O resultado das horas de gravação é condensado e fixado em uma fita *master* conhecida por DAT (Digital Audio Tape). Em seguida, esse DAT é editado (“mixado”), processo segundo o qual se equalizam os sons, aumentando o de alguns instrumentos e diminuindo o de outros. A fase seguinte é a de “pré-masterização”, com interferência do computador para tirar ruídos e melhorar a qualidade da gravação, selecionar a ordem das

composições, dar espaço entre as músicas etc. Daí se segue a “masterização”, que é a fixação final em CDR (Compact Digital Record) que se assemelha ao resultado final do próprio CD (dourado ou prateado). Essa matriz é prensada pelos fabricantes de suportes, em tantos exemplares quantos encomendados pelo produtor. As atividades dos fabricantes não se confundem com as dos produtores, reduzindo-se à duplicação de exemplares. A fase final diz respeito ao acabamento, isso é, capa e embalagem, cuja produção também é de responsabilidade do produtor fonográfico, e impressa em gráficas.

Toda vez que uma obra for gravada ou regravada por intérprete de voz ou de instrumento diferente, deverá ser obtida prévia autorização do autor, ou da editora cessionária dos direitos do autor para a produção desse novo fonograma. O mesmo sucede quando a composição gravada interessa ao produtor de um espetáculo, ou de uma obra audiovisual, para música de fundo ou trilha sonora. É o chamado direito de inclusão de uma obra musical (ver capítulo sobre direitos patrimoniais), que igualmente depende de prévia e expressa autorização do autor ou do editor ou editora musical ao qual cedeu seus direitos. O fundamento legal dessas autorizações está no artigo 31 da Lei 9.610/98, implicando diferentes modalidades de utilização da obra musical. O preço, neste caso, é livremente estipulado entre autor/editora, e empresários.

Os contratos entre os autores, e as gravadoras, ou produtores fonográficos, para a venda de discos, costumam remunerar o autor na forma de percentuais incidentes sobre preço de venda da gravadora junto a seu revendedor, dividido pelo número de faixas do CD. Durante longo tempo e até 1999, esse percentual, no Brasil, foi consensualmente fixado em 8,4%. Depois disso, foi fixado, unilateralmente, pelos editores musicais em 9,17%. Não há texto normativo nacional ou internacional que estabeleça percentuais nesse sentido, deixando-os os legisladores a cargo das partes interessadas.

Entre artistas, cantores, musicistas e gravadoras, na produção do fonograma, não há a interveniência do editor musical. Aqueles contratam diretamente, ou através de agente/empresário, com as gravadoras ou produtores fonográficos, e recebem um percentual que varia de 3 a 15%, dependendo da fama ou prestígio dos intérpretes. Esse percentual vigora por faixa de disco em que atuem, calculados sobre o preço de revenda, e divididos proporcionalmente. Músicos acompanhantes costumam receber uma remuneração única pelo trabalho (cachê), e não participam da distribuição de direitos, porque se limitariam a executar uma partitura.

Esses rendimentos percentuais em espécie, que são devidos a compositores (autores), cantores e músicos (intérpretes) por cada disco, CD ou qualquer outro suporte vendido, nos casos dos autores, são chamados de direitos fonomecânicos, e, no caso dos intérpretes, de direitos artísticos.

### **Execução pública de obras musicais**

Os direitos de execução pública musical são aqueles de que são beneficiários autores, editores musicais, produtores fonográficos e artistas toda vez que suas músicas são executadas publicamente, isto é, em bares, teatros, shows, rádios, tvs, ou locais de frequência coletiva descritos no §3º do art. 68 da lei especial.

Cada vez que uma música é tocada em rádio, em uma casa noturna, no supermercado, em praça pública, em shows, em cinemas, em teatros, o fato gera um direito patrimonial aos autores, editores e titulares dos fonogramas, que receberão um percentual sobre a bilheteria, ou sobre o faturamento, ou sobre a receita publicitária, ou sobre a extensão do espaço físico, conforme o caso.

Nada impede que os titulares de direitos autorais pratiquem pessoalmente os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos, fixando valores para essa utilização, cobrando-os e arrecadando-os. Entretanto, como essa é também uma atividade complexa, eles as delegam às associações de titulares de direitos autorais e conexos, que, por sua vez, delegam, por imposição legal, a arrecadação e distribuição a um escritório único (ECAD).

### **f) as obras audiovisuais sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas**

O legislador pátrio define o que vem a ser uma obra audiovisual (art. 5º, VIII, i): *a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado, inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação.*

Extrai-se, pois, da definição de obra audiovisual, que qualquer sucessão animada de imagens ou de sons e imagens, fixadas em suporte mecânico e destinadas ao público, por qualquer veículo a alcançá-lo, trata-se de uma obra audiovisual.



Diferentemente do legislador anterior, de 1973, que considerava protegidas apenas as obras cinematográficas (filmes e telenovelas) e as obras videofonográficas (videoclipes), o legislador de 98, seguindo mais uma vez a tendência internacional, passou a estender a proteção a todas as categorias de obras audiovisuais de que a cinematográfica e a videofonográfica são espécies. A disposição constitucional exige como condição de proteção que as obras sejam classificadas como intelectuais, e a legislação especial que também possam ser consideradas criações do espírito.

Podem, pois, ser consideradas obras audiovisuais protegidas os filmes de ficção, os documentários, as produções seriadas ou teatralizadas, os filmes publicitários, os videoclipes, os filmes institucionais, entre outros.

A obra audiovisual é sempre uma obra coletiva, pois concorrem para sua elaboração diferentes outras obras, reunidas e organizadas através de um titular que assume os riscos artísticos e comerciais do empreendimento, dando ao resultado uma nova identidade.

Exemplo típico de obra coletiva, a obra audiovisual tem, por expressa disposição legal, a autoria compartilhada pelo autor do argumento literário ou musical, e pelo diretor (art. 16º, “caput”). Diferentemente do que vigorava até a lei anterior, o produtor não é mais co-autor legal da obra cinematográfica. Mas pode vir a sê-lo em duas hipóteses: quando toma a iniciativa do empreendimento, organizando-o, interferindo nos aspectos criativos da obra, ou por cessão dos direitos patrimoniais dos co-autores, roteirista e diretor. O que a nova redação da lei buscou foi excluir o produtor dos direitos e obrigações inerentes à autoria quando do empreendimento só participasse financeiramente.

No desenho animado, além do roteirista e do diretor, a lei considera co-autores também os desenhistas, o que equivale dizer que a obra audiovisual de desenho animado só poderá ser exibida publicamente se contar com a autorização de cada um dos artistas, pessoas físicas autoras dos desenhos.

A obra audiovisual sobre a qual pairam dúvidas quanto à proteção, deve ser submetida ao crivo do Judiciário e, analisados seus aspectos por peritos habilitados em técnicas e legislação audiovisuais, pode ou não, ao final, ser declarada autoral, obra do espírito, para fins da proteção legal.

## Obras cinematográficas

Victor Blanco Labra<sup>35</sup>, a respeito da obra cinematográfica, comenta o que por ela entende: “ (1) uma obra produzida por pessoas físicas ou jurídicas, com a colaboração especial remunerada de uma ou várias pessoas. (2) As pessoas físicas ou jurídicas, que produzam uma obra cinematográfica nos termos do parágrafo anterior, gozarão relativamente à obra dos direitos de autor, mas deverão fazer constar na película cinematográfica os créditos correspondentes a seus colaboradores. (3) Os contratos cinematográficos deverão ajustar-se ao expressado nos itens acima, para regular a relação entre o produtor da obra cinematográfica e seus colaboradores especiais e remunerados. (4) Os autores, pessoas físicas, fornecem a matéria-prima indispensável para que existam as películas cinematográficas. Sem o trabalho e o produto do intelecto dessas pessoas físicas, nenhuma empresa produtora poderia produzir película alguma, pelo que se devem remunerar e proteger juridicamente do modo mais amplo possível estes autores para que o mundo possa seguir maravilhando-se com a magia da cinematografia.”

A obra audiovisual cinematográfica, seu exemplo mais completo e complexo, é definida pelo artigo 1º, II, da MP nº 2228 de 6 de Setembro de 2001, publicada no DOU de 10.9.2001, que teve alguns artigos convertidos em lei, a Lei nº 10.454 de 13/5/2002, como uma obra *cuja matriz original de captação é uma película com emulsão foto sensível ou matriz de captação digital cuja destinação e exibição seja prioritariamente e inicialmente o mercado de salas de exibição*. Portanto, filme, ou obra cinematográfica, diferencia-se das demais obras audiovisuais pelo fato de destinar-se preferencialmente aos cinemas, embora continue sendo, juridicamente, uma obra cinematográfica, mesmo que transposta para outro suporte, ou seja veiculada por outras mídias, como a TV.

Inicia-se, tal qual a obra teatral, a partir de um texto escrito, que tanto pode ser de autor já consagrado em livro, como de um texto redigido especialmente para o filme. Em ambas as hipóteses, chegar-se-á ao roteiro, ou *script*, que nada mais é que um texto literário, contendo diálogos, perfis de personagens, figurinos, referências a cenas e cenários, e elementos de direção que servirão de base a toda a obra cinematográfica. Roteiro não se confunde com sinopse, cuja função é a simplesmente de resumir e descrever a estrutura e a seqüência da obra.

---

<sup>35</sup> Contratos Cinematográficos. Num Mundo Novo do Direito de Autor, Tomo I, p.489

Com o texto adaptado, ou o roteiro original nas mãos, o diretor do filme passa à escolha dos intérpretes, do figurinista, do iluminador, do sonoplasta, do fotógrafo, da produção executiva, das locações, do equipamento e das filmagens. As cenas gravadas não obedecem necessariamente à ordem cronológica da obra, e depois de reveladas em laboratórios especializados são editadas na ordem proposta pelo diretor. Pronto o filme, ele terá um distribuidor por país, continente ou qualquer outro território geográfico, mostrado ao público em salas de exibição, e com controle de receitas de bilheteria. Em segunda utilização pública, tanto pode ser exibido através de televisões abertas ou por assinatura, como pode ser transportado para suporte VHS ou DVD, com exemplares impressos, e aí distribuído para venda ou para locação.

Em sua confecção, interagem autores dos textos e dos roteiros, intérpretes e diretor, auxiliados por uma equipe de técnicos e outros autores (como o diretor de fotografia, ou o compositor de música inserida), cujas diferentes contribuições darão vida a essa obra de existência jurídica autônoma.

Autores e intérpretes, em virtude da presunção legal do art. 81 da lei 9.610/98, quando autorizam a utilização de suas obras para a confecção de um filme, salvo convenção em contrário, consentem na sua utilização econômica, o que equivale dizer, que não poderão posteriormente negar ao diretor ou ao produtor direitos de comercialização, ou restringi-los. Essas autorizações devem ser escritas, têm caráter de exclusividade e só cessam dez anos após a celebração do contrato. Garante-se, portanto, ao titular do direito patrimonial do filme, uma espécie de “franquia” de direito de autor e de direito conexo pelo período de dez anos, que não pode ser reduzido por contrato pois se trata de um “pisso” legal.

Incumbiu o legislador ao produtor a obrigação de mencionar em cada cópia do filme: *I – o título da obra audiovisual; II – os nomes ou pseudônimos do diretor e dos demais co-autores; III – o título da obra adaptada e seu autor, se for o caso; IV – os artistas intérpretes; V – o ano da publicação; VI – o seu nome ou marca que o identifique* (art. 81, § 2º da Lei 9.610/98).

A remuneração aos artistas intérpretes deverá ser feita pelo diretor ou pelo produtor, conforme o caso, mas a dos direitos de execução pública das obras e fonogramas incluídos nos filmes deverão ser recolhidos pelos donos dos estabelecimentos mencionados no § 3º do art. 68, ou pelas emissoras de TV que as transmitirem.

A obra cinematográfica no Brasil é produto de uma atividade exercida por artistas, cineastas, produtores, dentro de uma política nacional do setor. De acordo com o art. 2º da MP nº 2228 de 06/09/2001, essa atividade está a serviço de alguns princípios: a promoção da cultura nacional e da língua portuguesa, do estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional, da obrigatoriedade e da responsabilidade editorial de empresas brasileiras na programação e distribuição de obras audiovisuais, e no respeito aos direitos autorais. Empresas brasileiras de produção cinematográfica, para fins legais, são as constituídas por leis brasileiras, que têm sede e administração aqui, e cuja maioria do capital votante pertença a pessoas físicas brasileiras, natas ou naturalizadas.

Para que esses fins sejam atingidos, criou-se a Agência Nacional do Cinema – ANCINE -, autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que entre outras finalidades deve fomentar e desenvolver a política nacional do setor, fiscalizar o cumprimento da legislação do setor, promover o combate à pirataria de obras audiovisuais e fornecer os certificados de registro dos contratos de produção, co-produção, distribuição, licenciamento, cessão de direitos de exploração, veiculação e exibição de obras cinematográficas e videofonográficas.

O art. 1º da MP 2228/2001, alterado pelo texto da Lei 10.454 de 13/05/2002 divide as obras cinematográficas e videofonográficas em brasileiras e estrangeiras, com o fito de encorajar a produção nacional, à qual visa, corretamente, impulsionar. Pela Lei, e pela MP, são consideradas brasileiras as obras que: a) sejam produzidas por empresa brasileira, sejam dirigidas por diretor brasileiro, ou residente no Brasil há mais de três anos, utilizando 2/3 de artistas técnicos brasileiros; b) sejam realizadas por empresa brasileira em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil tenha acordo de co-produção cinematográfica, ou, com os quais o país não tenha acordo de co-produção, assegurada, neste caso, a titularidade mínima de 40% dos direitos patrimoniais à empresa brasileira, e empregando 2/3 da nossa mão de obra (artistas e técnicos brasileiros ou aqui residentes há mais de três anos).

Toda a produção de obra cinematográfica ou videofonográfica estrangeira deverá ser comunicada à ANCINE (art. 23 da MP 2228), sendo que as obras brasileiras, antes de sua exibição ou comercialização deverão requerer à ANCINE o registro do título e o Certificado de Produto Brasileiro – CPB (art. 6º da Lei 10.454/2002).

Cópias de obras cinematográficas, bem como das publicitárias, e das videofonográficas destinadas à comercialização deverão conter marca indelével e irremovível com todas as informações que identifiquem o titular do direito autoral no Brasil.

### **Obras videofonográficas**

Na visão do legislador autoral de 1973, por videofonograma se entendia a fixação de imagem e som em suporte material. Na visão do legislador de 1998, é simplesmente uma das espécies do gênero obra audiovisual, às quais igualmente se aplicam as regras da “lei do cinema”.

Obra videofonográfica, de acordo com o inciso III do artigo 1º da MP nº 2228, é aquela cuja matriz original de captação é um meio magnético (na cinematográfica é película ou matriz digital), com capacidade de armazenamento de informações que se traduzem em imagens em movimento, com ou sem som.

Obras videofonográficas por excelência são o videoclipe ou o telefilme, porque destinadas a exibição, prioritariamente pela TV, aberta ou fechada. Mas são também exemplos, as telenovelas, as miniséries ou programas seriados, os desenhos animados, os programas de entretenimento e as obras publicitárias. Os telenovelas e seriados assemelham-se em conteúdo às obras cinematográficas, enquanto que a obra publicitária tem por conteúdo e objetivo a veiculação de mensagem comercial ou institucional.

A obra seriada e o telefilme são definidos nos incisos X e XI do art. 1º da MP 2.228/2001, respectivamente, e a minisérie no inciso XII, da Lei 10.454/2002.

### **Programas de televisão**

Os programas de TV, ou feitos especialmente para TV, são, usualmente, de três tipos: telefilme, de conteúdo documental, ficcional ou de animação; informativo, de conteúdo noticioso, ou de entrevistas, e de entretenimento do tipo lúdico, de animação, jogos e brincadeiras, afora os anúncios publicitários.

Dentre a variada programação de um canal de TV, as do tipo telefilme ou as de caráter informativo nunca enfrentaram qualquer

dificuldade em sua exibição. Já os de entretenimento passaram a ser objeto de disputas judiciais no mundo todo.

Programas de TV, em passado recente, ocuparam os espaços jornalísticos na chamada guerra pela audiência, onde se discutia a competência técnica da equipe dos bastidores, ou o talento dos artistas e apresentadores. Dos jornais passaram aos tribunais, os quais inicialmente conheceram e decidiram os conflitos entre emissoras e artistas na disputa dos profissionais que garantiam audiência. Mais recentemente, ocuparam-se de um novo conflito: a luta pelo monopólio do formato de programas de entretenimento, com fundamento nos direitos autorais.

As diversas emissoras de TV, no Brasil e no mundo, conviveram durante décadas com uma programação bastante assemelhada umas às outras. O diferencial sempre residiu nos artistas, apresentadores e jornalistas que, com a exposição de suas personalidades e talentos pessoais, causavam maior ou menor simpatia no público espectador, atraindo para si os mais populares, e, com isso, o maior número de aparelhos sintonizados, elevando os níveis de audiência. Mais tarde, o cuidado na produção dos programas passou a ser o outro referencial, integrando o linguajar popular à expressão “padrão Globo de qualidade”.

Com a convivência pacífica sendo substituída pela guerra da concorrência, foi ganhando corpo a idéia de apropriação de formatos de programas, de modo a impedir emissoras concorrentes de produzirem programas semelhantes, garantindo para uma só a fatia de público empático à fórmula, onde a criatividade seria substituída pela reserva *erga omnes*.

Sob o pretexto, então, da chamada propriedade intelectual, emissoras de rádio e TV, produtores independentes, comunicadores em geral, começaram a freneticamente requisitar os registros dos seus programas, acreditando que, com o ato, garantiriam o monopólio do que viria a ser uma complexa produção de programa, como se os registros: a) fossem constitutivos de direito; b) não passassem de meros textos escritos; c) garantissem direitos aos métodos e conceitos existentes nas entranhas das obras literárias, ou mesmo, na produção audiovisual.

Qual a análise jurídico-autoral de formato de programa de TV? Formato é a estrutura, a formulação, o arcabouço, a lógica funcional, com que o jargão televisivo define um tipo de programa. Do ponto de vista jurídico, situa-se entre a idéia e o método. É mais elaborado que a idéia e

menos completo que o método. É um sistema, um projeto. Portanto, inapropriável, nos termos do artigo 8º da lei 9.610/98.

Exemplificativamente, são formatos de programas de entrevistas: três ou quatro apresentadores à volta de uma mesa entrevistando uma só pessoa; um único entrevistador (âncora) entrevistando duas ou mais pessoas à sua volta; um entrevistador apresentando diversas celebridades, uma por vez, três ou quatro por programa, com ou sem músicos interpretando ao vivo. São exemplos de formato de programa de entretenimento: de auditório, com apresentador(a), e atrações gravadas ou ao vivo - concurso de calouros, apresentação de cantores ou de conjunto musicais, jogos, em estúdio, sem auditório, com um ou dois apresentadores e reportagens gravadas, videocliques, documentários, gincanas, cenas cômicas do cotidiano; ou, a mesma coisa, sem auditório, com gravações externas, e, também, gravações em estúdio; os *reality shows*. São exemplos de formato de programa jornalístico: locutor, tendo à direita ou à esquerda do vídeo imagens relacionadas à notícia transmitida, que vão sendo substituídas à medida que são apresentadas novas notícias, entremeadas por comentários de jornalistas de expressão, com ou sem um tema especialmente escolhido, sem conexão com as notícias do dia; dois ou mais locutores apresentando e comentando simultaneamente as notícias do dia ou um tema escolhido, tendo ao fundo a imagem fixa da notícia. E os exemplos se multiplicam. Quem teria sido o primeiro a imaginá-los, ou a utilizá-los?

Do mesmo modo como o legislador constitucional garante ao autor o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras (inciso XXVII do art. 5º), também assegura a todos a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de **comunicação**, independentemente de censura e de licença (art. IX). Portanto, não sendo o formato apropriável e sendo cada obra audiovisual passível de proteção contra reproduções de exemplares, ou transmissões ilícitas, poderão todas conviver com autonomia no mercado de radiodifusão já que seus elementos diferenciais são em maior número que os iguais ou semelhantes. Outrossim, é inegável que mesmo tendo formatos idênticos ou semelhantes, e abeberando-se em elementos de fonte comum, as obras audiovisuais, dada a miríade de contribuições individuais, resultarão em uma nova obra, de nova identidade em termos de conjunto.

Estando, pois, o formato fora do campo de incidência do direito autoral, só poderão ser analisados sob a ótica de outras leis e regras do comércio, quando prejudiciais os resultados em termos de concorrência, ou violados preceitos obrigacionais.

A partir do último lustro do século anterior, a jurisprudência vem sendo amiúde instada a pronunciar-se sobre programas de televisão, tendo os pleitos, atualmente fundados em formato, objeto alegação de plágio. São exemplos: **Ementa:** *Suspensão de programas de televisão e rádio. A alegação de plágio e violação de direito autoral, deve ser examinada em profundidade, pela comparação e análise das obras em confronto, não sendo prudente concessão de liminares que importem em reconhecimento prévio de direito em tal situação.* (Agravo de Instrumento n.º 1995.002.01198 - 3ª Câmara Cível – Julgado em 5.9.1995 – Des. Ferreira Pinto) **Ementa:** *Ação cautelar. Direito Autoral. Programa de televisão denominado “Você Decide”, que se pretende seja plágio de outro, registrado na Biblioteca Nacional, sob o título de “O Povo é o Juiz”. O Direito Autoral não protege idéias simples, comuns, mas sim a sua exteriorização concreta original, artística e perceptível aos sentidos do homem. Ausência dos requisitos que legitimam a concessão de liminar, ela foi indeferida. Sentença monocrática antecipada, de improcedência do pedido. Apelação da Autora, com preliminar de cerceio de defesa. Rejeição da preliminar. Desprovemento do recurso.* (Apelação Cível n.º 1995.001.05731 – 6ª Câmara Cível – Julgado em 17.4.1996 – Des. Itamar Barbalho) **Ementa:** *Apelação Cível. Direito Autoral. Pedido indenizatório ajuizado por autor de sinopse de programa de televisão, em face de emissora e contratado desta, por suposto plágio a obra sua, com registro no órgão competente. Prova técnica concluindo pela inexistência de plágio ou contrafação, dada a vulgaridade e amplitude da temática. Improcedência da pretensão autoral julgada em primeiro grau de jurisdição. Apelação do autor. Recurso adesivo da emissora, pleiteando elevação da verba honorária, fixada nos termos do art.20, CPC. Inexistência de usurpação de direito autoral com aproveitamento da idéias gerais que tem sua origem, não do espírito de alguém, mas na temática popular. Ausência de originalidade da suposta obra artística, cujo tema já foi exaustivamente explorado nos meios de comunicação e , em particular, pelo próprio apresentador do programa visando, no decorrer de sua carreira. Acentuada parcimônia do Juízo na fixação dos honorários advocatícios, tendo em conta o esforço dispendido pelos advogados da parte vencedora. Improvemento da apelação. Provemento do recurso adesivo, elevando-se a verba honorária, devida aos patronos do réu, a R\$ 1.000,00 ( mil reais).* (Apelação Cível n.º 1998.001.06396 – 4ª Câmara Cível – Julgado em 13.10.1998 – Des. José Pimentel Marques) **Ementa:** *Direito Autoral – Programa de televisão consistente em atividade publicitária orientada ao incentivo da comercialização de produtos – Roteiro arquivado na Biblioteca Nacional do Ministério da Cultura- Programas editados pelas rés com semelhança de concepção e*



*metodologia – Inocorrência, contudo, de reprodução fiel e exata – Programa dos autores, ademais, que, sequer observa o roteiro original, objeto de registro – Não abrangência da tutela legal – Recursos, das demandadas, providos, julgadas as ações ( principal, de obrigação de não fazer, com cominação, e cautelar, de busca e apreensão) improcedentes, prejudicado o apelo dos autores. (Apelação Cível n.º 224.654-1/1– 5ª Câmara Cível – Julgado em 25.4.1996 – Relator: Marcus Andrade)*

**Ementa:** *Direito Autoral – Imputação de plágio – ausência de dado suficientes para convencer de sua caracterização – Audiovisual – Programa tipo “reality show”, sem roteiro, por não possuir conteúdo definido em um texto pré-determinado – idéia de circunscrever pessoas em recinto fechado e método operacional de realização, visando expor os comportamentos dos participantes, não protegidos pelo direito autoral ( lei 9.610/98, art. 8º, inciso I) – Formato televisivo, que não se confunde com assunto, argumento ou obra literária- Inexistência de tutela legal. (Agravo Regimental n.º 228.409.4/6-01 – 5ª Câmara de Direito do Tribunal de Justiça – julgado em 6.12.2001 - rel. Marcus Andrade)*

### **Obra publicitária**

Filmes publicitários são aqueles destinados ao público consumidor de produto ou de serviços de qualquer natureza, cuja finalidade é a promoção ou o aumento das vendas, ou da melhoria da imagem do anunciante. Os anúncios comerciais são aqueles diretamente relacionados à comercialização de produtos e serviços. O comercial institucional é aquele que não oferece diretamente o produto ao consumidor, ressaltando indiretamente as qualidades e a imagem do fabricante ou do distribuidor, ou o que tenha por conteúdo uma mensagem de cunho social, humanitário ou filantrópico, com simples menção ao anunciante.

A obra publicitária é o anúncio em si, veiculado sob a forma gráfica em jornais, revistas, e *out-doors*, sob a forma exclusivamente sonora para veiculação em rádio (*spot*), ou sob a forma audiovisual para exibição em TV ou cinema. Obra publicitária, protegida autoralmente, não se confunde com campanha publicitária, sendo apenas parte dela. A proteção autoral se dá ao filme publicitário como obra autônoma, independente do contexto geral da campanha, do mesmo modo como se dá com os demais tipos de obra audiovisual.

Quem é o titular autoral da obra audiovisual publicitária? Produtores, agência, anunciante? Diferentemente do que ocorre com a obra cinematográfica, a obra publicitária é aquela criada ou roteirizada pela

agência, dirigida pela produtora (de filmes publicitários), e financiada pelo anunciante, que lhe imprime os contornos.

O decreto nº 57.690 de 1º de fevereiro de 1966, que regulamenta a atividade publicitária no Brasil, em complementação à lei nº 4.680, de 18/6/1965, em seu artigo 6º, define agência de propaganda como sendo *a pessoa jurídica especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitária, que, através de profissionais a seu serviço, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de mercadorias, produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições a que servem*. Portanto, a agência concebe a propaganda, agindo por ordem e conta do cliente, o anunciante. Nesse mister, a agência encomenda a obra audiovisual ao produtor, fornecendo-lhe roteiro e interferindo diretamente em sua confecção, sempre por encomenda do anunciante. De outro lado, a lei autoral declara autor de obra coletiva quem lhe toma a iniciativa, organiza-a, por ela se responsabiliza e que a publica sob seu nome e marca (art. 5º, VIII, h, lei 9.610/98). Qual a marca a que se refere o legislador autoral? Certamente não a marca, de produto ou serviço, divulgada com o conteúdo da obra publicitária, isto é, a marca de produto ou serviço do anunciante. Pelo fato de ter nele a marca divulgada, e embora financiador da campanha publicitária, ou só do anúncio, não pode ser alçado à condição de titular autoral.

Dentro da ótica do legislador autoral, pois, a titularidade da obra audiovisual publicitária pertencerá em co-autoria ao produtor de comerciais, que desempenha o papel de diretor da obra *audiovisual* publicitária, a quem incumbirá também o exercício dos direitos morais, intransferíveis, e à agência que tomou a iniciativa dela, como autora do argumento (obra literária), e como aquela em cujo nome a obra é publicada.

Esses direitos podem ser cedidos aos anunciantes? Sem dúvida, versando apenas sobre os patrimoniais. Nessa hipótese três pessoas assumiriam a titularidade autoral, as duas primeiras originariamente, e a última por convenção.

A idéia publicitária, de uma campanha ou de um comercial, é tratada pela lei autoral como toda a idéia: é inapropriável. O Judiciário já teve oportunidade de manifestar-se sobre o assunto e o reiterou de modo cristalino: *“Direito Autoral. Não merece a proteção legal a idéia publicitária, senão a sua forma de expressão. Não comprovado o acesso à obra original; ausente o interesse econômico; e se não há identidade na*

*forma de expressão, não está caracterizado o plágio.”*(Ap.Cv. nº1989.001.05724, reg. 10/7/1990, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Murillo Fabregas.)

Entretanto, o meio publicitário dá-lhe um tratamento diferenciado, porque na originalidade da obra publicitária repousaria o sucesso de uma campanha. Questões desta e de outra natureza são avaliadas e julgadas por impulso de seus artífices, agências, anunciantes e veículos, por um órgão associativo, o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR.

A Seção 12 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, o Código Ético, redefine os conceitos legais, adotando para si parâmetros totalmente diferentes, a par de respeitar os direitos de terceiros (músicos, escritores, artistas plásticos, direitos de nome e de imagem). Dispõe o seu artigo 41º que *este Código protege a criatividade e a originalidade e condena o anúncio que tenha por base o plágio ou imitação, ressalvados os casos em que a imitação é comprovadamente um deliberado e evidente artifício criativo*, vale dizer, protege a idéia publicitária.

O órgão, investido da legitimidade conferida por seus próprios associados, aplica penalidades que vão desde a advertência, passando pela recomendação de alteração de anúncio, indo até a suspensão da veiculação dele. Mas não aplica sanções econômicas do tipo indenizatórias. Assim, uma eventual contenda interna sobre apropriação de idéia publicitária não terá efeitos jurídicos patrimoniais, valendo apenas entre as partes envolvidas e associadas ao órgão julgador, com eventuais prejuízos, mas sem ressarcimentos.

De acordo com o artigo 25 da MP 2.228/2001 (MP do Cinema), a obra publicitária estrangeira só poderia ser veiculada ou transmitida no país, em qualquer segmento de mercado, após submeter-se a processo de adaptação realizado por empresa produtora brasileira, de acordo com as normas que serão estabelecidas pela ANCINE e após pagamento de contribuição para o CONDECINE. Na redação dada pelo *caput* do art. 7º da Lei 10.454/2002, a exigência de adaptação através de empresa brasileira, como condição de veiculação, desapareceu, prevendo-se a possibilidade de adaptação, em parágrafo único, a ser realizada por empresa registrada na ANCINE, e *de acordo com o regulamento*.

O art. 2º da Lei 10.454/2002 acrescentou diversos incisos ao art. 1º da MP 2228/2001, cinco deles (XVI a XX) dedicados à obra

cinematográfica (sic) ou videofonográfica publicitária, definindo-a como sendo *aquela cuja matriz original de captação é uma película com emulsão fotossensível ou matriz de captação digital, cuja destinação é a publicidade e propaganda, exposição ou oferta de produtos, serviços, empresas, instituições públicas ou privadas, partidos políticos, associações, administração pública, assim como de bens materiais e imateriais de qualquer natureza.*

**g) as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia.**

A fotografia, obra intelectual que reúne arte e técnica, é a eternizadora do instante. A invenção de Da Guerre cresce a cada dia no mundo das artes e da ciência em termo de importância, e apresenta-se mais valiosa de acordo com as regras de mercado, quanto mais significativa a imagem conquistada, seja um instantâneo jornalístico, seja uma foto produzida, planejada. Uma boa foto, usualmente, é resultado de uma sessão de fotos em que elementos de produção, cenário, enquadramento se misturam a inúmeros cliques e horas de trabalho. Das dezenas ou centenas de fotos reveladas, apenas parte delas garantem um bom resultado final desejado; destas, uma ou algumas são publicadas.

A prévia e expressa autorização do fotógrafo é sempre necessária porque atrás de toda a fotografia haverá um dedo humano acionando um botão, e neurônios comandando um cérebro portador das idéias que se exteriorizam.

De qualquer modo, ainda que a técnica se apure e tudo seja acionado mecanicamente, a lei autoral presume autor a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica (art. 11º da Lei nº 9.610 de 20/2/98). A fotografia enquadra-se, para efeitos legais, na categoria das obras artísticas.

Entretanto, a lei anterior, a 5.988/73 em seu artigo 56, estabelecia uma presunção que se revelou contrária à doutrina e aos princípios que regem a matéria: a de que a tradição, a entrega, do negativo significava a cessão de direitos do autor sobre aquela foto. Não vigora mais, tendo o equívoco sido sanado pela Lei nº 9.610/98.

A proteção legal do fotógrafo e da fotografia encontra-se capitulada no artigo 79 e seus parágrafos da nova lei: *O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra fotografada, se de artes plásticas protegidas.*

Seus parágrafos são igualmente sintéticos e completos tanto quanto o *caput*, e dizem respeito aos direitos morais do fotógrafo: o de ter sua obra respeitada na íntegra, cabendo somente a ele modificá-la ou alterá-la, e o de ter seu nome impresso junto a ela por ocasião de sua publicação. A fotografia que não corresponda ao seu original só poderá ser publicada com a prévia autorização do fotógrafo autor, mesmo porque só a ele o direito de modificação é reconhecido.

O fotógrafo poderá exercer diretamente, ou através de terceiro, os direitos patrimoniais, para isso transferindo a outrem a administração dessa utilização, de modo temporário ou definitivo. Costuma-se remunerar essa transferência por uma única quantia, ou em bases percentuais devidas a cada utilização pública da obra. A regra dessa transferência é a de ser onerosa, mas nada impede que seja gratuita. Desde que se faça por escrito e com antecedência em relação ao uso público.

Até 21 de junho de 1998, data de início da vigência da Lei nº 9.610, era lícita a reprodução de fotografias em obras científicas ou didáticas independentemente de autorização prévia do fotógrafo (licença legal), desde que fosse mencionado o seu nome. Após essa data, as limitações, isto é, as situações que dispensam a autorização do fotógrafo originário ou do titular derivado, ficaram reduzidas a quatro: a) ao uso, para produzir prova judicial ou administrativa; b) à reprodução em um só exemplar para fins privados; c) ao uso para fins de imitação burlesca (paródia ou caricatura); d) para fins de crítica, como corolário de outra garantia constitucional, a da livre expressão do pensamento.

Quando uma fotografia retrata a imagem, total ou parcial, de uma pessoa a autorização para fotografar deve partir de quem o fotógrafo retrata. Se retrata uma modelo, ou diversas modelos, que fazem da imagem meio de vida, ou ainda, quaisquer outras pessoas, mesmo não famosas, a autorização tem de ser firmada por cada uma dessas pessoas retratadas, titulares de um bem jurídico de caráter pessoal: o seu corpo, partes dele, ou rosto. Se retrata um animal ou outro semovente, de acordo com a regra civil geral do direito de propriedade, junto ao dono, caso haja, deve ser buscada a correspondente autorização.

#### **h) as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética**

Incluindo as obras de arte cinética (relativas ao movimento mecânico) o inciso abrange todas as obras de artes plásticas tradicionais.

Como definí-las? O desenho, por exemplo, é um traço delineado com a mão do artista, que lhe imprimirá um outro traço, o da sua personalidade. O desenho é uma forma de representação do universo por meio de sinais.

Em Frederico Morais<sup>36</sup> nos dá a conhecer as definições de Paul Cézanne e de Auguste Rodin sobre pintura e escultura, respectivamente.

Para Cézanne “na pintura existem duas coisas: o olho e o cérebro. Os dois devem se entender: há um desenvolvimento mútuo durante o trabalho. O olho pela visão da natureza, o cérebro pela lógica das sensações organizadas que dão os meios de expressão”. E para Rodin “a escultura é simplesmente a arte das saliências e reentrâncias.”

No caso de obras únicas de desenho, pintura e escultura, poucos problemas surgem na área dos direitos autorais, porque relativamente fáceis seu controle e fiscalização pelo artista ou por seus herdeiros, exercidos sobre leiloeiros ou *marchands*, através do instituto do direito de seqüência.

Informa Maria Luiza Freitas Valle Egéa<sup>37</sup>, que “no caso das salas de leilões, há divulgação prévia das obras de arte postas a leilão, com catálogos editados pelos próprios leiloeiros, o que facilita o conhecimento da realização do negócio e permite que entidades gestoras de direito acompanhem os leilões. No caso de galerias de arte que adquirem obras para revenda, também há o dever de informação das obras de arte postas à venda. Na comunidade européia, as sociedades de gestão coletiva ao administrarem o “droit de suite” – direito de participação – subscrevem convênios com as associações de galerias existentes, com as salas de leilões facilitando assim o acompanhamento das vendas para aplicação da “plus valia”.

Problemas podem surgir com as reproduções, os chamados *múltiplos*, dada não só a complexidade dessa fiscalização, mas, e principalmente, à complexidade negocial dos contratos de utilização pública.

Na escultura, a possibilidade de reprodução dá-se através de processos de moldagem. De um molde, por exemplo, podem-se extrair de seis a oito peças, todas consideradas originais, de acordo com as regras do mercado de arte. As peças extraídas em número superior a esse são consideradas múltiplos, com preço inferior ao das originais, ou únicas, na denominação desse mesmo mercado.

---

<sup>36</sup> Arte é o que eu e você chamamos de arte, p. 109/110,

<sup>37</sup> Direitos do Artista Plástico, in Tribuna do Direito, Julho/2000, p.10

Na pintura, a possibilidade de diversas peças originais é remota, porque à cópia feita pelo próprio artista oferecem-se as garantias do original (art. 9º), e a reprodução, ainda que artesanalmente produzida pelo mesmo pintor, dificilmente será idêntica, um espelho da anterior. Admite-se em pintura as reproduções de quadros em outro suportes, como por exemplo, impressões em papel ou plástico, em tamanho reduzido ou natural. A técnica pictórica que tem por finalidade a confecção de múltiplos, ou seriações, é a gravura. Gravura, no dizer de Itajahy Martins<sup>38</sup>, é “o traçado feito por incisão em uma matéria (madeira, metal, pedra) de modo que permita impressão”.

Essas mais antigas formas de expressão da arte, as artes plásticas, na lei atual, conheceram uma correção, que se fazia necessária desde 73.

Dispunha o artigo 80 da lei revogada, e que vigorou por quase três décadas, que *salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la, ou de expô-la ao público.*

A nova lei, em seu artigo 77, distinguiu os direitos de exposição do artista plástico de seus direitos de reprodução ao dispor que *salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la.* Portanto, sujeito à pactuação em contrário, e mercê da alienação do suporte mecânico, o adquirente da obra detém apenas o direito de expô-la. O direito de reproduzir continua intransmissível em virtude da tradição, e a transmissibilidade só pode derivar de contrato de cessão de direitos ou de licença em que expressamente o artista consinta .

Da mesma forma que a lei anterior, a atual manda respeitar os chamados direitos de seqüência, de difícil fiscalização por parte dos artistas plásticos. O direito de seqüência, em francês *droit de suite* , é aquele que garante ao artista o direito de perceber nas revendas da sua obra o percentual mínimo de 5% (cinco por cento) incidentes sobre a diferença obtida entre valor original de aquisição e o de revenda, valendo a regra também para manuscritos originais.

Esse direito, único dentre os patrimoniais tido como inalienável e irrenunciável, autoriza a cobrança pelo autor da obra-de-arte plástica, ao vendedor ou ao leiloeiro, da quantia obtida em apuração positiva de numerário. A lei considera tanto o vendedor como o leiloeiro depositários fiéis da quantia assim obtida.

---

<sup>38</sup> Arte da gravura, p. 12

**i) as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza**

Desprezando a boa técnica, o legislador tratou em item separado os direitos do ilustrador, que, na prática, são os mesmos do desenhista. Muito embora as ilustrações não se reduzam somente aos desenhos, sem dúvida se enquadram no conceito de obra-de-arte plástica, e, por isso, seguem seus conceitos.

Quanto às cartas geográficas, mapas e outras assemelhadas, o caráter distintivo e a proteção encontram-se, não nos traçados de ruas, estados, países, que são de domínio comum e uso públicos, mas nas legendas e ilustrações que os diferenciem dos já existentes no mercado. Portanto, todos podem reproduzir os traçados de cartas e guias independentemente de autorizações, mas só poderão fazê-lo em relação às legendas com autorização de seus autores, ou, criando novas legendas e chamadas dentro das cartas.

**j) os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência.**

De início, registre-se que os projetos a que se refere o texto não se confundem com os projetos excepcionados de proteção mencionados no inciso I do artigo 8º.

Em seguida, cumpre observar que o legislador ampliou o conceito de obras plásticas, antes reservado às obras especificadas no inciso VIII, para abranger todas as obras de representação, em escala reduzida, ou não, e sob forma palpável, de relevos, superfícies, maquetes, e tudo o mais que possa dar forma a elementos referentes à Geografia, Engenharia, Arquitetura, Topografia, Paisagismo e Cenografia. Atingem um amplo espectro porque abarcam toda e qualquer representação científica, aqui entendida como a transposição para a forma plástica, ou pictórica, de um fenômeno ou material de uso ou pesquisa científica.

Projetos e esboços de Engenharia e Arquitetura, os mais usuais, são resultado de grande esforço intelectual, seja em termos de criatividade, seja de demorados cálculos e medidas, de modo a se adaptarem ao espaço que os delimita. Só existem na medida em que se apóiem num *corpus mechanicum* sobre o qual incide a proteção autoral. O mesmo se aplica às maquetes, verdadeiras obras de escultura.

As reproduções idênticas dos projetos e esboços de engenharia e arquitetura sem a autorização do engenheiro ou do arquiteto, devidamente habilitado pelos órgãos reguladores do exercício da profissão, são consideradas violações a seus direitos patrimoniais de autoria. O mesmo



projeto, se autorizado para uma única edificação, não pode ser reutilizado, ainda que pelos mesmos encomendantes, para outra edificação.

Entretanto, reservou o legislador a esse tipo de profissional um direito moral especial, no que concerne ao crédito: reconheceu tão-somente o direito ao repúdio da autoria do projeto arquitetônico, alterado sem o seu consentimento, durante ou após a conclusão da construção (art. 26º), respondendo o proprietário da construção por danos causados apenas após o repúdio. Não poderá, em função disso, obstar o prosseguimento da obra com projeto modificado; mas terá o direito de exigir a retificação da autoria, com ampla divulgação.

A norma, que já existia na redação do artigo 27 da Lei nº 5.988/73, foi inspirada no artigo 18 da Lei nº 5.194 de 24/12/1966, o estatuto profissional do engenheiro e do arquiteto, que permite, unicamente ao autor do projeto ou plano original, alterá-los.

*Acrescenta o parágrafo único do art. 27 que, estando impedido ou recusando-se o autor do projeto ou plano original a prestar sua colaboração profissional, comprovada a solicitação, as alterações ou modificações dele poderão ser feitas por outro profissional habilitado, a quem caberá a responsabilidade do projeto ou plano modificado.*

Acatam, portanto, ambas as leis apenas o ressarcimento ao repúdio, situado entre violação de direito moral de autor, e a ofensa moral.

Os projetos cenográficos e de paisagismo, contêm, por outro lado, mais alcance que os anteriores, devido ao baixo custo de execução, se comparado ao de uma obra de Engenharia. Pouco falta, por exemplo, para sua existência efetiva, fora do papel. Por essa razão, são os mais sujeitos à contrafação.

Obras arquitetônicas e as que lhe são assemelhadas para serem consideradas obras intelectuais protegidas, têm de obedecer a determinadas regras e parâmetros.

Simple croquis não as elegem à condição de obra protegida. É o que se apreende de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 03/05/1989, sob a vigência da lei anterior, sendo Relator o Des. Manoel Celeste dos Santos, em sede de Apelação Cível (nº 589013929): *“Indenização por uso de planta não autorizado. Para que arquitetos tenham direito a indenizações por uso de plantas não autorizado, impende, em primeiro lugar, que se enquadre a obra (planta e croquis) como obra intelectual protegida, na forma da lei dos direitos autorais. Não atinge tal ‘status’ o estudo preliminar consistente numa planta térrea, sem dimensões, e um croquis apócrifo que resultou de um*

*contrato de trabalho ou de prestação de serviços, suficientemente pago nos limites da produção inicial que consistiria num projeto arquitetônico e outros complementares, estes sim, obra intelectual protegida, mas que nunca foi entregue. Ademais, nas situações contratuais de atividade o direito autoral, quando existente, pertence a ambas as partes contratantes (art. 36 da Lei dos Direitos Autorais). Provimento concedido a apelação do réu e prejudicado o recurso dos autores.”*

### **l) as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais apresentadas como criação intelectual nova**

Adaptações, como já se viu, são transformações de uma obra anteriormente publicada, pertencente a um determinado gênero, em obra de *outro* gênero. O roteiro de filme é obra literária adaptada em relação à obra literária original de que derivou. Muito embora a obra derivada possua diversos elementos criativos, o que justifica a proteção que lhe é igualmente conferida, não dispensa a autorização do autor ou titular da obra em que se baseia, e da qual deriva.

No caso das adaptações de textos estrangeiros para teatro, tem o tradutor o direito de se opor a outra tradução posteriormente autorizada e que seja cópia da sua (§ único, art. 74º).

As traduções para o idioma nacional, e as versões para o idioma estrangeiro, são obras que podem perder, em parte, sua conformação original contida nas obras pré-existentes. É que a tradução literal de palavra ou expressão estrangeiras podem levar à incompreensão do texto, uma vez que cada língua tem um modo próprio de expressar, literariamente, gestos ou sentimentos. Nessa medida, a melhor tradução ou versão exige dos tradutores enorme esforço intelectual e criativo. Por essa razão, devem ser as traduções e outras transformações: a) autorizadas pelo autor do texto original, b) protegidas como obra autônoma.

Por outro lado, a tradução só será uma obra protegida se derivada de uma outra obra literária. A tradução de um manual de instruções, como o seu original, não goza da proteção autoral.

### **m) os programas de computador**

A introdução da figura dos programas de computador (como a base de dados) no rol das obras do artigo 7º comprova que a taxatividade do rol não é automática.

Objeto de intensa discussões na década de oitenta, a partir de meados dos anos noventa, passou a integrar as legislações internas dos países do bloco ocidental, de modo uníssono e homogêneo, tanto, caso do Brasil,

pelo acréscimo às leis vigentes sobre direitos autorais, como através de lei especial, e por meio do acordo TRIPS, que faz lei em sentido estrito. Dos dois artigos sobre direito autoral que esse Tratado contempla, um é dedicado ao programa de computador e à base de dados. Estão ausentes de Berna e Genebra porque não pertencem ao domínio das artes e da ciência, portanto, dificilmente passíveis de reconhecimento na esfera do direito autoral, a não ser por imposição legal, como foi o caso, nacional e internacionalmente.

O Glossário da OMPI, na p. 54, define programa de computador como sendo *um conjunto de instruções que, quando se incorpora a um suporte legível por máquina, pode fazer com que uma máquina com capacidade para tratamento da informação, indique, realize ou consiga uma função, tarefa ou um resultado determinado*.

Como conjunto de instruções resultante de aplicado esforço da inteligência humana, e dada sua vulnerabilidade na questão de extração de cópias em função de seu baixo custo, vinham sendo estudados pelos especialistas internacionais da ONU, de modo a lhes garantir a mais justa forma de proteção.

Antes da celebração do acordo TRIPS, discutia-se se os programas de computador (em francês *logiciel*) mereceriam a proteção autoral ou a da propriedade industrial, por se situarem em meio ao caminho da invenção patenteável, com finalidade utilitária, e ao da criação intelectual.

Como os prazos de proteção de propriedade industrial nesses casos alcançariam no máximo quinze anos, e a duração do *copyright*, no mínimo 50, seus artífices, ágeis e aliados de uma política poderosa, fizeram com que o programa de computador integrasse as leis autorais, na quase totalidade dos países no mundo, no curto período de 1994 a 1999.

Para consumir o direito, equiparou-se o programa de computador à obra literária. Não por sua natureza ou sua análise judicial cuidadosa, mas por imposição de leis internacionais.

A Lei nº 9.609/98 define programa de computador (*software*) em seu artigo 1º: *Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazer funcioná-los de modo e para fins determinados*.

Tantas são as dissemelhanças entre o regime da lei do programa de computador com o regime geral de proteção à obra autoral e aos autores em

geral, que a mesma lei que o regulamentou o descaracterizou do sistema, logo após defini-lo. Objeto de lei específica, a Lei nº 9.609/98 data, não por coincidência, do mesmo dia da lei autoral em vigor, isto é, 19 de fevereiro de 1998.

No §1º do artigo 2º, em técnica questionável, essa lei exclui da aplicação dos programas de computador as disposições relativas aos direitos morais, um dos dois pilares sobre os quais se sustenta toda a doutrina autoralista, para, da mutilação, excepcionar o direito à paternidade e o de manter a integridade da obra. Um meio direito-moral.

Altera, em seguida, a regra geral do prazo de proteção autoral reduzindo-o, inexplicavelmente, para cinquenta anos. A esse propósito, registre-se como freqüente nos programas de computador a indicação, como datas de publicação, das datas de alteração ou novas edições, o que viola a menção de reserva (ver capítulos sobre medidas de proteção). A informação acaba por induzir o usuário em erro, com intermináveis indicações de datas de “primeiras” publicações, fazendo com que o prazo de cinquenta anos pareça inesgotável.

Contraditoriamente, e em violação à lei dos registros públicos, o § 2º do art. 3º determina que nos programas levados a registro os trechos e outros dados de identificação e originalidade serão de caráter sigiloso, só revelados por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular, a despeito de a regra (art. 2º, § 3º) ser a da ausência de formalidade para a proteção, e apesar de a finalidade de um registro ser a de dar publicidade a qualquer obra. O decreto 2.556, de 20/4/1998 regula esse registro.

Os direitos relativos ao programa de computador “desenvolvido e elaborado” (note-se a ausência da expressão “criado”) durante a vigência de contrato de trabalho ou de prestação de serviços pertencerão exclusivamente ao empregador, salvo estipulação em contrário. Mas havendo estipulação em contrário, o trabalhador ou funcionário não terá direito aos rendimentos (*royalties*) decorrentes do exercício dos direitos patrimoniais, o outro pilar sobre o qual se assentam os direitos patrimoniais de autor, limitando-se o direito do criador, pessoa física, do programa de computador à percepção de salários (§1º, art. 4º). Esse tratamento é extensivo a bolsistas, estagiários e “assemelhados”. Contrariamente à orientação geral, não fala a lei se a prestação de serviços seria especificamente para a confecção de programa de computador ou se comportaria outro conteúdo. No primeiro caso a regra é obedecida, mas sendo a segunda a *mens legis* ocorre evidente abuso.

Pertencerão ao empregado os direitos do programa gerado sem relação com a prestação de serviços e sem a utilização de recursos,

informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou de terceiros com que o empregador mantenha vínculos. Ou seja, o programa criado fora do ambiente de trabalho poderá ser de titularidade apenas do empregado, desde que prove que o tenha feito sem qualquer influência dos ingredientes acima citados.

As derivações do programa, suas melhorias, complementações, que no sistema geral de patentes é reservado a qualquer cidadão ou empresa que os crie, numa forma tradicional de incentivo ao desenvolvimento tecnológico e industrial, no caso do programa de computador, são condicionadas à prévia e expressa autorização de seus titulares. Como o são as obras literárias, condição à qual foram os programas de computador artificialmente alçados.

A única inovação trazida pela Lei nº 9.609/98, por acaso bem-vinda à teoria geral dos direitos autorais e, lamentavelmente inexistente na lei geral de proteção aos direitos autorais, é a que não considera ofensa a ocorrência de semelhança de um programa com outro preexistente, estabelecendo uma saudável diferenciação entre semelhança e derivação.

**n) as coletâneas, compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.**

As obras mencionadas neste inciso do art. 7º consideram-se protegidas, sob seus aspectos formais, pelo conjunto diferenciado em relação a outras obras da mesma natureza e que até se utilizem de dados ou trechos parcialmente idênticos. Salvo raras exceções, tratam-se de obras coletivas.

Coletânea é uma coleção de excertos de diversas obras; compilação é a reunião de textos de autores diversos em uma obra; e antologia é um conjunto de textos só de verso, ou só de prosa, ou de ambos. Como os textos literários já se encontram protegidos pelo item I do artigo 7º isoladamente, o legislador autoral conferiu-lhes proteção em relação ao novo resultado da reunião de textos isolados e conhecidos por nelas vislumbrar aspectos criativos na manipulação desses elementos.

Enciclopédias, dicionários e base de dados, por lidarem com elementos de uso comum, mas que demandaram para sua confecção longo tempo de trabalho e investimento financeiro, poderiam ser, assim que publicados, reproduzidos e comercializados sem licença de seus titulares, devido à facilidade e baixo custo de reprodução. Para coibir a possível

prática, o legislador premiou o trabalho de organização com a tutela autoral.

Quanto à base de dados, inovação trazida por força do acordo TRIPS, é certo que a proteção conferida por lei não abrange os dados ou materiais em si mesmos, e se firma sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras (art. 7º, § 2º).

A lei brasileira dedicou um artigo e um capítulo a ela (art.87), no qual se lê que: *o titular do direito patrimonial sobre uma base de dados terá o direito exclusivo, a respeito da forma de expressão da estrutura da referida base, de autorizar ou proibir: I – sua reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo; II – sua tradução, adaptação, reordenação ou qualquer outra modificação; III – a distribuição do original ou cópias da base de dados ou a sua comunicação ao público; IV – a reprodução, distribuição ou comunicação ao público dos resultados das operações mencionadas no inciso II deste artigo.*

Mas o que se entende por base de dados?

Base de dados, ou banco de dados, são informações resultantes de algum esforço intelectual, que não apresentam caráter literário, artístico ou científico.

No dizer de Gabriel Larrea Richerand<sup>39</sup>, “as bases de dados consistem em uma coleção ou compilação de informações armazenadas em um suporte magnético, acessível por computador. Podem conter somente referências, que servem para obter certos dados que remetem a outra fonte para obter a informação completa e, então se os conhece como *referenciais*, ou podem conter os dados ou textos completos e então se os conhece como *fontes*. De fato, atualmente, existe uma conexão entre ambos.”

Na verdade, dados são elementos de informação, embora com estes não se confundam. Dados, como ensina Ralph Stair<sup>40</sup>, diferem de informação por serem fatos em sua forma primária, enquanto que informação é um “conjunto de fatos organizados de tal forma que adquirem valor adicional além do valor do fato em si”.

<sup>39</sup> La utilización de Las obras por computadoras. Num novo mundo do Direito de Autor? Tomo II, p. 973

<sup>40</sup> Princípios de Sistemas de Informação- Uma abordagem gerencial, pp. 4 e 5

#### 4. Obra legalmente não protegida e semelhante às protegidas

Incoerentemente, o legislador alçou à condição de autorais obras alheias à regra geral da criação artística, científica e literária, como o programa de computador e a base de dados, e deixou de lado obra autoral típica, do tipo coletivo como é o fonograma.

O fonograma não consta do rol de obras protegidas do art.7º. Se a obra audiovisual, do tipo cinematográfico por exemplo, parte de um texto original, e sendo tanto a obra audiovisual quanto o texto, obras protegidas, a obra áudio, do tipo fonográfica, também se inicia de uma partitura, esta reconhecida como obra protegida. Ambos, a obra audiovisual e o fonograma, possuem todas as características de obra protegida do tipo coletivo.

O legislador não incluiu o fonograma no rol de obras protegidas do artigo 7º; somente as composições musicais. Assim como não mais inclui o livro, preferindo a expressão “textos”, por mais abrangente. Mas a omissão não deve significar que não sejam obras protegidas, porque o livro é apenas um dos suportes do texto. Fonograma é expressão corpórea das melodias e das letras, contendo elementos de criação coletiva. Cada faixa de um álbum, de um CD, é um fonograma, obra coletiva criada a partir de uma melodia, com ou sem letra.

O tratamento é desigual, porquanto dispensa o legislador aos empresários da radiodifusão, seu paradigma na titularidade dos direitos conexos, proteção às suas produções, tanto quanto às suas emissões, resguardando sua autoria no primeiro caso, e sua titularidade conexa no segundo caso, à vista de sua função de difusores de obras intelectuais. Não considerando o fonograma obra protegida, nega o legislador ao empresário fonográfico a condição de titular autoral de obra coletiva, de que o fonograma é exemplo, considerando apenas passível de proteção, do tipo conexa, seu papel menor de distribuidor e comercializador dos suportes da obra musical, ignorando sua iniciativa e organização na consecução dela.

Ao publicar um fonograma, por outro lado, o produtor fonográfico está sujeito a uma série de obrigações reservadas aos titulares autorais: será obrigado a mencionar o título da obra musical nele incluída, seus autores, o nome ou pseudônimo do intérprete, o ano de publicação, o seu nome ou marca que o identifique (art. 88). Obrigação semelhante foi conferida pelo legislador no § 2º do artigo 81 ao produtor de obra audiovisual, este titular de um direito *autoral*, fruto de obra coletiva.

Na verdade, e chamando a atenção para o estudo dos direitos conexos no capítulo próprio, o que se vê é uma generalizada contradição: livro e fonograma não integram, como tais, o elenco das obras protegidas, e a obra audiovisual, sim. Por outro lado, editores, produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão, ao invés de submetidos ao mesmo tratamento jurídico, não o são, figurando os editores ao lado dos autores, e os demais empresários ao lado dos artistas.

## 5. Obras de folclore

Obras de folclore são manifestações da cultura tradicional e popular definidas na Recomendação Sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular aprovada pela Conferência Geral da UNESCO, em Paris, em 15 de novembro de 1989, como *o conjunto de criações que emanam de uma comunidade cultural fundadas na tradição, expressadas por um grupo ou por indivíduos e que reconhecidamente correspondem às expectativas da comunidade enquanto expressão de sua identidade cultural e social; as normas e os valores são transmitidos oralmente, por imitação ou de outras maneiras. Suas formas compreendem, entre outras, a língua, a literatura, a música, a dança, os jogos, a mitologia, os ritos, os costumes, o artesanato, a arquitetura, e outras artes.*

Tecnicamente, as expressões ou manifestações culturais e étnicas de um povo ou de uma coletividade não haveriam de apresentar interesse na área autoral, posto que todas pertencem ao domínio público. Entretanto, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI - reservou boa parte de suas atividades à promoção de reuniões, estudos e seminários destinados a promover a sensibilização, o estudo e a divulgação dos temas sobre conhecimentos tradicionais, sobre o folclore e o artesanato.

De acordo com o Glossário dessa Organização, pg 121, *“Do ponto de vista da proteção das expressões do folclore, compreende-se, geralmente, o conjunto das produções com elementos característicos do patrimônio artístico tradicional, desenvolvido e perpetuado por uma comunidade ou por pessoas de tal comunidade e refletem a sua expectativa artística. Dentre os exemplos dessas expressões, figuram os objetos de arte tradicionais, os contos populares, as canções populares, a música instrumental ou as danças e os diferentes ritos de um povo. No entanto, de acordo com alguns, as expressões tangíveis da arte folclórica não entram na noção de folclore. O artigo 15.4 da Convenção de Berna (que protege as obras não publicadas por um autor que se supõe de determinado país) aplica-se também, se necessário, à proteção de determinadas expressões do folclore”.*



Inserem-se essas manifestações na ordem internacional, como obras de autor desconhecido, indicado em Berna, artigo 15, alínea quatro, *in verbis*: a) *para as obras não publicadas, em relação as quais a identidade do autor seja desconhecida, mas para as quais haja todas as razões para presumir que esse autor seja nacional de um país da União, fica reservada à legislação desse país a faculdade de designar a autoridade competente para representar esse autor, com legitimidade para salvaguardar e fazer valer os direitos deste nos países da União.*

Claude Masouyé<sup>41</sup>, ensina que a “ disposição visa essencialmente as obras ditas folclóricas embora este termo, muito difícil de definir de modo preciso, não seja expressamente utilizado na Convenção. É este o segundo aditamento carreado para o artigo 15 pela revisão de Estocolmo (1967), e confirmado pela de Paris (1971).”

Em nossa lei especial, as obras de autores desconhecidos são mencionadas no artigo 45º, II da Lei nº 9.610/98 (do mesmo modo como contemplada no inciso II do artigo 48º da Lei nº 5.988/73) para declará-las pertencentes ao domínio público *ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos tradicionais.*

Ora, feita a ressalva necessária à proteção do conhecimento étnico tradicional, o que significa, ou, o que importa esse tipo de manifestação para o direito autoral? Importa por três motivos principais: o primeiro, para reafirmar sua inapropriabilidade decorrente de expressa disposição de lei: encontra-se desde sempre em domínio público e domínio público não se restaura. O segundo, para indicar que tanto as expressões e manifestações culturais populares como os conhecimentos étnicos tradicionais possuem um nível diferenciado de regulamentação, sendo espécie de propriedade imaterial. O terceiro, para declarar que as manifestações em si são inapropriáveis, mas que qualquer fixação delas em suportes conhecidos, ou obra autoral decorrente, respeitados os direitos de imagem e voz de seus intérpretes e outras obras protegidas e não pertencentes à tradição popular, serão de titularidade de quem as fixou, gravou ou transmitiu. Por exemplo, uma fotografia tirada de desfiles de Carnaval, ressalvadas as disposições quanto a retratos, pertencerão ao fotógrafo, assim como as transmissões às empresas de radiodifusão. Mas ninguém deterá o monopólio ou a propriedade dessas manifestações.

Por último cumpre mencionar que, no Brasil, as obras e manifestações folclóricas são consideradas bens culturais de natureza imaterial, integram o patrimônio cultural brasileiro e estão sujeitas a

---

<sup>41</sup> Obra citada, p. 112

registro para preservação, nos termos do Decreto da Presidência da República nº3551, de 4/8/2000.

## 6. Títulos de obras intelectuais

Nos termos do artigo 10 da lei autoral, *a proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor*. Logo, não existe proteção a título desvinculado da obra como expressa o inciso VI do artigo 8º da mesma lei. E, se vinculado há que ser original e inconfundível com de obra do mesmo gênero. Títulos iguais para obras de gêneros diferentes são admitidos pelo legislador autoral brasileiro.

A preocupação do legislador, no caso, não reside apenas na relação autor/obra, mas na coletividade, evitando a indução de consumidor a erro, e a concorrência desleal.

De que gênero fala o legislador? Do grupo ao qual pertencem as obras protegidas, arroladas na forma do artigo 7º (em certa medida, também ligadas ao suporte). Podemos falar, então, em gênero literário, gênero cinematográfico, gênero televisivo, gênero musical, gênero dramático.

O eminente Prof. Antonio Chaves<sup>42</sup> comentava disposição idêntica inserida na norma do artigo 10º da Lei nº 5.988/73: “Ainda que ela [a obra] não seja amparada, ninguém pode utilizar esse título para individualizar uma obra do mesmo gênero **em condições suscetíveis de provocar confusão.**” (grifo nosso)

Na originalidade, pois, reside o primeiro requisito para a proteção do título. Essa originalidade há de ser sempre relativa e vinculada à obra que anuncia. E é requisito para eliminar qualquer discussão sobre o uso de títulos que utilizem expressões de uso comum, indicativas de gênero ou de conteúdo, e assemelhados. Não gozam de proteção, ainda que a obra a tenha, títulos genéricos como: “Compêndio de Direito Ambiental”, “Manual da Primeira Construção”, “Guia de Ruas e Avenidas”, “Mitos e Verdades”, “Pasta e Vinho”, etc.

Como o legislador nacional preocupa-se com a proteção ao título entre obras do mesmo gênero, ainda que original, outro requisito fundamental de proteção deve ser observado: a da inconfundibilidade.

---

<sup>42</sup> Direito de Autor, p. 177

A esse respeito, o artigo 14º da Convenção Interamericana sobre Direitos de Autor – A Convenção de Washington – em vigor entre nós por força do Decreto Legislativo nº 12, de 22/7/1948, dispõe: *O título de obra protegida que, pela notoriedade internacional da mesma, adquira um caráter tão distintivo que a identifique, não poderá ser reproduzido em outra obra sem o consentimento do autor. A proibição não se refere ao uso do título com respeito a obras que sejam de índole tão diversas que excluam toda possibilidade de confusão.* Ou seja: a proteção ao título estende-se a obras e autores das Américas, por força de tratado ao qual aderiu o Brasil.

Paolo Greco e Paolo Vercellone<sup>43</sup>, informam que a proteção jurídica do título, tanto na reprodução por parte de terceiros quanto em outra obra, só se efetiva mediante a ocorrência simultânea de duas condições: a) a de que o título tenha eficácia individualizante, não constituindo uma designação exclusivamente técnica ou genérica, ou de uso comum ou meramente indicativa do conteúdo daquele determinado tipo de obra; b) que o uso por parte de outros possa gerar qualquer possibilidade de confusão, o que não acontece quando se trata de obras que sejam de espécies ou caráter em tudo diferentes. Assim como Claude Colombet<sup>44</sup> lembram que é nessa questão do título que o direito autoral e a propriedade industrial mais se aproximam: o tratamento precipuamente voltado à inconfundibilidade dos produtos, e à conseqüente proteção ao consumidor. “Da mesma forma, a proteção que se deduz com o direito de autor, se não merecesse ser eliminada, deveria diluir-se diante de um regime que melhor atendesse os interesses do autor do título: a concorrência desleal deveria permitir que se atingisse o objetivo diante do qual o direito do autor se revela um pouco impotente.”

Sobre o assunto, Henri Desbois<sup>45</sup>, em comentário à lei francesa sobre direitos de autor de 1957, inspiradora da lei brasileira sobre o mesmo assunto, entende que “os tribunais [franceses] não atribuíram a devida importância ao critério da originalidade: na verdade, a noção do risco de confusão que freqüentemente foi levantada a título complementar, acabou ocupando o primeiro plano e influenciando na decisão.”

Títulos iguais e semelhantes em obras de gênero diferente não são objeto de proteção em nenhum dos dois gêneros porque não se prestam à confusão. Títulos iguais ou semelhantes só conferirão ao criador da

---

<sup>43</sup> I Diritti Sulle Opere Dell'Ingegno, pp. 405/406,

<sup>44</sup> Propriete' littéraire et artistique, p. 52

<sup>45</sup> Le Droit D'Auter en France, p. 240

primeira obra publicada que ostente proteção em relação ao subsequente, se passível de confusão com outro do mesmo gênero. Se não induzir o adquirente à confusão, ainda que pertencentes às obras ao mesmo gênero, não há que se falar em proteção. Por exemplo, um livro intitulado “Dois Caminhos” não será confundido com um filme chamado “Dois Caminhos”, ou com uma tela pintada ao qual o artista plástico intitule “Dois Caminhos”. Essa a presunção do legislador.

Para o sub-título valem as regras do título, com a variável de, no conjunto, sugerir menos a possibilidade de confusão.

O parágrafo único do artigo 10 pormenoriza a disciplina jurídica do título quando se trata de jornais ou quaisquer outras publicações periódicas: se a periodicidade da publicação for inferior a um ano, o título permanece protegido por doze meses contados a partir da última publicação. Se a periodicidade for de um ano ou mais, esse prazo se elevará a dois anos, contados a partir da última publicação.

#### **a) título e marca**

Título de obra autoral também pode virar marca e ser protegido pela lei da propriedade industrial? De acordo com o inciso XVII do artigo 124 da Lei nº 9.279/96 *não são registráveis como marca: XVII – obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular.* Não pode, então, haver apropriação como marca, do título de obra literária, artística ou científica por terceiro. É que diante da norma contida no inciso VI do art. 8º, que lhe é equivalente e posterior, e que nega proteção autoral a nomes e títulos isolados, e do art. 10º, que considera o título indissociável da obra para fins de proteção, resulta que autor da obra é, automaticamente, autor do título, condição da qual não pode dissociar-se, sendo o único legitimado ao depósito do registro. Para ceder o título, só cedendo a obra.

E para ser concedida a marca, outro requisito há que ser atendido: a originalidade dela, o que equivale dizer que ainda que seja o autor o depositante da marca, esta só lhe será concedida se não contiver expressões de uso comum.

A previsão legal tem triplo caráter: a) de proteção ao autor contra a possibilidade de outrem enriquecer-se às suas custas; b) a de proteção ao consumidor na medida em que afasta a possibilidade de registro de título de obra que possa induzi-lo a erro; c) a proteção a empresários do mesmo

segmento de difusão a que pertença uma obra (caso e coleções, ou séries) contra a concorrência desleal.

A disposição do Código da Propriedade Industrial é, na verdade, protecionista. Se, de um lado, apenas o autor ou titular da obra literária, artística ou científica poderá depositar o título da obra como marca, até porque há impossibilidade material no registro da obra, de outro, havendo vedação legal (art. 8º, inciso VI, da lei autoral) à proteção autoral isolada do título, parece que resta ao autor, ou titular, explorá-lo economicamente como sinal distintivo em outros produtos “idênticos ou assemelhados” (art. 124, CPI) ao qual a obra autoral não se vincule.

Um dos exemplos mais curiosos dessa interrelação entre título de obra protegida e marca é o dos programas (obras videofonográficas) produzidos nos Estados Unidos da América do Norte, e veiculados pelas televisões de quase todos os países, intitulados *Saturday Night Live*. Ambos de conteúdo humorístico e idêntico formato, após cisão entre seus criadores e intérpretes, passaram a ser transmitidos por dois canais diferentes de televisão (no Brasil, ambos de tevê por assinatura), e identificados pelo mesmo título, correspondendo a duas marcas de apresentação mista, isto é compostas de desenhos ou figuras e expressões verbais, contêm a mesma expressão de uso comum: “Sábado à noite, ao vivo”. Sendo distintos os canais de transmissão, e distintos seus produtores e intérpretes, o que impossibilitaria a confusão, convivem simultaneamente no mundo do entretenimento.

## CAPÍTULO 6

### TRANSMISSÃO DOS DIREITOS E DURAÇÃO DA PROTEÇÃO

#### 1. Modo de aquisição dos direitos

O fato gerador dos direitos morais de autor é o ato da criação, que dá origem à obra, em um processo que se inicia dentro do cérebro humano, passa pelos sentidos e revela-se através de um objeto passível de extração de cópias ou de exibição ou exposição públicas.

O fato gerador dos direitos patrimoniais do autor é a publicação da obra, momento em que o resultado da criação (coisa incorpórea) fixado num suporte corpóreo, está apto a ser exibido ou exposto ao público, ou a ele disponibilizado por meio de exemplares.

Ambas as espécies de direitos podem gravitar, simultaneamente, em torno do próprio autor que vai exercê-los diretamente, ou por uma outra pessoa física ou jurídica a quem ele, autor, facultará o exercício dos seus direitos, ou a quem a lei designar. A isso se chama aquisição derivada de direitos de autor.

Há duas formas de aquisição derivada dos direitos de autor: por mútuo consentimento, via contrato, ou por morte do autor. Falecendo este, ocorre a transmissão automática de direitos patrimoniais, e parte dos morais, aos herdeiros e sucessores dos criadores das obras. Enquanto vivo, somente o autor pode exercer, na plenitude, os seus direitos morais. Se acometido de algum mal, poderá ser judicialmente declarado interdito, sendo substituído o seu consentimento por outorga judicial, ou pelo de seu tutor.

Quaisquer que sejam os modos de transmissão, no entanto, só podem ter eficácia durante o período de proteção da obra, porque não pode haver aquisição de obra caída em domínio público.

## **2. Transmissão *Mortis Causa* e proteção da obra no tempo**

Diferentemente de outras formas de propriedade, que podem se perpetuar, os direitos de autor têm a sua duração limitada no tempo. Um dos princípios sobre os quais se assenta a disciplina dos direitos autorais é o de devolver à sociedade, ao término do privilégio, um direito que também a esta cabe, na medida em que o autor dela captou os elementos para compor a sua criação.

Com a revisão de Berlim da Convenção de Berna, em 1908, os países signatários resolveram fixar o prazo de cinquenta anos para proteção da obra contados a partir do falecimento do autor, com base na expectativa de vida média de seus herdeiros. Esse prazo passou a mínimo obrigatório a partir da revisão de Bruxelas, em 1948, exceção feita às obras fotográficas e de artes plásticas, cujo mínimo previsto era o de vinte e cinco anos contados da realização da obra. A Convenção Universal, de 1952, fixou desde o início um prazo mínimo de vinte e cinco anos de proteção da obra após a morte do autor, e um mínimo de dez para as fotografias e para as artes aplicadas. Mas, uma coisa sempre foi certa: eles perdurariam por toda a vida dos autores.

### a) transmissão dos direitos patrimoniais

Os prazos de proteção que realmente importam para o estudo da matéria são os vigentes de acordo com a legislação interna de cada país, na data de publicação da obra, podendo o autor da obra, em virtude da reciprocidade oferecida por Berna, requerer a adoção das leis de seu país de origem caso a proteção por este conferida seja maior.

A proteção vitalícia, pois, nasceu com o próprio direito, e ela é adotada internacionalmente, qualquer que seja o sistema jurídico ou do país de nascimento do autor ou de publicação da obra.

Os prazos *post mortem* variaram bastante no Brasil (20, 50, 60 e 70 anos), e hoje temos uma regulamentação desse direito focada tanto na pessoa do autor (regra geral), como no tipo de obra (audiovisual, fotográfica).

A redação pioneira do art. 649 do Código Civil dispunha que *ao autor de obra literária, científica ou artística pertence o direito exclusivo de reproduzi-la. § 1º - Os herdeiros e sucessores do autor gozarão desse direito pelo tempo de sessenta anos, a contar do dia de seu falecimento. § 2º - Morrendo o autor sem herdeiros ou sucessores, a obra cai em domínio comum.*

Esse artigo foi alterado pelo art. 1º da Lei n. 3.447, de 23 de outubro de 1958, que passou a ter a seguinte redação: *Ao autor de obra literária, científica ou artística pertence o direito exclusivo de reproduzi-la. §1º - Os herdeiros e sucessores do autor gozarão desse direito pelo tempo de 60 (sessenta) anos, a contar do dia de seu falecimento. §2º - Se morrer o autor, sem herdeiros ou sucessores até o 2º grau, a obra cairá em domínio público. § 3º - No caso de caber a sucessão aos filhos, aos pais ou ao cônjuge do autor, não prevalecerá o prazo do § 1º e o direito só se extinguirá com a morte do sucessor.*

Os herdeiros e sucessores do autor falecido antes de outubro de 1958 usufruem dos direitos sobre obras criadas por este até sessenta anos após a sua morte. Depois de outubro de 1958, esse prazo passa a valer para outros herdeiros que não pais, filhos ou cônjuge, cujos direitos também passam a ser vitalícios. Inúmeros casos existem nas artes e na literatura brasileira que precisam ser analisados à luz da lei de vigência, para a correta análise de seu *status* jurídico, isto é, saber se herdeiros e sucessores ainda detêm direitos sobre as obras que herdaram, ou se já se encontram em domínio público.

A regra de 1958 foi adotada pela lei especial, a 5.988/73 estendendo seus efeitos até sua derrogação pela atual lei 9.610/98, a qual retornou o conceito original do Código Civil.

A duração dos direitos do autor sobre sua obra, atualmente, são tratados pela lei autoral, Lei 9.610/98, nos art. arts. 41 a 44. De acordo com o diploma especial, os direitos patrimoniais de autor conhecido, que garantem proteção às obras, perduram por toda a sua vida, e mais 70 (setenta) anos contados do ano subsequente ao de seu falecimento. Dentro desse prazo, obedecem os herdeiros à ordem sucessória prescrita pelo Código Civil, qual seja, descendentes e cônjuge sobreviventes, ascendente e cônjuge, cônjuge sobrevivente não havendo descendentes, e colaterais. (art.1829, do Código Civil de 2003).

Se forem vários os autores e a obra indivisível, o prazo é contado a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do último co-autor vivo. Os direitos do co-autor que falecer sem deixar sucessores não se esgotam com a sua morte: ao contrário, são acrescidos aos dos autores sobreviventes, mas não aos dos herdeiros destes.

Em se tratando de autores de obras audiovisuais e fotográficas, o prazo continua a ser de setenta anos, mas contados da data da divulgação das obras, desprezando-se, no caso, a vitaliciedade e /ou a sucessão.

No caso das obras póstumas, a proteção incide sobre o período que intermedia a publicação e os 70 (setenta) anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento. Assim, se uma obra de autor falecido for publicada no décimo ano de sua morte, a obra terá sessenta anos (restantes) de proteção.

No caso das obras publicadas anonimamente ou sob pseudônimo, o prazo de setenta anos é contado a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da publicação da obra. Protege-se a obra, portanto, independentemente de quem seja seu autor. Quando este resolver se dar a conhecer, o exercício desse direito, que era feito por quem a publicara, passa a sê-lo pelo próprio autor.

Saliente-se que obra de autor anônimo, ou sob pseudônimo, possui tratamento jurídico diferenciado daquele de obra de autor desconhecido (art. 52). Neste caso, a impossibilidade de identificação do titular faz a obra cair em domínio público, o que não acontece com a obra publicada



anonimamente, isto é, aquela em que o autor deseja apenas ocultar a sua identidade.

Quando o autor oculto passa a assumir a paternidade da obra, muda a circunstância e o modo de proteção: passa a ser o de toda a sua vida mais setenta anos após a sua morte, desde que se dê a conhecer dentro do prazo que intermedia a publicação da obra ainda anônima e os 70 (setenta) anos contados deste fato.

O que ocorre na hipótese de o autor sobreviver ao prazo de duração da sua obra? Suponha-se uma fotografia publicada aos dezoito anos de vida do fotógrafo. Suponha-se, ainda, que o fotógrafo viva até os 90 (noventa) anos. Aos 88 (oitenta e oito) anos, e a permanecer em vigor a lei atual, não poderá opor-se à utilização pública da obra, salvo para garantir-lhe a integridade, e mesmo assim através do Estado, porque a fotografia terá caído em domínio público.

Diferentemente da lei anterior que estabelecia uma forma própria de sucessão (filhos, pais, cônjuge e demais sucessores) a nova lei simplificou: após a morte do autor são titulares derivados *post mortem* durante os 70 (setenta) anos subsequentes ao seu falecimento, os herdeiros na ordem sucessória da lei civil (art. 41).

Isso significa que a sucessão, legítima ou testamentária, dentro do prazo de setenta anos, pode contemplar desde o herdeiro necessário, até o último colateral, sendo de rigor a consulta aos autos do inventário ou do arrolamento, por parte de quem deseje utilizar obra intelectual protegida publicamente.

## **b) transmissão dos direitos morais**

Até agora discorreu-se sobre os prazos dos direitos patrimoniais. E quanto aos morais, têm prazo de proteção?

Dispõe o art. 6 bis, alíneas 1 e 2 da Convenção de Berna: *Independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação. 2 )Os direitos reconhecidos ao autor por força do parágrafo 1º antecedente mantêm-se, depois de sua morte, pelo menos até à extinção dos direitos patrimoniais e são exercidos pelas pessoas físicas ou jurídicas a que a citada legislação reconhece qualidade*

*para isso. Entretanto, os países cuja legislação, em vigor no momento da ratificação do presente Ato ou da adesão a ele, não contenha disposições assegurando a proteção, depois da morte do autor, de todos os direitos reconhecidos por força do parágrafo 1º acima, reservam-se a faculdade de estipular que alguns desses direitos não serão mantidos depois da morte do autor.*

A recomendação convencional, portanto, é a de que os direitos morais sejam mantidos pelo menos até o esgotamento do prazo de duração dos direitos patrimoniais, e mesmo após sua morte.

Os direitos morais, como já se viu, são aqueles intimamente ligados à personalidade do autor: duram enquanto este viver, e nas hipóteses dos incisos I a IV do art. 24 transmitem-se a seus sucessores, podendo sobrepor-se aos patrimoniais, caso estes se extingam antes de seu próprio falecimento.

Surge, assim, uma interessante questão: se os direitos de personalidade iniciam-se com a vida e extinguem-se com a morte do autor, perdurarão também por toda vida dos sucessores legítimos ou testamentários? Não, porque parte da titularidade moral foi adquirida *por derivação* pelos herdeiros, em virtude do falecimento do autor e em razão da obra. Não se iniciaram com a vida desses herdeiros, nem se extinguirão com sua morte: duram enquanto vigentes os prazos de proteção dos direitos patrimoniais, de acordo com Berna, observados, em qualquer caso, os prazos prescricionais para o exercício judicial desses direitos.

O prazo de duração dos direitos conexos é harmônico em relação ao dos autores: setenta anos contados a partir de 1º de janeiro (*dies a quo*), variando, de titular para titular, o termo final (*dies ad quem*); no caso dos artistas, o termo inicial conta-se a partir da execução ou da representação públicas, no caso das empresas de radiodifusão no dia da primeira emissão do programa, e no dos fonogramas a partir da data de sua fixação (art.96). As obras audiovisuais transmitidas pelas TVs podem ter data de divulgação anterior quando se tratarem de obras autorais independentes. Neste caso, os prazos o prazo se conta da data da primeira publicação, isto é, da primeira exibição pública, e não da transmissão.

Para a contagem dos prazos, é de grande valia a menção de reserva. O editor, o produtor de fonograma, empresas de rádio e TV, o produtor cinematográfico, devem indicar, na própria obra, a data da primeira publicação ou divulgação, que é o ponto de partida e referência na contagem dos prazos. Esse prazo é único, não tendo significado as

contagens dos prazos das sucessivas edições, com modificações ou alteração de conteúdo, porque a proteção se inicia com a primeira publicação, e não se interrompe, nem se reinicia.

### 3. Transmissão *Inter Vivos* : Contratos

Durante o prazo de proteção da obra, os direitos patrimoniais dela podem ser transferidos. Essa transferência se dá através de contratos verbais ou escritos, sempre comutativos e, salvo expressa disposição em contrário, onerosos. Contratos em matéria de direitos de autor e conexos têm um princípio fundamental: serão sempre de interpretação restritiva.

Do ponto de vista subjetivo, em um dos lados da relação negocial que pela primeira vez disponibiliza a obra ao público, estará sempre o autor, pessoa física, ou seu sucessor legítimo ou testamentário, ou a pessoa jurídica autora e organizadora de obra coletiva. Do outro, um cessionário, um licenciado, um locatário, pessoa física ou jurídica, que assumirá os encargos de divulgar a obra, utilizá-la publicamente, comercializá-la e distribuí-la, prestando contas ao autor.

O procurador com poderes especiais, que também pode figurar no pólo ativo do contrato, o fará na mera condição de representante, agindo em nome e por conta do mandante autor. O cessionário, ao contrário, subroga-se nos direitos do autor, agindo por conta e nome do cedente.

Conferindo o autor ao cessionário, ou outro explorador da obra, direitos para subcessão dos seus direitos patrimoniais de autor, os sujeitos da relação jurídica serão outros. E essa relação pode se suceder indefinidamente como descreve Henry Jessen<sup>46</sup>, “Por tratar-se de bem incorpóreo, imaterial em sua essência, o direito de autor sobre a obra pode ser dividido e subdividido sem outras limitações que o respeito ao direito dos cessionários anteriores. Se a cessão de um dos direitos é exclusiva, e assim se presume se o contrário não fôr expressamente declarado no contrato, a ninguém mais pode o autor transferir o mesmo direito: já não mais o possui. Um segundo ato de cessão seria nulo de pleno direito. Mas se a cessão parcial **não-exclusiva**, ou seja, reservando-se o autor o direito de ceder outras porções ideais do mesmo direito a terceiros, enquanto houver adquirentes interessados, repetir-se-á o milagre da multiplicação dos pães, pois as obras do espírito que não sejam fisicamente mensuráveis,

---

<sup>46</sup> Direitos Intelectuais dos autores, artistas, produtores de fonogramas e outros titulares, p.77

especialmente as dos gêneros dramático e musical, não terão suas limitações no espaço, podendo, em teoria, subdividir-se ao infinito”.

Contratos que versem sobre direitos autorais também podem ter, nos dois pólos subjetivos, na relação inicial, pessoas jurídicas, quando o autor é aquele intitulado no § único do art. 11. Mas sempre haverá de existir uma pessoa física na relação originária, que cederá os seus direitos, seja para uso isolado da obra, seja para integrar obra da coletiva, ou obra em colaboração.

Do ponto de vista da forma, a obrigatoriedade da escrita fica reduzida à hipótese de cessão total, definitiva ou parcial, prevista no art. 49, II. No mais, admite-se o contrato verbal. A alternativa escrita, como meio mais eficaz de prova documental, embora não exigível nos outros casos, deve ser a escolhida pelos autores. Entretanto, ainda que verbal, aplicam-se sobre a negociação os princípios da interpretação restritiva quanto a alcance, território e prazos, e o da independência dos direitos patrimoniais.

#### **a) tipos de contratos quanto ao conteúdo (edição, representação, cessão)**

Quanto ao conteúdo, os contratos de transferência de direitos autorais só poderão versar sobre a obra pronta, e sobre modalidades de utilização já existentes à data do contrato.

São usuais, em matéria de direitos de autor e conexos, os contratos de edição, de licença, de cessão, de representação ou execução, de gravação ou fixação. O de cessão, que inclui a licença, por ser o mais utilizado, será objeto de exame mais aprofundado na seção seguinte; os de gravação ou fixação, no capítulo próprio dos direitos conexos.

**Contratos de edição** são aqueles destinados a dar a formatação final ao suporte sobre o qual se fixa a criação do autor, o seu bem imaterial, do modo como será acessível ao público consumidor por meio de exemplares.

O art. 53 da lei define, de modo ambíguo, o contrato de edição como aquele mediante o qual o editor fica autorizado, em caráter de exclusividade a publicar e a explorar a obra literária, artística ou científica, obrigando-se, em contrapartida, a reproduzi-la e a divulgá-la. Ambiguamente porque permite a confusão com o contrato de cessão. A diferença entre o contrato de edição e o de cessão reside justamente na

transferência dos direitos patrimoniais de reprodução e de utilização pública que ocorre somente no último. É possível contratar a edição sem a transferência ou cessão dos direitos de reprodução, ou de quaisquer outros direitos patrimoniais. Entretanto o legislador, misturando os conceitos, tratou da edição como uma verdadeira cessão, o que torna difícil a distinção existente no direito e na prática anglo-saxã entre *publisher* e *editor*. Na verdade, editor para o legislador nacional é o “publicador” da obra.

Orlando Gomes<sup>47</sup>, com amplo conhecimento da área negocial, e traduzindo essa ambigüidade que acompanha a disciplina legal da matéria há tempos, afirma que o contrato de edição possui *causa autônoma*, qual seja, a divulgação de obra literária, artística ou científica. “É *contrato típico* em nossa legislação, posto que se apresenta sob modalidades tão distintas que melhor fora separá-los. Edição propriamente dita é o contrato pelo qual o autor de obra literária concede, contra remuneração à outra parte o direito exclusivo de reproduzi-la e divulgá-la mas também se chama *edição* o contrato pelo qual o escritor se obriga a elaborar uma obra literária, sob encomenda de quem se propõe a publicá-la e a quem cede os direitos autorais.”

A edição, para os efeitos da lei 9.610/98, é uma forma de utilização de obra intelectual. A característica principal do contrato de edição é a exclusividade, e não a cessão, com o qual é freqüentemente confundido. São deveres do editor, entre outros: a) trazer impresso junto ao suporte todos os elementos de indicação do mesmo, como título, autores, ano de publicação, seu nome ou marca; b) publicar e divulgar a obra; c) fixar o preço de venda dela; d) facultar ao autor o exame da escrituração da parte que lhe cabe na obra, prestando-lhe contas mensais, salvo prazo diverso estabelecido em contrato; e) no silêncio do contrato, editar a obra em dois anos da data de celebração; f) exercer o controle sobre as edições e sobre o estoque; g) tomar a iniciativa das atualizações imprescindíveis da obra.

**Contratos de representação, recitação ou execução** são os celebrados entre autores e artistas de um lado, e empresários de espetáculo ou de comunicação de outro, destinados a levar ao público obras intelectualmente protegidas, seja ao vivo, seja por meio de radiodifusão. Sobre seu objeto, resume Arnoldo Wald<sup>48</sup>, “O objeto é a autorização do autor a quem vai representar ou executar a obra (geralmente o empresário). A exibição cinematográfica era regulada separadamente pela lei anterior (Lei 5.988/73). A lei atual – Lei 9.610/98 – inclui “transmissão e exibição

---

<sup>47</sup> Contratos, p.479

<sup>48</sup> Obrigações e Contratos , p.499

cinematográfica” no § 1º, bem como um parágrafo sobre a matéria no mesmo art. 68.”

A lei autoral, em seus arts. 68 a 76 cuida do conteúdo dos contratos de representação teatral e execução musical, ou lítero-musical, dentro do capítulo da comunicação pública de obras intelectuais. Num e noutro caso, são deveres do empresário de espetáculo, ou de comunicação, entre outros: a) estrear o espetáculo dentro de prazo convencionado com o autor, e, na ausência do prazo, após notificação; b) garantir livre acesso ao autor aos locais de representações ou execuções para que ele possa fiscalizá-las; c) não entregar a obra a pessoa estranha à representação ou execução, sem licença do autor; d) no caso específico das execuções, recolher ao ECAD os valores devidos pela utilização de obras musicais e fonogramas, devidamente relacionados, antes ou após a realização do espetáculo, e disponibilizar a qualquer interessado cópias dos contratos de utilização dessas obras em programas de TV ou filmes.

### **Contratos de cessão de direitos**

À exceção da interpretação artística não musical, de atores e demais profissionais de que trata a Lei 6.533/78 e da lei do radialista (Lei nº 6.615/78), todas as demais obras protegidas podem ser objeto de contrato de cessão, incluindo a interpretação artística musical, obra dos cantores.

Mas nem todos os direitos de autor podem ser transferidos. De acordo com o legislador (art. 49, I) não podem ser objeto de cessão ou qualquer outro tipo de transferência, os direitos de natureza moral e *os expressamente excluídos em lei*. Os direitos que o legislador, atualmente, considera inalienáveis e irrenunciáveis são, além dos morais, os direitos de seqüência, e os de autor desconhecido (art. 45, II).

A cessão pode ser dada a título universal ou singular. A título universal pode compreender, por exemplo, toda a produção intelectual do autor, o qual não poderá publicar uma única obra com outro editor ou produtor, e ainda todos os meios e processos de difusão da obra, todos os territórios, todos os idiomas, todas as transformações da obra originária pelo tempo de duração do contrato. Uma exceção: a cessão de obras futuras, que não poderá ultrapassar cinco anos, ou a esse prazo será reduzida (art.51).

A cessão a título singular, por exemplo, pode ter por objeto apenas uma obra de toda a produção intelectual do autor, combinando aspectos totais (todos os poderes territoriais, de mídia, de transformação da obra,

durante a vigência do contrato) ou parciais (algum ou alguns territórios, algumas mídias, com ou sem direitos de transformação).

A cessão parcial confunde-se muitas vezes com as licenças, porque ambas têm eficácia menor em relação à cessão total a título universal ou singular. A lei não define licença, tampouco a regulamenta, mas é certo afirmar-se que se trata de uma autorização de uso, de exploração.

Como estamos diante de um direito de origem anglo-saxã, é nesse direito que devemos buscar o correto entendimento da licença. Segundo Antonio de Macedo Vitorino<sup>49</sup>, citando Gilker “a *common-law* distingue tradicionalmente três espécies de licenças, consoante o autor faça a concessão de uma autorização exclusiva, vedando-se a si e aos demais o uso da faculdade concedida (*exclusive license*), em vez de se comprometer apenas a não conceder a mesma autorização a mais ninguém, embora possa continuar a fazer uso dela ele próprio (*sole licence*), ou simplesmente autorize o seu uso em concorrência consigo e com todos aqueles a quem venha a autorizar a exploração da mesma faculdade (*simple licence*). Primitivamente, nenhuma licença era defendida por meio próprio sem a necessidade da intervenção do dono da faculdade raiz.”

Portanto 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, pode o autor 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 cessão de direitos, parcial ou integral, e licenças exclusivas, das licenças não exclusivas é a *oponibilidade erga omnes* das primeiras. No Brasil, exclusividade é condição prevista em lei somente para o contrato de edição (art. 53).

Na licença, o autor tem muito mais liberdade para determinar os destinos e explorações de sua obra, mas terá mais trabalho para controlá-las. Na cessão, se poupado do trabalho, deixará a fiscalização dela ao cessionário, o que implica dever de confiança. As licenças no Brasil são sempre voluntárias, conceito reverso ao das licenças obrigatórias, sistema

---

<sup>49</sup> As Licenças, uma análise de direito português e de direito comparado. Num novo Mundo do Direito de Autor, Tomo I, p.414

de administração de direitos sugerido por Berna no caso dos art. 11, bis, 2 – licença para radiodifusão – e no do art. 13, relativo às gravações musicais.

Outra característica da cessão está na onerosidade: a cessão é, presumivelmente, onerosa, sendo admitida a gratuidade quando expressa por escrito, ou testemunhada. Já a licença não comporta presunção legal, podendo ser provada como onerosa ou gratuita, por simples alegação verbal.

Contrato de cessão de direitos autorais não se confunde com contrato de cessão de créditos. O primeiro transmite a titularidade de um *bem móvel*, que só após a celebração do contrato gerará créditos pecuniários, repartidos, na forma pactuada, entre cedente e cessionário. No segundo, transmite-se a titularidade de uma *obrigação* que comporta, inclusive, assunção de dívida. Nada obsta, porém, que o cedente ou o cessionário dos direitos autorais cedam os créditos pecuniários decorrentes da comercialização da obra, em uma relação de caráter puramente comercial.

### **Elementos essenciais do contrato de cessão**

Considera o legislador elementos essenciais do contrato de cessão: (§ 2º, art. 50) seu objeto, forma, preço (leia-se: remuneração a título de direitos patrimoniais), e as condições de exercício quanto ao lugar (leia-se território de livre circulação da obra) e tempo.

O contrato de cessão só poderá ter por **objeto** direitos patrimoniais, porque os únicos disponíveis. Assim, pode o autor ceder os direitos de reprodução, de inclusão de locação, de radiodifusão, de distribuição, mas não os direitos referentes ao crédito (cessão de nome) ou os de modificar a obra.

A **forma** obrigatória é a escrita. É a regra imperativa contida no *caput* do art. 50 da lei especial que, ao mencionar a cessão e sua presumida onerosidade, estabelece que a mesma *se fará sempre por escrito*.

A condição de validade quanto a **preço** é atribuição exclusiva do autor, único capacitado a valorar a sua obra, no âmbito negocial. Mas, então, não pode o autor ceder gratuitamente o uso de sua obra? Sim, porque a gratuidade integra o conceito de atribuição de valor, mas condicionada a declaração expressa do autor, ou de quem legitimamente o represente. Entretanto, e dada a presunção legal de validade dos contratos de cessão verbal, havendo dúvidas quanto à cessão gratuita, prevalecerá a presunção da onerosidade, e não a da gratuidade.



Quanto a **lugar**, a regra do § 2º do art.50 remete claramente a territórios geográficos, deixando de lado como condição essencial da cessão os diversos modos de difusão, ou mídias, canais de distribuição das obras. Como os diversos modos de utilização das obras autorais e dos fonogramas são independentes entre si (art. 31), e sendo a interpretação dos contratos sempre restritiva (art. 4º), da combinação das regras resulta que os contratos devem prever, igualmente os meios de difusão das obras.

Quanto ao **prazo** de duração dos contratos, que não se confunde com os prazos de proteção das obras, o legislador autoral não o menciona como condição essencial de validade na modalidade cessão. Talvez porque a disposição vise alcançar outros tipos (concessão, licença) de contratos não escritos de transferência de direitos. Neste caso, não havendo estipulação contratual escrita, o prazo máximo de duração de um contrato de cessão ou licença será de 5 (cinco) anos (III, art. 49). Os atos praticados nesses 5 (cinco) primeiros anos serão considerados válidos e eficazes, se corretamente cumpridos.

Outras presunções aplicáveis aos contratos de cessão encontram-se contidas nas disposições dos incisos IV, V e VI do art. 49: a cessão será válida somente para o país de celebração do contrato (salvo estipulação em contrário), e só se operará para modalidades de utilização então existentes, e, na ausência de especificações, limitadas a apenas àquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato. É a aplicação, pelo legislador, do princípio da interpretação restritiva nos negócios jurídicos relativos a direitos autorais.

#### **b) Tipos de contrato quanto ao modo de confecção da obra (autônoma, encomenda, coletiva)**

As obras autorais podem chegar prontas ao editor ou produtor, ou podem ser objeto de encomenda por parte destes, na qual podem ter um grau maior ou menor de interferência, ou, podem ser organizadas por uma pessoa física ou jurídica com participação simultânea à dos diversos autores que aglutina. No primeiro caso, estaremos diante de exemplos clássicos de contratos de cessão, edição ou representação, já analisados. No segundo, estaremos diante de uma obra de encomenda, resultado também de uma relação de prestação de serviços, com ou sem vínculo de emprego, e na última estaremos diante da obra coletiva.

A chamada **obra de encomenda**, disciplinada no art. 36 da revogada Lei nº5.988/73, não foi contemplada pela Lei nº 9.610/98. Não se trata de

tipo de obra protegida, mas de modo de confecção de obra autoral (ou não), importante nos reflexos que trará às questões correlatas de autoria ou de titularidade, dependendo do grau de interferência do comitente, ou empregador, em relação ao comissário, o empregado ou prestador de serviços.

Prevista inicialmente nos projetos que se propunham a alterar a Lei 5.988/73 foi, equivocadamente, retirada de seu texto, ao invés de melhorá-lo. O fato não altera o mercado, que continua a utilizá-la, sendo que, diante da nova situação, a questão da titularidade, antes assentada na presunção legal da co-titularidade originária entre encomendante e comissário, passou a ser regida unicamente pelas regras contratuais.

Diante de uma obra contratada sob encomenda há que se distinguir a prestação de serviços dos direitos patrimoniais de autor, objeto de confusão inclusive por parte de juízes e tribunais. Como se inicia através da prestação remunerada de serviços, a obra de encomenda era dada como cedida em relação aos direitos patrimoniais de autor, depois de finalizada, pelo simples fato de ter havido trabalho remunerado. Entretanto, salários ou honorários remuneram, exclusivamente, a prestação de serviços, relação jurídica de caráter pessoal entre comitente e comissário, enquanto que os direitos patrimoniais se destinam a remunerar o uso público da obra. Esta, terminada a prestação de serviços, adquire vida própria e valor econômico decorrente de sua exploração. Os rendimentos patrimoniais da obra iniciam-se onde finda a remuneração paga pela prestação de serviços, e com esta não se confunde.

De qualquer modo, e diante de uma obra feita sob encomenda sob a égide da lei atual, há que se observar o seguinte quanto à autoria e ao modo de utilização: **a)** os direitos morais pertencem ao comissário, e são intransferíveis; **b)** não havendo cessão escrita, há cessão presumida, mas limitada aos modos de utilização para os quais foi a obra originalmente criada; **c)** os salários ou honorários cobrem, em qualquer caso, apenas a primeira utilização; **d)** as utilizações posteriores deverão ser remuneradas do mesmo modo como se dá a participação dos autores de obras criadas autonomamente.

Na terceira hipótese, estaremos diante de um contrato de confecção de **obra coletiva**. Neste, a titularidade originária dos direitos patrimoniais sobre o conjunto pertence ao organizador, a quem caberá publicá-la, assegurando proteção às participações individuais nela contidas, dispensável a apuração do grau de interferência na criação dela.

O conceito de obra coletiva (*a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma*, nos termos do art. 5º, VIII, h) da lei 9610/98) é objeto de ácida crítica por parte de Antonio Delgado<sup>50</sup>, um profundo estudo de direito comparado das leis iberoamericanas de direitos de autor e das leis italianas e francesas que as inspiraram, relaciona a obra coletiva às preocupações da indústria cultural, em detrimento dos autores. Em um dado momento do estudo afirma: “ Não deixa de ser um pouco estranho que, se a obra [coletiva] é protegida pela originalidade da seleção e da coordenação ou disposição de suas partes com vistas a um fim, não se defina seu autor como aquele que concebe e realiza uma e outra coisa. Com efeito, se se pensa na modesta criatividade que implicam essas atividades, não parece de todo exagerado investir da qualidade de autor ao que as levou a cabo por via de instruções, posto que elas são suficientes para estabelecer o desenho, a arquitetura que adotará essa obra complexa e no que consistirá sua particular forma expressiva”.

De acordo com nossa lei, que segue a linha das legislações acima referidas, o contrato dos participantes individuais com o organizador da obra coletiva especificará a contribuição de cada um, o prazo para entrega dessa contribuição individual, remuneração e demais condições de confecção (art. 17, § 3º), como forma de dar maior segurança às participações individuais. E, na publicação da obra, numa espécie de compromisso do organizador para com o público, ele será obrigado a mencionar em cada exemplar: o título da obra e o ano de publicação, a relação de todos os participantes, seu nome ou marca (art. 88).

No contrato de produção de obra audiovisual especificamente, acrescenta o legislador às obrigações do produtor a obrigação de estabelecer a remuneração devida aos co-autores e aos artistas, bem como o tempo, a forma e o lugar do pagamento (art. 82).

#### **4. Domínio Público**

*Pertencem*, originariamente, ao domínio público, as peças ou obras de autor desconhecido, incluindo as folclóricas, ressalvadas quanto a estas (inciso III do art.45) a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

---

<sup>50</sup> La Obra colectiva: un hallazgo a um pretexto . Um novo Mundo do direito de Autor?. Tomo I, pp. 126/127

*Caem* em domínio público as obras cujo prazo de proteção haja decorrido, ou cujo autor tenha falecido sem deixar herdeiros ou sucessores. Essa nova situação em que se encontram essas obras significa que seu conteúdo e forma são devolvidos à coletividade, extinto o privilégio temporário conferido aos autores, para que todos possam fazer uso livre e gratuito dela, respeitadas, apenas, a sua integridade e o seu crédito.

Esse prazo não se restaura, a teor do disposto no art. 112 da lei atual: *Se uma obra, em conseqüência de ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido pelo § 2º do art. 42 da Lei nº5.988, de 14 de dezembro de 1973, caiu no domínio público, não terá o prazo de proteção dos direitos patrimoniais ampliado por força do art. 41 dessa lei.*

No Brasil, pode-se, então, utilizar livremente as obras de autores nacionais caídas em domínio público, decorridos os prazos de proteção, *de acordo com a lei vigente à época de publicação das obras*, e respeitada sua integridade. Mas, recomenda-se cautela na análise da extinção dos prazos de proteção: uma obra criada e publicada no início do século pode, ou não, ter caído em domínio público, dependendo da data do falecimento de seu autor e da existência de eventuais herdeiros.

No Brasil, é também possível a livre utilização de obras caídas em domínio público nos países estrangeiros, onde foram pela primeira vez publicadas? Em primeiro lugar, é preciso considerar que o prazo mínimo de proteção para que uma obra estrangeira seja considerada em estado de domínio público é o de cinquenta anos estabelecido por Berna, ainda que o país de origem do autor ou da obra estabeleçam prazos menores. Em segundo lugar, é preciso considerar que as obras publicadas pela primeira vez no Brasil, ou de autores brasileiros, quando caem em domínio público, passam à condição de obras tuteladas, porque o § 2º do art. 24 da lei 9.610/98 outorgou ao Estado a defesa da integridade e da autoria dessas obras. Como o Estado só é soberano dentro dos seus limites territoriais e em relação aos seus nacionais, o exercício da tutela estatal sobre obra caída em domínio público só pode ser exercido sobre as obras de autores nacionais ou em relação às obras pela primeira vez publicadas no Brasil.

A quem, particularmente, o Estado incumbe essa defesa? De acordo com o art. 23, inciso III da Constituição da República, é competência comum das União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, **artístico e cultural**, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, acrescentando o inciso IV, por igual, *impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor*

*histórico, artístico ou cultural*. E, a julgar pelo disposto na Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, conhecida como lei dos interesses difusos, ao Ministério Público, à União, aos Estados, aos Municípios, admitido o litisconsórcio facultativo (art. 5º, caput e § 5º) cabem ajuizar ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais contra quem causar danos a bens e direitos de valor **artístico, estético**, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º, III), de repercussão moral e patrimonial em toda sociedade. Além disso, qualquer pessoa poderá, e o servidor público deverá, dar conhecimento ao Ministério Público de qualquer atentado a obra caída no domínio público, sendo artística, estética ou paisagística.

Quanto às obras literárias e científicas, dado o relevante interesse público na sua preservação, e o fato de integrarem o patrimônio cultural da nação, igualmente se encontram sob o manto protetor do Estado através do Ministério Público, federal e estadual, em função das prerrogativas constitucionais consubstanciadas no inciso III, do art. 129.

Entretanto, qual o limite dessa intervenção do Estado?

Se a finalidade do direito autoral é a de devolver à coletividade o uso e gozo da obra, não se admite seja esse uso obstado pelo Estado, se não quanto à primeira forma de publicação da obra. Sob pena de grave cerceamento à liberdade de expressão, as transformações da obra original, respeitada a autoria original, não podem ser consideradas violações à integridade dela. Expliquemos: os textos de Gregório de Matos podem ser trazidos ao público atual sob a forma escrita, na sua integridade e com o respectivo crédito devido em respeito ao autor e à memória nacional. Entretanto, não estará exercendo legitimamente o Estado sua função se considerar a dramatização do texto, ou qualquer outra releitura, violadora de sua integridade. Portanto, a integridade ficará restrita à forma original da publicação da obra, estando fora do alcance do Estado suas transformações e adaptações.

Já vimos que a contagem do prazo inicial de proteção de uma obra indivisível, feita em co-autoria, inicia-se a partir do falecimento do último co-autor. Isso significa que a obra publicada depois de junho de 1998 cairá em domínio público em setenta anos após o falecimento não do primeiro, mas do último co-autor. No caso das obras em colaboração divisível (compilação, coletânea, obra musical com autoria de letra diferente de autoria de música), uma pode cair em domínio público, independentemente da outra a que se encontre vinculada. Portanto, a regra é a observância isolada de obras e de direitos.

No caso da obra audiovisual e demais obras coletivas caídas em domínio público anteriormente à lei 9.610/98, os prazos terão de ser contados individualmente, e analisados caso a caso, autor por autor. Atualmente, a obra audiovisual cai em domínio público em setenta anos contados da data de sua divulgação, não importando se outras obras nela inseridas tenham, ou não, caído em domínio público. Do mesmo modo, um fonograma pode cair em domínio público e as obras autorais que o integraram, não.

Com relação aos direitos conexos, o decurso do prazo é o mesmo: caem em domínio público as interpretações fixadas dos artistas intérpretes dramáticos, as retransmissões de emissoras de radiodifusão e os fonogramas, setenta anos após a publicação dos dois primeiros, e da fixação dos últimos, se a partir de 1998. Mas como direitos conexos e autorais não se confundem, e, considerando principalmente a diversidade de tratamento dos prazos conferidos pelas leis anteriores, haverá casos em que, num mesmo fonograma, poderemos ter a melodia em domínio público e o fonograma protegido.

No plano internacional, Berna, no art. 18, dispôs que suas regras só seriam aplicáveis, às obras ainda não caídas em domínio público por ocasião da vigência interna da norma internacional, e no que, *se uma obra, por ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido, caiu no domínio público no país onde a proteção é reclamada, não voltará a ser ali protegida.*

Com relação ao critério de aferição das obras estrangeiras caídas em domínio público, sendo os dois países signatários de Berna, aquele em que a proteção foi reclamada e aquele onde a obra foi publicada pela primeira vez também, duas são as linhas a serem seguidas:

- a) acatar o piso de cinquenta anos contados de 1º de janeiro após o falecimento do autor, quando o país de origem da obra conceda prazo inferior;
- b) oferecer, o país onde a proteção é reclamada, um prazo maior de proteção se assim o dispuser a sua lei interna.

Entre 1973 e 1983 vigorou no Brasil um sistema, ainda existente em alguns países do mundo, chamado de domínio público remunerado, ou domínio público pagante. A finalidade era recolher aos cofres públicos um valor pago pelos difusores das obras intelectuais, ou por qualquer outro que utilizasse de obra caída em domínio público, equivalente à metade dos valores usualmente pagos aos autores a título de direitos patrimoniais em

função de cada tipo de obra, e destinado a um fundo comum de apoio às artes e cultura, e de incentivo aos direitos autorais, com concessão de prêmios e bolsas de estudo. Desapareceu em virtude de forte pressão da indústria editorial e de difusão, inconformada com esse pagamento.

## 5. Desapropriação de obras intelectuais

Figura não prevista expressamente nas Convenções ou Tratados Internacionais, respeitantes à matéria, é certo que, durante o período de proteção da obra, pode convir ao Estado desapropriá-la por utilidade pública.

“Desapropriação ou expropriação”, no dizer de Hely Lopes Meirelles<sup>51</sup>, , “é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em *títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal*, no caso de área urbana não edificada, subtilizada ou não utilizada (CF, art. 182, § 4, III), e de pagamento em *títulos da dívida agrária*, no caso de Reforma Agrária, por interesse social (CF, 184)”.

Quaisquer bens e direitos, à exceção dos de personalidade, são passíveis de desapropriação. Esse modo originário de aquisição da propriedade pelo Estado só pode versar sobre direitos patrimoniais de autor, que, como se sabe, são exercidos em relação ao suporte tangível ou intangível.

A possibilidade de desapropriação por utilidade pública da reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária encontra-se expressamente prevista na redação original, e remanescente, do Decreto-lei n.º 3365/41, art.5º, letra “o”. O processo de desapropriação, por implicar a remoção compulsória de um dos direitos mais tradicionais e elementares dos cidadãos brasileiros, o direito à propriedade privada, deve ser muito bem fundamentado, e sua finalidade será a de demonstrar a relevância do interesse coletivo na reedição da obra artística ou literária, frente aos direitos individuais dos autores ou de seus herdeiros e cessionários.

---

<sup>51</sup> Direito Administrativo Brasileiro, p.561

## CAPÍTULO 7

### LIMITAÇÕES: ISENÇÕES E IMUNIDADES

#### 1. A proteção da obra no espaço

A proteção aos direitos de autor tem um propósito: o de reservar através de um privilégio temporário e exclusivo aos artistas, escritores, compositores, desenhistas, pintores, escultores e outros criadores de obras de cunho estético, intelectual, cultural, um direito de ordem econômica, e outro de índole moral, para que sejam estimulados a produzirem sempre, e cada vez mais, garantindo-lhes o respeito à obra e a uma forma de sobrevivência condigna. Por isso se protege a obra no tempo.

Mas há, também, que se observar a obra no espaço.

Dentro do universo de obras intelectuais, encontramos as que são protegidas pelos direitos de autor, e as que não o são. Partindo do campo das obras protegidas, veremos que, em alguns casos excepcionais, e por expressa disposição legal, o uso parcial ou integral delas independe da prévia e expressa autorização de seu criador, como é a regra nesse instituto. Fora do campo das obras protegidas, não há que se falar em autorização prévia, não pelas exceções, mas em função da própria natureza dessas obras. O primeiro grupo forma o campo das isenções ao princípio da autorização prévia, e o segundo, o das imunidades.

#### 2) Das isenções do art. 46 ao uso das obras protegidas

Nos incisos do art. 46 da lei 9.610/98, encontramos direitos e obras originariamente protegidos, e que só têm o seu uso liberado, por expressa isenção legal, tendo em vista situações excepcionais, nas quais o interesse público, a disseminação do conhecimento, ou mesmo o interesse mútuo de produtores e titulares na comercialização da obra avultam sobre o direito individual do autor. O rol das obras que independem de prévia autorização do autor para seu uso público é taxativo, porque a limitação é uma exceção à regra geral, e no dia em que o legislador deixar de considerá-la como tal, passará automaticamente a demandar a autorização prévia para seu uso.



Analiseemos uma a uma as disposições do art.46, que não considera 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.*

A primeira dessas exceções, portanto, autoriza a livre reprodução de certas obras, na imprensa diária, em nome do direito que tem a coletividade à informação com a livre circulação de notícias.

O artigo não menciona, mas a regra vale para as chamadas notícias do dia, ou de atualidade, uma vez que o próprio legislador, no parágrafo único do art. 36 devolve ao autor dos artigos assinados para publicações, em diários ou periódicos, a plenitude dos direitos após vinte dias.

O legislador autoral entende também como legítima, a transcrição de discursos, na íntegra, desde que pronunciados em reuniões públicas, independente da autorização do autor do texto. Assim, é comum, e legítima, a transcrição de discursos do Presidente da República, ou de parlamentares, ou mesmo de cientistas agraciados com prêmios transcritos na íntegra, em jornais ou outros periódicos. A exigência é a de que o pronunciamento seja feito em público, ou para o público, não importando se de um estúdio de TV para transmissão, ou de uma sala repleta ou semi-ocupada pelo público. O contrário, a não existência do caráter público, torna o texto inédito, cuja divulgação só se torna lícita se expressamente autorizada pelo autor.

A origem da *exceção de imprensa* está no artigo 10º bis da Convenção de Berna que põe em evidência o direito que a coletividade tem à livre e correta informação. Diz o texto original de Berna que *-1) Os países da União reservam-se a faculdade de regular nas suas leis internas as condições em que se pode proceder à reprodução na imprensa, ou à radiodifusão ou à transmissão por fio ao público, dos artigos de atualidade, de discussão econômica, política, religiosa, publicados em jornais ou revistas periódicas, ou das obras radiofônicas do mesmo caráter, nos casos em que a reprodução, a radiodifusão ou a referida transmissão não sejam expressamente reservadas. Entretanto, a fonte deve sempre ser claramente indicada; a sanção desta obrigação é determinada pela legislação do país em que a proteção é reclamada; 2) Os países da União reservam-se igualmente a faculdade de regular nas suas legislações as condições nas quais, por ocasião de relatos de acontecimentos da atualidade por meio de fotografia, cinematografia ou transmissão por fio*

*ao público, as obras literárias ou artísticas, vistas ou ouvidas no decurso do acontecimento podem, na medida justificada pela finalidade de informação a atingir, ser reproduzidas e tornadas acessíveis ao público.*

Muito embora a Convenção deixe reservada aos países membros a disposição acima, assegurando a todos o acesso à informação, essa norma de ordem pública prevalece em quase todos os países de civilização ocidental sobre as de ordem individual dos autores e artistas. É livre não só a utilização intercambiável de obras de periódico para periódico, como de qualquer obra para fins de informação, respeitadas as observações contidas na parte final dos itens 1 e 2 do art. 10 bis,.

Claude Masouyé<sup>52</sup>, sobre esse tópico, informa que: a) até a revisão de 1967 os artigos noticiosos ou de conteúdo político, econômico ou religioso, poderiam ser livremente reproduzidos, desde que tivessem menção de reserva; b) após essa revisão, o fato de ter sido deixado às legislações nacionais a faculdade de protegê-los significou um passo maior em relação à proteção de autores; c) as notícias e matérias transmitidas pela radiodifusão foram submetidas ao mesmo tratamento, anteriormente aplicado apenas aos periódicos gráficos.

Não constitui também ofensa aos direitos autorais: I – a reprodução: [...] c) *de retratos, ou de outra forma de representação de imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;*

A disposição é estranha à matéria porque a imagem, é objeto de outro direito, o direito de personalidade, mas é muitas vezes confundida como um direito autoral. Direito de imagem é uma das faces do direito da personalidade, garantido constitucionalmente, e regulamentado infra-constitucionalmente por esse único inciso, até a entrada em vigor dos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2003.

Quem é o proprietário do objeto encomendado? Aquele que encomenda o *suporte* ao artista-deseñista, ou fotógrafo. E o que quer dizer com *realizada*? O termo realizada, quer aqui significar encomenda, patrocínio ou confecção propriamente dita. Apesar da má redação do inciso entendemos que a *mens legis* seja a de facultar ao pintor, deseñista, escultor ou ao fotógrafo a exposição pública de suas obras, que retratem a imagem de terceiros, não antecedida de sua prévia autorização, mas de sua

---

<sup>52</sup> Obra citada, p.70

aceitação tácita, ou, não oposição. Havendo oposição, o uso deixa de ser livre. Para que o uso seja realizado com segurança, então, será sempre necessária a prévia autorização, ou do retratado, ou de todos os herdeiros. A oposição, para se configurar, basta que seja levantada por um ou alguns dos herdeiros; ao passo que a autorização deverá ser dada por todos.

Outrossim, o legislador autoral considera uma limitação aos direitos absolutos dos criadores de obras do espírito a reprodução: *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.*

O uso livre, independentemente de autorização ou remuneração de obras literárias, artísticas e científicas de deficientes visuais para o método Braille, método de leitura que leva o nome de seu inventor, é uma conquista dos cegos, não encontrando precedente na legislação nacional. Está reduzida à reprodução de textos, e do mais que seja perceptível pelo tato, uma vez que o método Braille se caracteriza pela leitura “manual” de pontos em relevo sobre superfície lisa, impressos em papel especial.

Pela norma, a edição desses livros deve ficar a cargo de instituições sem fins lucrativos, o que equivale dizer que editoras comerciais encontram-se fora da isenção.

Não constitui, ainda, ofensa aos direitos autorais: *II – a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro.*

Diferentemente da legislação anterior, que permitia uma (única) reprodução integral, de qualquer obra protegida, desde que se destinasse ao uso privado e pessoal de quem a confeccionasse, o legislador de 1998 restringiu o uso da cópia privada (integral) única: só lhe autoriza a reprodução de pequenos trechos.

Em outras palavras, diante da limitação atual, infringe a lei quem reprografa um livro inteiro, ou extrai uma fita magnética completa, ou outra reprodução de um CD com todas as faixas, ainda que para uso pessoal e sem intuito de lucro. É a proibição da chamada “cópia privada”.

O cumprimento da ordem, no entanto, é de quase impossível fiscalização, mas agradou às indústrias produtoras e distribuidoras dos suportes mecânicos na defesa de seus (autores) representados.

Os argumentos em favor da proibição da cópia integral de exemplar de obra protegida são consistentes. Tome-se, como exemplo, a possibilidade de, ao mesmo tempo, duzentos ou trezentos estudantes de diversos pontos de um país, extraírem cópias inteiras de uma edição recentemente publicada. O prejuízo do editor, e do autor, seria de grande monta, uma vez que o referido livro poderia ser considerado um bom investimento se vendidos apenas mil exemplares.

Paralelamente, a lei 9.610/98 não distingue entre livros postos à disposição do público, e os retirados de circulação. Livros, discos, ou obras de qualquer natureza, de grande valor histórico, cultural e científico são, muitas vezes, encontrados apenas em distantes bibliotecas públicas, ou acervos particulares. Essa carência na disponibilização da obra é prejudicial ao desenvolvimento das artes, ciência e cultura, que é o objetivo declarado dos direitos de autor. Entretanto, solução normativa para isso não existe, necessitando esforços dos legisladores no encontro de uma fórmula satisfatória, que garanta maior acesso do público à obra, sem prejuízo de seus titulares.

Também não constitui ofensa aos direitos autorais: (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 de atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra.*

O direito de citação é norma de ordem pública, necessária à transmissão do ensino e do conhecimento. Quando o legislador permite a captação de trechos de qualquer obra, está, naturalmente, se referindo a qualquer obra protegida, dispensando a norma referência às obras não protegidas.

O direito de citação de que trata o inciso pressupõe alguns requisitos: a) que a obra citada tenha sido publicada de modo regular, e anteriormente à obra que esteja sendo elaborada; b) que a finalidade não seja outra que não a de crítica ou de estudo; c) que a citação seja feita para usos honrados (Berna, 10, 1) e na medida certa para o fim objetivado, isto é, que não se transforme a citação numa camuflada reprodução não autorizada. É que ninguém pode reproduzir (integralmente) obra de terceiro sem permissão do autor, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la. A proibição contida no artigo 33, ressalva, no entanto, a publicação dos comentários críticos, em separado. A norma restringe a possibilidade de fraude, em

casos em que, por exemplo, encontrar-se-á dez por cento de obra crítica, e noventa por cento da obra criticada na íntegra.

Prossegue o rol taxativo do que o legislador especial entende não constituir ofensa aos direitos autorais: (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.*

O inciso IV do artigo 46 veda a publicação por terceiros, mais especificamente pelos alunos, das aulas e ensinamentos de seus professores, sem a autorização destes. Nem mesmo parcialmente podem os alunos transcrever e reproduzir as aulas por meios gráficos ou áudio e/ou visuais, em nome, e com o nome dos professores, salvo expressa autorização destes.

A norma veio disciplinar o chamado mercado clandestino das “apostilas”, de larga utilização nos anos sessenta, e setenta, e que causava duas ordens de prejuízo aos professores-autores: patrimonialmente, só recebiam remuneração pelas aulas, isto é, nada recebiam pelos direitos das obras que eram comercializadas; moralmente, não conseguiam repudiar a autoria de textos truncados, muitas vezes falhos e incoerentes, que eram publicados em seu nome.

A norma veio assegurar a essa classe de profissionais multiplicadores dos conhecimentos a possibilidade de explorar, por outros canais, o fruto de suas pesquisas, trabalhos e profundas dedicações aos estudos, garantindo-lhes uma fonte secundária de rendimentos e, ao estudante, o recebimento das lições de forma correta e idônea.

E prossegue a lista do art. 46 com a permissão legal para (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.*

Esse inciso trata da utilização de todos os tipos de obras protegidas para o fim de aumentar as vendas das obras em si (livros, discos, fitas, CDs, DVDs, fitas de vídeos, etc.) como de seu suporte (toca-discos, toca-CDs, videocassetes, TVs, etc ).

Tem caráter ultrarestritivo e é autoexplicativo. Se a loja não comercializar toca-discos, toca-fitas, videocassetes, DVDs, livros, jornais, revistas, as obras não poderão estar à disposição do público e sem pagamento. O uso de telões ou alto-falantes públicos, em locais de frequência coletiva, para entretenimento, ou outro fim que não seja a comercialização das obras em si estão obrigados às autorizações prévias, e aos correspondentes pagamentos.

*A representação teatral e a execução musical, quando realizados no recesso familiar, ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro (VI) também não violam os direitos autorais na apresentação, sem a autorização dos titulares dos direitos.*

A norma repete integralmente a previsão da lei anterior. O conceito de fins didáticos e estabelecimentos de ensino ficou restrito à finalidade destes: somente estão liberados da prévia autorização do autor do texto ou da música, por exemplo, ou da sociedade de gestão de direitos a que se filiem, as escolas de teatro, ou que formem profissionais ligados às artes cênicas, performáticas, de canto ou visuais. Os demais estabelecimentos de ensino, como universidades e faculdades voltadas a outras áreas do conhecimento estão obrigadas à prévia e expressa autorização do autor.

Também dentro do ambiente doméstico, autores de peças literárias ou teatrais e compositores de músicas perdem o direito de, previamente, autorizarem o uso de suas composições, pois o uso não é comercial nem público.

Por óbvio, não constitui ofensa aos direitos autorais: (VII) – *a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa.*

A norma é, igualmente, auto explicável, e visa o interesse público, mas alcança uma outra delicada questão: é que os processos judiciais, salvo os que correm em segredo de justiça, são públicos. Pode então um advogado, na defesa intransigente de seu cliente, juntar uma obra intelectual inédita aos autos de um processo, à revelia de seu criador? A prova é lícita, mas o autor tem o direito moral ao inédito. A questão há que ser resolvida pelo juiz da causa a quem incumbe avaliar se o aproveitamento da prova nos autos é superior ao prejuízo individual do autor, quiçá determinando o rito sigiloso e a proibição de reproduções.

Finalmente, o Artigo 46 afirma que não constitui ofensa aos direitos autorais: (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 texto é paradoxal: condiciona a liberação da reprodução de quaisquer obras já publicadas (preexistentes) em obras a publicar, em pequenos trechos, mas libera a reprodução de obra de artes plásticas na íntegra. Indaga-se: por que o artista plástico foi escolhido entre todos para arcar isoladamente com a maior carga de isenção de seus direitos? A *capitis diminutio* não é explicada na exposição de motivos do projeto que resultou na lei 9.610/98 e, pecando esse trecho do texto pela falta de clareza, não se compreende se a reprodução é admitida apenas por meios gráficos (um desenho, ou uma foto de um quadro ou de uma escultura), ou se trata de admissão de réplica da obra, o que seria um contra-senso, porque o inciso anterior do mesmo artigo veda a reprodução integral de obra ainda que feita sem intuito de lucro.

Ao que parece, a introdução do novo dispositivo é fruto de lamentável confusão no atendimento nacional às normas internacionais recomendadas no trato geral da matéria. Expliquemos. Em Berna, está previsto o chamado *fair use*, o uso livre, a demonstrar que, como todo direito, o direito de autor também tem limites. É a seguinte a disposição do Artigo 9º da Convenção, em sua revisão de 1971: *Fica reservado às legislações dos países da União a faculdade de permitir a reprodução de tais obras [obras literárias e artísticas protegidas pela Convenção de Berna] em determinados casos especiais, de tal modo que essa reprodução não atente contra a exploração normal da obra, nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.*

E no artigo 10, também dedicado à livre utilização em alguns casos, como nas citações ou para uso no ensino, reza a disposição convencional que *são lícitas as citações tiradas de uma obra já licitamente tornada acessível ao público, sob condição de serem conformes aos bons costumes e na medida justificada para o fim a atingir, incluindo as citações de artigos de jornais e compilações periódicas sob a forma de revistas de imprensa.*

Todo o chamado uso livre de obra protegida, por princípio e recomendações internacionais devem atender a essas condicionantes (a

chamada “regra dos três passos”), a saber: a) que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova, isto é, que a reprodução parcial ou total, conforme o tipo de obra, sirva apenas como referência ou exemplo, e não constitua a razão de ser da obra nova; b) que a reprodução em si não prejudique a exploração normal da obra reproduzida, isto é, se alguém desejar comprar um livro sobre Picasso não deixe de comprá-lo para adquirir o de um crítico, que reproduz inúmeras telas do pintor, amparado nessa exceção de ausência de prévia autorização, e ensejando uma espécie de desvio de clientela; c) que não cause, a obra nova, prejuízo injustificado aos autores, o que pode, como exemplo, significar a hipótese em que o autor sobreviva regularmente de pequenos licenciamentos de suas obras, o que deverá ser comprovado, e não simplesmente alegado, pelos meios admitidos em direito.

A recomendação de Berna, por ser genérica, enfeixa os princípios norteadores de todas as isenções. Por exemplo, a hipótese da reprodução em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este sem intuito de lucro (inciso II), já embute a recomendação convencional: não atenta contra a exploração normal da obra, incide sobre obras anterior e licitamente publicadas, não causa prejuízo injustificável aos autores. O mesmo se pode dizer do direito de citação, previsto no inciso III, do direito dos professores à reprodução de seus ensinamentos, no inciso IV, e de todos os demais incisos do artigo que cuida das exceções.

A norma do inciso VIII, portanto, está fadada a aplicação apenas parcial: pequenos trechos de obras preexistentes podem ser livremente utilizados, como parte de obra cuja finalidade é diferente da parcialmente reproduzida. Entretanto, se o autor ou titular entender prejudicial aos seus legítimos interesses terá que prová-los (o uso de pequenos trechos dificilmente prejudica a exploração normal da obra). Se procedente seu pleito, há que lhe ser paga alguma remuneração, mas não a título de de perdas e danos, porque o uso se deu com o permissivo do inciso VIII do artigo 46, da lei 9.610/98.

#### **a) outras isenções**

Há também outras limitações expressas na mesma lei, à parte das contidas no taxativo rol do art. 46. A primeira delas refere-se às paráfrases e paródias (*são livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito – artigo 47*).



De acordo com o Aurélio<sup>53</sup>, paráfrase significa o desenvolvimento do texto de um livro ou de um documento, conservando-se as idéias originais. É, também, sinônimo de tradução livre ou desenvolvida. E por paródia, entende-se a imitação cômica de uma composição literária, a satirização de uma obra trágica ou dramática.

Pressupõem, portanto, a existência de uma obra anterior e protegida. Mas, inexistente a obrigação de se buscar a autorização prévia, como, de resto, obrigatório nas obras derivadas. Trata-se de uma isenção em nome do humor, que só encontra limites no descrédito à obra em si, e não se estendendo a outras pessoas a que a paródia ou paráfrase possa atingir. Infração a terceiros, se houver, não terá por fundamento a lei autoral, mas as leis gerais que amparam o dano moral.

A segunda isenção, fora do rol do artigo 46, encontra-se no art. 48, segundo o qual as obras (de artes plásticas e arquitetônicas) situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser livremente reproduzidas por meio de pinturas, desenhadas, fotografadas e filmadas.

São duas as questões que se colocam para a análise da norma que foi retomada do extinto artigo 666, IX, do Código Civil: a) o conceito de logradouro público; b) a finalidade do chamado uso livre. Quanto ao primeiro, logradouro público é o espaço aberto ou fechado destinado ao uso comum de todos. Logradouro público é uma rua, uma praça, uma estrada, um edifício que abrigue atividades públicas.

Já a finalidade dada ao uso livre da reprodução há de ter caráter pessoal e não lucrativo, como de resto regra geral na utilização de quaisquer obras protegidas. Aplica-se, ao caso, o princípio da interpretação restritiva: no caso de uso publicitário, de uma obra situada em logradouro público, ou de uma obra audiovisual destinada à exibição pública, por exemplo, se exige a prévia autorização do artista que a confeccionou ou de seus herdeiros, para integrar o anúncio ou a campanha publicitária.

Outra limitação, à parte daquela elencada pelo artigo 46, encontra-se na disposição do § 1º, do artigo 30 da mesma lei, segundo o qual *o direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza*

---

<sup>53</sup> Novo Aurélio Século XXI: O Dicionário da Língua portuguesa, p. 1495

*transitória e incidental desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra pelo titular.*

### **3. Das Imunidades ao direito autoral**

As limitações aos direitos de autor, que incidem sobre obras protegidas, não se confundem com as hipóteses de ausência de proteção. Estas situam-se em região *immune* à proteção autoral, são de domínio comum de todos, algumas próprias do intelecto humano, como pré-condição da capacidade de raciocínio. As limitações são concessões feitas em nome da coletividade de direitos reconhecidos aos autores, e reduzida a uma gama de situações taxativas impostas pela lei, enquanto que as hipóteses de imunidade são hipóteses de *ausência natural* de autoria.

O campo imune aos direitos de autor está mencionado nos incisos I a VII do artigo 8º da Lei nº 9.610/98.

Sobre os primeiros (incisos I e II), representados pelas idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais, esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios fazem parte da categoria de bens fora do comércio, o que torna o pedido, com fundamento em qualquer um deles, juridicamente impossível.

São inapropriáveis por natureza;

O artigo 69 do Código Civil de 1916, distinguia os bens *inapropriáveis* dos legalmente *inalienáveis* (dentre esses, as áreas comuns das edificações, o bem de família, as terras ocupadas pelo índios). Sem correspondente no novo Código, cabe à doutrina distinguí-los, porque necessários à compreensão do próprio sistema jurídico.

Ensina o mestre Vicente Ráo<sup>54</sup> que , a inapropriabilidade, em sentido peculiar, resulta da impossibilidade, ou melhor, da insuscentabilidade, material ou legal, da aquisição e do comércio jurídico de certos bens (corpóreos ou incorpóreos), seja devido à sua natureza e quantidade ilimitada (assim as coisas de uso inexaurível como a luz, o ar, o mar alto, considerados como *res commune omnium* e postos, a este título, *extra commercium*), seja em consequência de sua destinação legal em benefício

---

<sup>54</sup> O Direito e A Vida dos Direitos, vol. II, pp.738/739

da comunidade (como os direitos autorais caídos em domínio público).[...] Diverso é o conceito da inalienabilidade considerada em si e não como mera decorrência da inapropriabilidade: se os bens inapropriáveis a ninguém pertencem em particular, os simplesmente inalienáveis, ao contrário, possuem um titular determinado, seja pessoa de direito público, seja pessoa física ou jurídica de direito privado. A inalienabilidade (e este é seu traço dominante) retira do titular o poder de dispor de seu direito, ou dos bens, materiais ou imateriais que deste direito forma o objeto. A inapropriabilidade é absoluta; a simples inalienabilidade é sempre relativa.

Portanto, métodos, sistemas, projetos, planos gozam de inapropriabilidade absoluta. Não podem ser privilégio de ninguém. Métodos, idéias, projetos, formatos, estruturas embutidos dentro de obras, o que é muito comum em obras didáticas, não se confundem com a obra em si, que é protegida enquanto obra literária. O que não está coberto pela lei é o conceito existente por detrás da obra, e que a nenhum autor pode pertencer, ainda que a idéia tenha sido original. Um projeto comercial, seja de realização de negócios, seja de atividade, como treinamento, por exemplo, não pode ser protegido pela lei autoral (poderá, apreciado o caso concreto, vir a sê-lo com fundamento nas leis da concorrência, do enriquecimento ilícito ou de atendimento ao consumidor), nem pela lei da propriedade industrial. Nos termos do artigo 10º da Lei nº 9.279/96: *Não se considera invenção nem modelo de utilidade: I – descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; II – concepções puramente abstratas; III – esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; IV – as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; V – programas de computador; VI – apresentação de informações; VII – regras de jogo; VIII – técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e IX – o todo ou parte dos seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.*

Também não são objeto de proteção como direitos autorais (III) os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções. Assim como os textos dos tratados ou convenções, leis decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais (IV) os quais, ao contrário, são resultado de grande esforço intelectual e criativo. Entretanto à vista do interesse público dominante e da lei, são imunes à proteção autoral.

Também as informações de uso comum (V), tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas, que na verdade, pertencem há tanto tempo ao domínio comum, não podem ser objeto de exploração monopolística por ninguém em particular.

Essa disposição tangencia a inovação trazida pela lei 9.610/98 com a proteção à base de dados (afinal, informações de uso comum) como obra legalmente protegida (artigo 7º, XIII). Mas o artigo 10º, 2) de TRIPS também alerta para que *as compilações de dados ou de outro material, legíveis por máquina ou em outra forma, que em função da seleção ou da disposição de seu conteúdo constituam criações intelectuais, deverão ser protegidas como tal. Essa proteção, que não se estenderá aos dados ou ao material em si, se dará sem prejuízo de qualquer direito autoral subsistente nesses dados material.*

Isso significa que, uma reivindicação do tipo autoral que tenha por fundamento uma determinada base de dados, deverá ser apreciada à luz do que é imune à proteção, de uso comum de todos, inapropriável, com os dados considerados originais e criativos, a ponto de ter valor econômico em si.

Colocou o legislador autoral os nomes e títulos isolados como imunes à proteção autoral, pelo fato de ao título se conferir a mesma proteção dada à obra, mas quando a esta vinculada, e sujeito a duas condições: ao de ser original, e ao de ser inconfundível (artigo 10).

Finalmente, considera o legislador imune à proteção autoral (VIII) o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras. Com essa disposição, que poderia estar incluída no inciso I, quer significar que o legislador continua a impedir o monopólio das idéias, desta feita escondido atrás de patente, marca ou qualquer outro processo ou tecnologia, desde, que sua origem esteja em obras literárias, artísticas ou científicas, dando uma volta completa em torno da inapropriação das coisas postas fora do comércio, garantindo-lhes seu livre uso por todos.

## CAPÍTULO 8

### QUAIS AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS

#### 1. Delimitação

Dispõe o artigo 28 da lei que *cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor de obra literária, artística ou científica*. Compreendendo um complexo de direitos de ordem moral, e outro de ordem patrimonial, uma só atuação ilícita pode tanto atingir a um deles, ou a ambos, simultaneamente.

A doutrina especializada (Lipszyc, Radaelli e Mouchet, etc.) aponta alguns requisitos, que devem preexistir à configuração do delito ou do ilícito:

- a) que se trate de um direito de natureza autoral, e que seja exercido sobre uma obra protegida;
- b) que a obra esteja dentro dos prazos de proteção conferidos pelas leis nacionais em que é reclamada a proteção contra o ilícito praticado;
- c) que o ilícito tenha sido exercido por quem não seja o seu legítimo titular, ou sem o consentimento do verdadeiro titular;
- d) que, não importa a intenção do violador, ou a finalidade da violação;
- e) e se o ilícito for de natureza criminal, que a conduta do agente corresponda a uma tipificação criminosa.

Violações a direitos de autor são ilícitos civis, ou crimes. O fundamento legal e geral do ilícito civil é o art. 159 do Código Civil de 1916, correspondente ao 402 do Código Civil de 2003. O do crime, são os arts. 184 a 186 do Código Penal. O ato ressarcível na área civil deve ser meramente culposo, e o punível no crime, doloso.

Tendo o legislador penal, diante da ausência de tipificação dos crimes de direito autoral, acolhido a contrafação como forma de violação típica, porque definida na lei civil e aplicada subsidiariamente à penal, sobram situações intermediárias que tanto podem representar ilícitos perpetrados contra obras, como transformações de obra originária, ou mera semelhança, que não pode configurar violação. Essa verdadeira *zona*

*gris* é o campo de maior atuação e responsabilidade do Judiciário e só passível de confirmação na análise caso a caso.

## **2. Violações aos Direitos Morais**

A par das violações de ordem puramente moral, (danos morais) voltadas aos sentimentos subjetivos da pessoa do autor, enquanto ser humano, as violações aos direitos moral de autor são as que se referem à ausência de identificação (crédito), ou à falsa indicação de autoria na obra, à publicação de inéditos, em impedimentos ao desejo do autor de modificar a obra antes ou depois de utilizada, e às mutilações feitas à obra, com adições, subtrações ou quaisquer modificações não consentidas.

São todas ensejadoras de reparação por perdas e danos. Mas a violação ao direito de nomeação é também reparada na forma do art. 108, independentemente da ocorrência e apuração das perdas e danos pelos quais responderá o infrator, e de eventuais “danos morais” a que se refere o legislador no *caput* do artigo. Diz o legislador que a ausência do crédito na utilização pública da obra obrigará o infrator a “*divulgar-lhes a identidade da seguinte forma: I- tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por 3 (três) dias consecutivos; II- tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por 3 (três) vezes consecutivas, em jornal de grande circulação dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor; III- tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.*

Violação ao direito moral de autor relativa ao crédito, ausência ou substituição dele, encontra-se tipificada no Código Penal, art. 185, como usurpação de nome. A essas violações corresponderão medidas, ou remédios, judiciais adequados, e estudados no capítulo seguinte.

## **3. Violações aos Direitos Patrimoniais**

Violações a direitos patrimoniais de autor são, basicamente, de três ordens: **a)** contrafação, no caso de reprodução de exemplares em base tangível ou intangível, e **b)** uso inautorizado de obras e direitos que não os de reprodução; **c)** atos tendentes a alterar prerrogativas exclusivas dos autores.

Nossa lei de direito autoral define, genericamente, contrafação: a reprodução não autorizada (art. 5º, VII) e o art. 102 prefere a expressão “fraudulentamente reproduzida” para significar *reprodução não autorizada*. Ambas se equivalem, porque a história manda dizer que a reprodução fraudulenta é a enganosa, a que induz o provável consumidor do original a levar a mercadoria falsificada. É o exemplo clássico da pirataria.

A partir da definição de contrafação duas questões merecem esclarecimento. A primeira diz respeito ao aspecto subjetivo da autorização: quem deve autorizar a reprodução. Evidentemente, trata-se do autor da obra ou de seu titular. Terceiro sem relação com a obra, ainda que nela mencionado, ou mero detentor de suporte, não é autor originário ou derivado para fins de direitos de reprodução. Portanto, contrafator é qualquer um que reproduza exemplares de obra protegida sem o consentimento de seu autor.

A segunda diz respeito ao aspecto objetivo, à própria obra e ao conceito de reprodução, que a lei também define (art. 5º, VI) *como cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido*.

Portanto, reprodução, por implicar a multiplicação de exemplares deve ser entendida como a cópia idêntica de exemplares tangíveis, ou o armazenamento de obras, por meios digitais, as emissões de obras radiodifundidas, suas transmissões e retransmissões, enfim, a reiteração de procedimentos que levem a obra a se comunicar com o público, através de meios não autorizados pelo autor. Uma vez não autorizadas, transformam-se em ilícitos de natureza civil patrimonial, ou criminal. Contrafação, então, é o ato de reproduzir exemplares, ou repetições, sem autorização formal de seu autor, e, portanto, em fraude à lei.

A contrafação pode ser total ou parcial, dependendo da *extensão* da reprodução não autorizada da obra copiada. Contrafação parcial não se confunde com o uso parcialmente consentido da obra, nas específicas hipóteses do artigo 46. Contrafação parcial é o uso não autorizado de grande parte de uma obra protegida, enquanto que a total correspondente à integralidade dela.

Outros atos ilícitos, além da contrafação de exemplares, constituem violações aos direitos patrimoniais de autor. São exemplos a representação pública de texto literário não autorizada, ou feita em discordância com o texto original do autor e por este não consentidas; a tradução não autorizada seja para um determinado idioma, seja em relação à escolha do tradutor; a inclusão não autorizada de fonograma em determinada película ainda que autorizações anteriores tenham sido dadas para películas do mesmo diretor ou produtor, em situações semelhantes; o uso de fotografia, consentido para publicidade institucional, em anúncio de produto comercial; reproduções de obra de arte plástica em território diverso do previsto em contrato, a reprodução em maior número de exemplares que não o previsto em contrato, ou a continuidade de extração de exemplares após o termo final do contrato de cessão ou de licença; as violações aos direitos de seqüência, ou ao direito de locação previsto no § 5º do artigo 2º da lei de programas de computador. Os exemplos são inúmeros, todos relacionados a uso não autorizado.

Dentre os atos tendentes a alterar as prerrogativas exclusivas dos autores, assegurados por lei, encontram-se, também, as hipóteses introduzidas pelo artigo 107 da Lei nº 9.610/98, seguindo a tendência internacional: *I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia; II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitara a sua cópia; III - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direito; IV - distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.*

Na hipótese dos direitos conexos são consideradas violações aos direitos dos intérpretes, por exemplo, a reprodução e/ou veiculação de suas interpretações fixadas, ou não, sem o seu consentimento. Ou a reprodução e distribuição de fonogramas sem o consentimento do produtor, ou a transmissão de programas de TV por um canal, sem o consentimento do canal que lhe detém os respectivos direitos.



#### 4. Não violação: a semelhança

Não existe na legislação internacional, ou em nossa história legislativa, qualquer menção à imitação ou à semelhança como forma de violação de direito autoral. A imitação, nas leis destinadas à proteção da propriedade intelectual, é apenas admitida pela legislação da propriedade industrial.

Há uma única referência, indireta, na lei brasileira quanto à imitação: é a feita pelo § único do art. 10, relativamente aos títulos, sendo a tônica a confundibilidade deles, dado o possível desvio de clientela do suporte material. Mas título é mero acessório de obra, e em relação a esta nenhuma disposição há.

A não recepção por parte do legislador autoral do conceito de imitação ou semelhança, que não se confunde, técnica ou juridicamente com o conceito de cópia, reside, em parte, na dificuldade de se separar o que é original do que é comum, principalmente no caso de obras que partam das mesmas idéias, dados, notícias, fatos, conceitos, sistemas e métodos, e que dão origem a diferentes obras. Exemplificando: a qualquer um é dado escrever literatura baseada no triângulo amoroso ou nas diversas situações, trágicas ou cômicas, decorrentes das lutas de classes sociais; ou de fazer um filme épico, ou escrever sobre temas ou personagens da História, ou produzir audiovisual ou narrativas sobre o cotidiano dos animais ou das pessoas. Por isso *ninguém deve deter um privilégio sobre esses temas ou referências*, mostrando a realidade que a convivência de semelhantes no universo cultural, didático, ou de entretenimento é saudável e um grande suporte à liberdade de expressão. Fosse outro o alcance da proteção, o direito autoral perderia sua principal função que é a de estimular diversos (e não apenas um) artistas, escritores, pintores a expressarem suas idéias através de formas concretas, e delas retirar os frutos e os rendimentos com exclusividade.

A realidade demonstra, também, que obras partindo de semelhanças conceituais têm um resultado diferente umas das outras, como conseqüência da contribuição, da ótica ou da estética individual de cada escritor, artista, diretor ou estudioso, que dá ensejo a obras distintas, mesmo partindo de dados idênticos. O autor não inventa: cria a partir de elementos já postos à sua disposição pela sociedade.

Reside, igualmente, na existência de criações e produções simultâneas, oriundas de diferentes locais e culturas, e muito semelhantes

entre si. Como todos os criadores de obras intelectuais lidam com elementos de manifestação da cultura humana, como a literatura, a música, a arte pictórica, todas essas expressões culturais são digeridas pelo artista, que as transforma segundo seu código próprio de criação. E o resultado é, não raras vezes, muito próximo: há diversas pinturas semelhantes, há músicas semelhantes, algumas com compassos idênticos, há projetos arquitetônicos semelhantes, há filmes com temática e cenas semelhantes, o mesmo ocorrendo na literatura, no teatro, etc., sem que isso signifique derivação, e que nem por isso deixam de ser criativas, portadoras de identidade própria. A todas essas obras, individualmente, devem ser conferidas a proteção autoral, e todas podem coexistir harmonicamente no mercado editorial, de discos, livros, filmográfico ou radiodifundido, sem que isso possa ser entendido como violação aos direitos autorais recíprocos. Inúmeras seqüências de notas musicais são encontradas em diferentes composições pelo mundo inteiro, sem que isso seja empecilho à criação, divulgação e fruição dos autores. A possibilidade de confusão entre obras do espírito é praticamente inexistente, porque a carga de elementos distintivos, intrínsecos e extrínsecos, torna-as tão individualizadas quanto os rostos e os corpos humanos.

Outro fundamento da ausência da imitação, como hipótese de violação de direito autoral, reside no próprio *mecanismo* do conhecimento. A imitação, em última análise, é a base do processo de cognição: a criança aprende a falar imitando os sons, os alunos aprendem imitando o pensar ou o pesquisar de seus professores, os quais, por sua vez aprenderam imitando outros. Proibir legalmente no plano autoral o que se entende por imitação, conceito relativo e subjetivo, será colocar nas mãos de poucos tudo aquilo que potencialmente existe desde os primórdios da humanidade no intelecto de cada ser humano, reduzindo-o à escravidão intelectual e artística, ou a uma odiosa censura, afora o cerceamento à liberdade de expressão e criação artísticas e ao próprio aprendizado. Direito autoral é privilégio e não monopólio.

## **5. Imitação, plágio e adulteração**

A semelhança e a imitação, a despeito de estranhas à legislação autoral, foram recebidas pela Jurisprudência sob a alegação de plágio. Plágio, na melhor definição doutrinária, trata-se do apoderamento ideal de todos ou de alguns elementos originais contidos na obra de outro autor, apresentando-os como próprios (Lipszyc<sup>55</sup>). Ora, todas as obras baseadas em temática comum, em fatos históricos, em situações cotidianas,

---

<sup>55</sup> Obra citada, p. 567

implicam uma forma de apoderamento, não de uma só, mas de diversas obras alheias. Apoderamento ideal, por outro lado, significa apropriação de idéia, o que demonstra que o conceito de plágio está vinculado ao de imitação de idéia. Entretanto idéia não goza de proteção, porque inapropriável. Quando se trata apenas do aproveitamento de uma idéia, não há nem ilícito cível nem crime: se a idéia não pode ser objeto da proteção autoral (art. 8º, I), conseqüentemente, não existe crime em sua apropriação.

Mas, então, aquela atitude de terceiro que, com requintes, se utiliza de uma só obra já pronta, faz-lhe sutis alterações para não ser punido pelo delito de contrafação, essa atitude desleal não encontra respaldo nas leis? Sim, mas depende de rigorosa análise, caso a caso. Se o resultado da atividade desleal trazer ao plagiado prejuízos efetivos, estabelecendo um nexo de causa e efeito sofrido pelo autor e o lucro auferido pelo infrator, este deve ser civilmente responsabilizado, não com fundamento nas leis autorais, mas no dever geral de indenizar do art. Código Civil de 1916, art. 186 do Código Civil de 2003. E se o prejuízo residir no plano exclusivamente moral, em uma conduta antiética, envolvendo pessoas que pertençam ao mesmo ramo de atividade profissional, tanto o fato pode ser submetido à apreciação de órgão corporativo, ou de fiscalização do exercício da profissão, e punido com rigor, como submetido à apreciação do Judiciário para apuração da ocorrência de dano moral, com fundamento no mesmo dever geral de indenizar. Mas não em direitos autorais.

Há de se estabelecer, entretanto, uma distinção entre imitação, ou semelhança, e adulteração.

Qual o procedimento diante da acusação de ser determinada obra cópia servil de outra anteriormente publicada? Confirmado o nexo causal através da perícia, ou se estará diante de um crime tipificado como usurpação de nome, previsto no artigo 185 do Código Penal, ou de um ilícito civil.

Estar-se-á diante de um crime se a obra, mantida, na íntegra, for publicada em nome de outrem, o usurpador. Mas se houver comprometimento de conteúdo, pode-se estar diante de violação de direito moral de autor fundado no inciso V do artigo 24, porque somente o autor pode modificar a sua obra, antes ou depois de utilizada.

Nesta hipótese não se trata de imitação, mas da *adulteração*, de *modificação* de uma obra já conhecida e publicada. Para a exata configuração do ilícito, é preciso estabelecer um elo de conexão entre as

partes ditas autoras, sem o que se trata de simples semelhança, o que não é vedado pela lei.

Não recepcionado pelas leis autorais, e não tendo lei que o defina (*ninguém será obrigado a fazer ou deixar a fazer alguma coisa senão em virtude de lei*), as chamadas imputações de “plágio” acabam por reduzir-se a três hipóteses, uma apenas fundada em direito autoral: a) ou a uma violação de direito moral de autor em virtude de modificação na obra (que não se confunde com falsa atribuição de autoria, ou usurpação de nome), fundada no inciso V, do art. 24 da lei 9.610/98; b) ou a um ilícito civil, equivalente ao instituto da concorrência desleal, com resultados refletidos no direito ao trabalho ou no exercício profissional, com prejuízos demonstrados a partir de um nexo de causa e efeito, fundado no art. 159, do Código Civil de 1916, ou no art. 186, do Código Civil de 2003; c) ou a uma ação antiética, condenável socialmente, mas não passível de apuração judicial por falta de amparo legal.

A jurisprudência, dada a ausência de tipificação legal oferece diversos exemplos de indefinição em julgados baseados em alegações de supostos plágios, e fundamentados na lei dos direitos autorais.

Ora não acolhe os pedidos, reconhecendo que mera semelhança não configura violação de direito autoral, como nos exemplos abaixo: *“Ementa. Apelação Cível. Ordinária. Indenização em virtude de “plágio” na obra musical “Anos Dourados” que teria sido praticado por TOM JOBIM. Valoração da prova pericial. Afigura-se que todo o desenvolvimento das duas músicas é distinto, ressalvadas as coincidências decorrentes de uma fórmula estrutural comum, característica de um tipo de composição musical popular que faz parte do inconsciente musical coletivo que não é propriedade de ninguém. Caráter meramente coincidente de utilização comum de um arpejo, que é, sem dúvida, matéria prima da linguagem musical. Pedido improcedente. Sentença confirmada. Recurso desprovido. (TJRJ – Apelação Cível nº 1994.001.04864, 7ª Câmara Cível, j. 29/11/1994, v.u.) “Ementa. Direito Autoral. Plágio de programa divulgado em rede de televisão. Inexistência de prova inequívoca de que a obra do autor era do conhecimento dos réus. Para se configurar o plágio literário ou musical há de existir a intenção de copiar ou de se aproveitar da obra de outrem. Temas semelhantes retratando questões ecológicas. Trabalho teatralizado e de ficção, que explora o tão conhecido tema de conservação do verde e das árvores. Fatos noticiados em jornais diversos no Rio, Porto Alegre e outras cidades sobre movimentos de rua contra a derrubada de figueira, acácia e carvalho que fizeram surgir temas*

*semelhantes de trabalhos intelectuais, explorando a preservação da natureza e a manutenção das árvores. Improvimento do recurso.” (TJRJ- Apelação Cível nº 1992.001.05632, 4ª Câmara Cível, j. 07/04/1993, v.u.)*

*“Ementa. Direito Autoral. Plágio alegado de obra musical. Conhecimento pelo réu não comprovado de obra supostamente plagiada. O plágio não pode ocorrer sem prova inequívoca de que o agente teve sob suas vistas a outra obra e agiu com consciência de usurpar obra alheia, causando-lhe perda de substância econômica, agindo com dolo, portanto. Prova, por outro lado, da inexistência do plágio ante a inequívoca prova técnica idônea e a prova oral inferiormente valorada. Exame das obras musicais por Isaac Karabtchevsky e Guerra Peixe, que atestaram inexistir plágio. (DP) Vencido o Des. Semy Glanz.” (TJRJ – Apelação Cível nº 1992.001.02676, 4ª Câmara Cível, j. 01/04/1993, votação por maioria)*

*“Ementa. Direito Autoral. Esculturas decorativas. Violação, mediante plágio e comercialização – Comprovação através de documentação e prova pericial – Utilização pela ré de objetos consistentes em estatuetas de motivos diversificados de anjos, bebês e ursos – Proteção às criações originais e a todos os múltiplos ou reproduções feitas pelo titular – Inteligência do art. 6º, VIII da Lei nº 5.988/73 do Decreto n. 75.699/75 e do art. 5º, XXXVII e XXIX da Constituição Federal – Indenização – Admissibilidade – Apelação improvida. Além disso, os conceitos de originalidade, imitação de obra, natureza do objeto de proteção autoral e outros controvertidos, têm acentuada feição jurídica e até de conhecimento comum, de sorte a prescindir da prova testemunhal, inconvincentemente justificada pela recorrente.” (TJSP - Apelação Cível nº 70.114-4, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 13/04/99, v.u.) “Ementa. Direitos Autorais. Obra transposta para a televisão. Não caracterização de plágio – Estudo de personalidade histórica levado ao ar sob a forma de telenovela – Obra já esgotada, de cuja divulgação no vídeo não decorre prejuízo editorial comprovado – Revelação de fatos históricos em que não se reconhece a propriedade intelectual – Inexistência de lesão a direito autoral indenizável – Dano moral não invocado – Sentença confirmada”. (TJSP – Apelação Cível nº 204.743, 4ª Câmara Cível, j. 09/11/1972, v.u.)*

Ora condena a semelhança como espécie de concorrência ilícita, como demonstram os exemplos a seguir: *“Ementa. Plágio e contrafação. Sutileza dos conceitos. Na idéia de plágio está implícita a apresentação do trabalho alheio como próprio, de forma disfarçada. Opinião do perito quanto à inexistência de plágio na adaptação da peça teatral. A perícia, entretanto, admite que a tradução do autor, renomado homem de letras e teatrólogo consagrado, tenha sido aproveitado pela empresa locadora do serviço, para a realização da adaptação contratada, fato que também se reveste de conteúdo econômico, em grau menor, mas*

*de qualquer maneira amparado pela Lei n. 5988/73. Matéria cujo dimensionamento deve ser transferido para liquidação de sentença. (JRC) Vencido, em parte, o Des. Relator. Ementa do voto vencido do Des. Geraldo Baptista: Divergi, em parte, da douta maioria, por entender que, se na Medida Cautelar de produção antecipada de provas, no apenso, fls. 432, restou demonstrado que o valor da indenização devida pela TV Globo a Millor Fernandes é de 3.671,00 OTN's, como fixada na sentença, desnecessária se torna dimensionar a indenização em liquidação por artigos, o que importará no retardamento ainda maior de uma prestação jurisdicional que se arrasta há mais de dez anos, posto que o litígio foi ajuizado em março de 1984. A divergência alcançou, ainda, a verba relativa ao dano moral, eis que de acordo como meu arbítrio pareceu-me excessiva, devendo ser reduzida de quatrocentos, para duzentos salários-mínimos. Obs. Com dois embargos de Declaração providos para corrigirem dúvida ou omissão, o primeiro, e fixar a verba honorária, o segundo". (TJRJ – Apelação Cível nº 1991.001.00612, 8ª Câmara Cível, j. 16/08/1994, votação por maioria) “Ementa. Direitos do Autor. Ação de perdas e danos por violação dos direitos patrimoniais e morais sobre composição musical. Obra fraudulentamente utilizada por quem não lhe deu criação, obtendo vantagem pecuniária com o prejuízo (moral e material) da verdadeira autora. No caso, os danos materiais são visíveis, pois o plagiário, exibindo registro ideologicamente falso, compeliu a empresa de publicidade a se abster de negociar com outras pessoas (inclusive a verdadeira autora), exigindo que a comunicadora de “marketing” depositasse em suas mãos a importância de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares), para evitar uma imediata ação judicial, em que pretendia cobrar-lhe cerca de US\$ 50.000,00 (cincoenta mil dólares). Embora promettesse devolver o depósito, caso fosse derrotado na ação indenizatória aqui em cogitação, a verdade é que o réu, com seu comportamento fraudulento, tornou a música praticamente fora do ramo de negócios a ela adequados (publicidade em matéria de chocolates para a Páscoa), situação que perdura até esta data (aproximadamente quatro anos). E não se há de falar em prescrição quinquenal porque, embora o documento criminosamente feito datasse de mais de um lustro, o ato agora gerado é que se leva em consideração. Preliminares rejeitadas. Provisamento do recurso da autora que deve ser indenizada, igualmente, pelos danos materiais. Desprovisamento do primeiro apelo. (MSL) Vencido parcialmente o Des. Marden Gomes quanto ao alegado dano patrimonial. Obs. Com Embargos de Declaração providos para declarar o valor da indenização, eis que restou dúvida no acórdão embargado.” (TJRJ – Apelação Cível nº 1993.001.00092, 4ª Câmara Cível, j. 15/03/1994, votação por maioria) “Ementa. Direito Autoral. Indenização. Danos morais e patrimoniais. Plágio na construção civil. Admissibilidade.*

*Reconhecimento em laudo oficial de similaridade entre os projetos. Dever de indenizar daquele que plagiou. Desnecessidade da liquidação por artigos, pela ausência de fato novo a ser alegado ou provado. Acolhido o valor encontrado para o perito, para compor os danos patrimoniais. Termo de correção monetária fixado da data da entrega do laudo. Recurso dos autores provido, improvido o da ré.” (TJSP – Apelação Cível nº 241.844-1, Barueri, 10ª Câmara de Férias “A” de Direito Privado, j. 03.12.96, v.u)*

Ora configura o plágio como ilícito, e também crime, de contrafação:

*“Ementa. Civil. Plágio de projeto de arquiteto, Indenização, Tendo sido copiado projeto arquitetônico do recorrente, para a construção de uma residência, por terceiro, o que ficou extenuado de dúvidas, cabe a este último, que chegou a realizar a construção, bem como ao que assumiu a paternidade do projeto, a responsabilidade civil decorrente de tais atos, cabendo-lhes, em decorrência, indenizar o autor do projeto, ou seja, o ora recorrente, recurso que se conhece pela letra ‘d’, do art. 119, III, da C.F., e ao qual se dá parcial provimento”. (STF – Recurso Extraordinário RE-94201, 2ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 13/09/85, v.u) “Ementa. Embargos Infringentes. Direito de autor. Obra musical. Plágio. Composição musical cujos dez primeiros compassos são idênticos aos da outra. Configuração de plágio independentemente de prova da intenção de copiar ou de se apropriar da criação anterior. Recurso provido. (JRC) Declaração de voto do Des. Darcy Lizardo de Lima. Obs. Apelação Cível nº 2.676/92.” (TJSP – Apelação Cível nº 1993.005.00201, III Grupo de Câmaras Cíveis, j. 23/03/1994, v.u.). “Ementa. Ação responsabilidade civil. Contrafação por meio de revista de saúde. Publicação jornalística que repetiria regras estabelecidas em livro da Autora e, depois, em cartilha de “recomendação” para saúde. 1. Provado o plágio da obra da autora, através da reprodução literal de diversos parágrafos de sua obra, com publicação diversa, cabe a condenação por danos materiais prevista em lei. 2. Por igual, quem deixar de indicar ou anunciar, nas publicações, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor, responderá por danos morais a ele (art. 126, da Lei 5.988/73). Apelo provido.” (TJRJ - Apelação Cível nº 2000.001.18234, 9ª Câmara Cível, j. 03/04/2001).*

Ou o reconhece como imitação de idéia, negando-lhe juridicidade:

*“Ementa. Direito Autoral. Filme de publicidade. Plágio. Apropriação de idéia. Não caracterização. Direito a indenização. Inexistência. Não estão amparadas pelo Direito Autoral simples idéias, mas sim a sua*

*exteriorização concreta e original, de cunho artístico, que efetivamente constitua trabalho intelectual. A apuração de plágio faz-se através da análise minuciosa, ensejando a condenação tão-somente se restar indene de dúvidas a sua ocorrência, o que não ocorreu não caso vertente. Não provimento do apelo. (IRP)” (TJRJ – Apelação Cível nº 1999.001.06956, 7ª Câmara Cível, j. 30/06/1999, votação por maioria)*

## CAPÍTULO 9

### MEDIDAS PREVENTIVAS E REPRESSIVAS NA DEFESA DOS DIREITOS AUTORAIS

#### 1. Proteção contra violações

Há inúmeros recursos de ordem judicial, extra-judicial e administrativa à disposição dos autores e titulares de direitos autorais e conexos para o fim de exercer, preventiva ou repressivamente, o seu direito *erga-omnes* contra aqueles que o violem.

Examinaremos as *formalidades* (registro, depósito e menção de reserva) postas à disposição de autores e titulares, a que podem ou não submeter sua obra, sendo certo reafirmar que, hoje, a proteção aos direitos de autor no Brasil, bem como em todos os países signatários de Berna, não se encontra subordinada ao cumprimento de quaisquer exigências ou formalidades como condição de proteção. Ressalta Claude Masouyé<sup>56</sup>, “que é preciso entender a palavra formalidade no sentido de uma condição necessária à validade do direito; trata-se geralmente de obrigações, de natureza administrativa, impostas pela legislação nacional e cuja falta de preenchimento acarreta a perda do direito ou a inexistência de proteção; é o caso, por exemplo, do depósito de um exemplar da obra, do seu registro numa repartição pública ou em qualquer administração, do pagamento das taxas de inscrição ou de uma outra ou todas formalidades simultaneamente. Se essas formalidades são constitutivas de direitos, quer dizer, se a concessão da proteção depende do seu respeito, haverá incompatibilidade com o princípio estabelecido pela Convenção.”

---

<sup>56</sup> Obra citada, p.35



Além delas, todas as legislações internas de países subscritores de TRIPS, oferecem aos autores e titulares medidas de caráter judicial e extrajudicial na defesa de seus direitos, verdadeiros remédios para a cura da lesão, reparáveis via pena privativa de liberdade, ou mediante compensação econômica.

## **2. Medidas Extra Judiciais de Tutela**

### **a) de iniciativa e consecução do próprio autor ou titular**

Dentre as medidas preventivas eficientes, que independem da intervenção de profissional habilitado ou de órgão administrativo, que podem ser tomadas pelo autor ou pelo titular em defesa de sua obra, três se destacam:

- a) a notificação extra judicial
- b) a publicação de errata
- c) a menção de reserva

A notificação extra judicial equivale a um tipo de protesto, ou oposição, ao uso irregular da obra, ou ao uso indevido do nome do autor. Pode, ou não, preceder medida judicial de caráter cível ou penal, e possibilita ao infrator, ou suposto infrator, o conhecimento do direito violado abrindo caminho para uma negociação. Nos contratos, constitui o devedor em mora.

É de amplo espectro, e especialmente recomendada para os fins do art. 26, *caput*, que trata do repúdio à autoria da obra arquitetônica, e do art. 70, *caput*, na oposição do autor à representação de sua obra.

A publicação de errata é também medida de caráter extrajudicial de que pode se valer o autor para reparar o equívoco existente na utilização pública de sua obra por aquele a quem o próprio autor concedeu autorização para fazê-lo. Pode consistir tanto em um adendo à obra, em suporte do mesmo tipo, como na divulgação da identidade do autor por meio da imprensa escrita, ou por meio da transmissão por radiodifusão, na forma preconizada pelo art. 108, e seus incisos. A publicação de errata implica o reconhecimento por parte do infrator do erro existente, e por parte do autor a aceitação dos fatos como ocorridos de boa fé.

Nesse tipo de providência, o autor não enseja a reparação de danos morais, hipótese prevista no próprio art. 108 o que, se ocasionados, não

dispensam a competente ação indenizatória, com a apuração de eventuais prejuízos. Seu objetivo corresponde apenas e tão somente à correção do erro, contentando-se o autor com a correta divulgação de seu nome, vinculando-o à obra.

Menção de reserva é o símbolo © do *copyright*, também entendido como “direitos reservados” para a confecção de cópias, impresso pelo próprio autor, ou pelo editor, nas reproduções das obras, identificando-as.

A Convenção de Berna, que é também lei interna, prevê, em seu artigo 5º, item 2, como princípio soberano regente da matéria, que o gozo e o exercício dos direitos autorais não estão subordinados a qualquer formalidade (princípio da proteção automática). Tais prerrogativas independem da existência ou inexistência de normas de proteção no país de origem da obra. Isso significa, por exemplo, que uma obra, oriunda de um país que só lhe garanta proteção se submetida algum tipo de formalidade, e publicada no Brasil, terá aqui os mesmos direitos concedidos por nossa lei a qualquer outra obra aqui publicada por autor brasileiro, independente de submissão a qualquer formalidade. E a recíproca é verdadeira.

A Convenção de Genebra, também lei interna, mas em outro sentido, em seu artigo III, obriga a que os Estados contratantes concedam àqueles autores que o queiram, um mínimo de proteção formal à obra, representada pelo símbolo © (*copyright*), seguido do nome do titular do direito de autor e da indicação do ano da primeira publicação. Essa formulação prática de reserva foi a solução encontrada para que uma obra gozasse de proteção autoral a partir da primeira publicação, dentro ou fora do território ou país de nascimento do autor. O reverso do estratagema é simples: a obra que não contivesse o símbolo ©, não teria os direitos reservados, significando que estaria em domínio público, podendo qualquer um, de qualquer país, editá-la e publicá-la.

A fórmula encontrada decorreu da necessidade de conciliar os dois sistemas antagônicos vigentes à época do surgimento da Convenção Universal (Genebra) nos anos cinqüenta: o sistema estadunidense, que exigia o registro como condição de proteção, enquanto o resto do mundo, liderado pelos países europeus, apostava simplesmente na criação. Respeitadas as legislações internas, o direito de cópia, simbolizado pelo ©, surgiu como uma espécie de consenso internacional que garantiria tanto aos autores ou titulares americanos fora de seu país, como aos estrangeiros nos Estados Unidos, ou em qualquer outro país, um princípio automático de proteção, a partir de uma simples menção de reserva nas obras.

Da vigência das duas leis antagônicas internas resulta que a obra publicada no Brasil não necessita da menção de reserva para gozar da proteção que lhe é automaticamente deferida em função de sua própria existência, bem como nos demais países membros de Berna, mas pode levar ao estado de *res communis omnium* nos Estados Unidos na sua ausência, razão pela qual é adotada pelos editores nacionais.

Como não se concebe que uma obra seja publicada sem a permissão do autor, seu criador original, este contrata alguém para a atividade industrial de extração de cópias, que, na verdade, é estranha ao mundo da criação. A este outro, então, pessoa física ou jurídica que tem por atividade a confecção de exemplares autorizados de uma obra protegida (livro, disco, vídeo, DVD) pertence o *copyright*, título que adquiriu por cessão ou licença do autor do original passando, então, a ser o titular derivado do direito de cópia nas relações entre o uso da obra e terceiros.

Em outras palavras, o símbolo © do direito estadunidense, adotado como regra mínima em Genebra, nada mais é que a declaração pública de quem detém os direitos patrimoniais de reprodução daquela obra naquele suporte. Pertence a quem imprime, publica e divulga a obra e, de acordo com o legislador internacional, deve vir acompanhado do nome do titular do direito de autor e das indicações do ano da primeira publicação.

Observe-se que, em obediência ao princípio da interpretação restritiva dos negócios jurídicos em matéria autoral, a reserva em relação às cópias de um livro publicado por uma editora, é equivalente à da mesma obra adaptada ao cinema ou à TV, cujos direitos de cópia pertencerão, respectivamente, ao produtor cinematográfico, ou à empresa de radiodifusão, titulares das cópias por permissão do mesmo autor, este, sempre, o titular originário de todos os direitos de reprodução em qualquer suporte.

O símbolo © seguido do nome do autor pessoa física, salvo hipótese de ele mesmo exercer a atividade editorial industrial, é redundância, porque o direito moral (crédito) de ter seu nome publicado junto à obra já lhe é garantido pela lei e decorre do próprio ato de criação. A menção de reserva, cuja finalidade é a de indicar o titular dos direitos de reprodução, pertence a quem o autor escolheu para essa atividade, que lhe retorna, expirado o prazo concedido.

A menção de reserva, por fim, apresenta-se como medida extremamente útil na indicação de quem detenha os direitos de reprodução

da obra, facilitando para o futuro adaptador ou usuário a regular utilização dos direitos do autor originário.

### **b) de iniciativa do autor ou titular, e consecução por meio de órgão administrativo**

Diferentemente das anteriores medidas administrativas, também preventivas, as medidas a seguir mencionadas, pressupõem o concurso de órgãos administrativos na efetiva defesa dos direitos autorais, podendo o autor exercê-la através deles. São elas: o depósito, o registro, a fiscalização e as multas, os selos de identificação.

#### **O depósito**

O depósito tem, tanto quanto o registro, como se verá, mera função declaratória. Está menos ligado à proteção autoral que à preservação da memória documental nacional. Com esse sentido, foi baixado o decreto nº 1825 de 20/12/1907 que obriga os administradores de oficina de tipografia, fotografia ou gravura a remeter à Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro “um exemplar de cada trabalho que executarem”. É o chamado *depósito legal*.

#### **O registro da obra**

A lei brasileira, em seu artigo 18, traz uma saudável e explícita, declaração: a proteção aos direitos autorais independe de registro. Desde 1916 os nossos legisladores, tanto o do Código Civil (art. 673), quanto o especial, facultam ao autor ou titular da obra *depositá-la com a finalidade de registro*, tendo em vista a segurança de seu direito.

Trata-se de ato facultativo (não compulsório), meramente declaratório de direito, e ilidível por qualquer prova em contrário. Não é constitutivo de direito porque este não nasce com o ato de depósito ou de registro, mas com o ato de criação da obra.

Se não constitutivo, mas visando à segurança dos direitos do autor contra terceiros, de que serve o registro? Como meio documental de prova de anterioridade, mas anterioridade quanto ao mesmo gênero, tipo e espécie de obra fixada, e não como prova de mérito. O registro serve para provar, por meio de certidão de inteiro teor, a *autenticidade* da obra. Nesse sentido, a exibição do exemplar depositado para registro será mais um elemento de

prova colocado à disposição do autor contra a reprodução de exemplares desautorizados. Será extremamente útil como prova. Imaginar que o registro de uma sinopse, por outro lado, reservasse ou provasse o direito do depositário do texto em relação a uma obra cinematográfica baseada em sinopse semelhante seria o equivalente a atribuir-se proteção à idéia, o que é inadmissível.

É também, o registro, uma boa medida de cautela, porque, uma vez havendo previsão legal de ser levado a efeito por órgãos da administração pública, ou por ela fiscalizados, gozam, em última análise, de fé pública.

Outra finalidade do registro de obra intelectual em matéria autoral é o de dar *publicidade* a ela. Uma obra é considerada inédita, e portanto não passível de gerar rendimentos, quando se encontre sob os domínios do autor: sua gaveta, seu computador, o estúdio de gravação, a mesa de projetos. Não importa quantas pessoas tiveram acesso aos “inéditos” por liberalidade do autor: a obra só será considerada publicada se dada ao conhecimento do público em geral, ou pelo meio industrial da reprodução de exemplares, ou pelo meio econômico e unitário do depósito com a finalidade de registro. O recurso ao registro suprirá essa forma custosa de publicação.

Todas as formalidades existentes em relação à obra abrangem também os seus títulos, uma vez que a proteção da obra o abrange, desde que original e inconfundível (art. 10º da Lei 9.610/98) .

### **O registro dos contratos**

E quanto aos contratos típicos da lei autoral devem, podem, ou é indiferente que sejam objeto de registro? A disciplina jurídica do contrato de cessão, licença ou edição de obras autorais segue disciplina jurídica diferente das obras.

A lei autoral de 1973, Lei 5.988, revogada pela atual Lei 9.610 de 1988, criou uma situação paradoxal em relação ao contrato de cessão: enquanto disciplinava no art. 17 o registro como mera medida assecuratória de direito, no §1º do art. 53, impunha a averbação do contrato à margem do registro da obra (“deverá”).

A lei atual veio corrigir a aparente contradição ao dispor no parágrafo 1º do artigo 50 que *poderá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o artigo 19 desta lei, ou, não estando a obra registrada, poderá o instrumento ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos.*

A facultatividade (“poderá”) do registro, portanto, está também assegurada mas dentro de uma regra de coerência: havendo registro da obra, o registro do contrato dar-se-á à margem do registro desta, e, em caso de ausência de registro recomenda-se o do contrato em Cartório de Títulos e Documentos.

Com a disposição, a lei autoral harmoniza-se com a lei dos Registros Públicos. É que a lei nº 6.015, de 31/12/73, dispõe que, para a autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, estes devem seguir-lhe os ditames, e no Registro de Títulos e Documentos será feita também a transcrição facultativa de quaisquer documentos para a sua conservação (inciso VIII, art. 127) estando sujeitos ao registro para surtir efeitos em relação a terceiros *os instrumentos de cessão de direitos e de créditos, de sub-rogação e de dação em pagamentos* (art. 129, § 9º).

Embora também facultativo pela lei de direitos autorais o registro do contrato de cessão de direitos, averbado à margem do registro da obra ou no cartório de títulos e documentos, sem prevalência de qualquer um, tem sua eficácia em relação a terceiros dependente dele, em razão de sua publicidade, convalidando a negociação privada. Walter Ceneviva<sup>57</sup>, entendendo obrigatório o registro em títulos e documentos, ensina que “efeito do registro é a oponibilidade ativa e a inoponibilidade passiva, em relação a todas as pessoas, na medida em que sejam submetidas ao ordenamento jurídico brasileiro.”

Dada a transitoriedade e a multiplicidade de transações privadas que se fazem em relação à exploração da obra intelectual, o contrato de cessão de direitos registrado, seja em Títulos e Documentos, seja à margem da obra traz, certamente, mais garantias quer aos contratantes, quer ao Judiciário, ao apreciar questões dessa natureza como valioso elemento de prova, principalmente sobre os que não apresentem registro.

O art. 7º da Lei 10.454/2002, na redação que deu ao art. 29 da MP 2.228/2001, submeteu os contratos de produção, co-produção, cessão de direitos de exportação comercial, exibição, licenciamento, distribuição, comercialização e exportação de obras cinematográficas e videofonográficas, em qualquer suporte ou veículo, não ao registro, como pensado em sua redação original, mas ao pagamento de Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – CONDECINE, e à respectiva informação à ANCINE – Agência Nacional

---

<sup>57</sup> Lei dos Registros Públicos Comentada, p.129,

do Cinema, órgão executivo para a gestão da política do cinema nacional vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, anteriormente à comercialização, exibição ou veiculação da obra. Sendo a obra publicitária, deverá ser enviado à ANCINE simples resumo do contrato, em modelo a ser estabelecido em regulamento.

### **Fiscalização, aplicação de multas e selos de identificação**

O direito de fiscalização de associações de titulares de direitos de autor e de sindicatos encontra-se garantido pelo inciso XXVIII, b), do art. 5º, da Constituição da República, que afirma ser assegurado, nos termos da lei: *b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;*

Esse direito não implica o direito de devassa ou de apreensão de livros e documentos, só legítimos se emitidos por autoridade judicial, mas habilita fiscais dessas entidades a adentrarem os recintos dos locais de freqüência coletiva em missão oficial, ou escritórios de empresários, para lavrarem os respectivos autos de infração. E sujeitos às condições do art. 100 da lei autoral, *in verbis: O sindicato ou associação profissional que congregue não menos de um terço dos filiados de uma associação autoral poderá, uma vez por ano, após notificação, com oito dias de antecedência, fiscalizar, por intermédio de auditor, a exatidão das contas prestadas a seus representados*

Na execução pública musical, os fiscais estão habilitados a aplicar as **multas**, mas não a recebê-las, regra essa que, desobedecida, leva à inabilitação do agente, independentemente das sanções de ordem civil e penal que contra ele poderão ser requeridas (§ 4º e 5º, art. 99). As multas serão aplicadas numa escala que poderá elevá-las a vinte vezes o valor inicial devido.

O parágrafo 2º do art. 30 garante ao autor, independente de autorização judicial, a fiscalização do aproveitamento econômico de sua obra, inclusive aos legalmente autorizados a fazê-lo, por meio dos registros de controle de quantidade de exemplares reproduzidos, de responsabilidade do cessionário ou licenciado.

Os artistas plásticos têm o direito de fiscalizar seu direito de seqüência, estando os leiloeiros e compradores de obras de arte obrigados a exhibir os respectivos documentos quando exigidos, independentemente de mandado judicial.

O autor do texto tem o direito de fiscalizar a representação ou execução pública de sua obra, para certificar-se de que esteja bem ensaiada, e de que não lhe alteraram a substância (arts. 70 e 71).

Os **selos de identificação** são uma solução administrativa encontrada principalmente pelas produtoras de audiovisuais e de fonogramas como forma de combater a pirataria. Não visa punir o infrator, mas premiar o usuário final, o adquirente do suporte mecânico, com a garantia de qualidade de estar comprando mercadoria legitimamente reproduzida. Como toda atividade legal, o produtor identificado com o selo de identificação responde pelos defeitos porventura existentes na cópia, nos termos da lei do consumidor.

O art. 17 da lei do audiovisual, lei nº 8.401 de 08/01/92, e o art. 113 da lei 9.610/98 dispõem sobre os selos ou sinais de identificação de responsabilidade do produtor, distribuidor ou importador.

### **3. Tutela privada: arbitragem e mediação**

Trata-se a arbitragem de exercício de Jurisdição, delegada pelo Estado a entes privados, em algumas hipóteses e condições previstas em lei. A Lei nº 9.307 de 23/9/96 instituiu no Brasil a possibilidade de solução definitiva de controvérsias através da arbitragem, desde que versem sobre bens disponíveis, passíveis de transação. Direitos patrimoniais de autor, e o reflexo patrimonial dos direitos morais, podem ser objeto de decisão por arbitragem.

Poderão valer-se da arbitragem as pessoas capazes de contratar, desde que prevejam nos respectivos contratos, uma cláusula, chamada cláusula compromissória, ou, em documento à parte estabeleçam um compromisso arbitral, para o fim de submeter quaisquer litígios ao julgamento, não da Justiça Comum, mas ao de árbitros escolhidos pelas partes em conflito. Sua grande vantagem reside na celeridade e no sigilo que envolvem seus procedimentos. As partes são livres para escolher as regras às quais desejam submeter-se: de direito internacional, dos usos e costumes, de direito comum, etc.

Considera-se instituída a arbitragem, nos termos do art. 19 da lei 9.307/96, quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. O procedimento arbitral poderá, ou não, contar com a presença de advogados representando as partes. A presença do advogado



é muitas vezes desejável, na medida em que a arbitragem tanto pode ser de direito, baseada nas regras gerais de conhecimento apenas de advogados, como basear-se na equidade, nos usos e costumes e nas regras conhecidas e empregadas no comércio.

Não há incompatibilidade entre advocacia e arbitragem, de acordo com manifestação do Tribunal de Ética Profissional da OAB-Ordem dos Advogados do Brasil - Proc.E-2.137/00 de 17/8/2000, podendo o advogado, inclusive, ser árbitro, evidentemente, desde que atue em uma ou outra das funções, e não havendo conflito de interesses.

Termina a arbitragem com a conclusão da chamada sentença arbitral, sujeita a requisitos *obrigatórios*, que são o relatório, os fundamentos de fato e de direito no julgamento por equidade, a decisão, o prazo para seu cumprimento, a data e o lugar em que foi proferida. A sentença arbitral só estará sujeita à nulidade, na ocorrência nas hipóteses expressamente previstas no art. 32, como a ausência de requisitos essenciais, ou se proferida fora do prazo, ou se *extra-petita*, por exemplo, delimitando o artigo aquilo que deverá ser objeto de apreciação pelo Judiciário, uma vez impossível adentrar o mérito.

À sentença arbitral confere a lei valor de título executivo judicial, independentemente de homologação para ser executada, desde que proferida em território brasileiro. Sentenças arbitrais estrangeiras dependem, para sua execução, de homologação obrigatória pelo Supremo Tribunal Federal.

A mediação, procedimento mais simplificado, informal e flexível que a arbitragem, está muito mais adstrita à vontade das partes que à dos árbitros. Dizem os especialistas, que o que os distingue é que a arbitragem é um procedimento baseado em direitos, enquanto a mediação, em interesses. A lei de arbitragem a ela não faz menção específica, mas é entendida como um procedimento de solução pacífica de conflitos, consubstanciado num sistema de técnicas de negociação para encerrar controvérsias, por vontade e iniciativa das próprias partes.

#### **4. Medidas Judiciais Penais**

A tutela penal, largamente invocada pela indústria fonográfica e pela cinematográfica, é, de todas as colocadas à disposição dos autores, a menos popular, e a mais drástica, porque a finalidade é punir com pena privativa de liberdade.

Três são os artigos contidos no Código Penal Brasileiro de repressão ao direito autoral: os arts. 184, 185 e 186.

O Título “Dos Crimes Contra a Propriedade Imaterial”, Capítulo I, contempla apenas os crimes contra a propriedade **intelectual**, e está reduzido a dois crimes: um “genérico” sobre violação a direito autoral, e outro específico, sobre usurpação de nome (*atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística*, art. 185). Os crimes contra o privilégio de invenção, os crimes contra as marcas de indústria e comércio e os crimes de concorrência desleal foram revogado desde 1945 pelo Decreto-lei 7.903, e posteriormente absorvidos pelo Código da Propriedade Industrial, Lei 5772 de 21-12-71, e hoje regulados pelo novo Código, Lei 9.279/96, que trata desses crimes nos artigos 183 a 210.

É o texto do art. 184: “ *Violar direito autoral: **Pena** - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º - Se a violação consistir em reprodução, por qualquer meio, com intuito de lucro, de obra intelectual, no todo ou em parte, sem a autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma ou videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente: **Pena** - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) a Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros). § 2º - Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, empresta, troca ou tem em depósito, com intuito de lucro, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral. § 3º - Em caso de condenação, ao prolatar a sentença, o juiz determinará a destruição da produção ou reprodução criminosa”.*

Os crimes cometidos contra os direitos autorais não são tipificados. É a chamada norma penal em branco. Esta é norma cujo preceito há que ser completado por outra norma.

No dizer de Paulo José da Costa Jr.<sup>58</sup>, “Preceito e sanção se fundem, indissolúvelmente, numa unidade lógica. Isto se se tratar de normas perfeitas, que contêm esses dois elementos. Nas normas ditas *imperfeitas*, também denominadas *normais penais em branco*, o preceito deverá ser completado por outro dispositivo, via de regra, estabelecido em normas extrapenais. O complemento da norma penal em branco, que vem a integrá-

---

<sup>58</sup> Direito Penal - Curso Completo, p. 21

la, encontra-se em outra lei, ato legislativo ou administrativo (portaria, decreto). Por ser o preceito incompleto, Binding afirmou que as normas penais em branco são como que “corpos errantes em busca da alma”. Não são elas, porém, incompletas ou imperfeitas: falta-lhes apenas concreção e atualidade. Não se trata de uma sanção cominada à inobservância de um preceito futuro, mas de um preceito genérico que irá concretizar-se com um elemento futuro que deverá, contudo, preceder o fato que constitui crime”.

Basileu Garcia<sup>59</sup>, igualmente ensina: “Por vezes, a lei penal, ao conceituar a infração, reporta-se a textos extra-penais, em vigor ou porvindouros, de cujo conteúdo ficam a depender os contornos e a própria existência da figura delituosa. Aí temos a chamada lei penal em branco, modalidade que, pela sua progressiva adoção, assume uma importância que de certo modo cerceia o império do princípio *nullum crimen*. Sim porque surge tão difusa e imprecisa, em alguns casos a complementação da norma penal, e obriga a tão intrincadas averiguações para positivar-se a existência ou não do crime, que aquele dogma fundamental decai do seu valor como garantia contra imputações especiosas ou arbitrárias”. E cita, em seguida, precisamente o art. 184 do Código Penal como primeiro exemplo.

A respeito desse artigo, e sobre os elementos subjetivos do tipo penal comenta Damásio E. de Jesus<sup>60</sup> que o primeiro é o *dolo*, e o segundo o *intuito de lucro*. Sem que haja a intenção premeditada de utilizar uma obra autoral desautorizadamente, cumulada o com intuito de lucro, a conduta criminosa não se tipifica. Acrescenta aos dois a ausência de autorização expressa como elemento a ser aferido pelo juiz na tipificação do crime.

A comparação dos dois primeiros parágrafos do art. 184 dão ensejo a dois tipos diferentes de observação: a primeira, no sentido de que o § 1º, ao invés de ampliar o conceito do crime, acabou por reduzi-lo, só se tipificando a violação caso o agente objetive intuito de lucro, o que equivale dizer que, isoladamente, reprodução não autorizada intencional não incrimina a conduta. A segunda, a de que a locação de obras, tentada por muitas décadas no campo civil como mais uma infração típica de direito autoral acabou por encontrar amparo no estatuto repressivo muito antes de ser considerado um ilícito civil, o que só ocorreu com o advento da Lei 9.610/98 (arts. 5º. IV, 93 e 104).

A respeito dessa não regulamentação do direito ao aluguel observe-se que, na vigência da lei especial, civil, de 1973, art. 123, o autor podia requerer a apreensão dos exemplares utilizados, mas baseada, apenas, na

---

<sup>59</sup> Instituições de Direito Penal, Tomo I, p.156

<sup>60</sup> Código Penal Anotado, p. 594

ausência do seu prévio consentimento e não no direito ao aluguel, como um dos modos de exploração da obra. As apreensões fundavam-se nesse direito geral de obstar a comercialização indevida de suas obras, mas a atividade dos infratores era duplamente ilícita: obtinham a cópia sem o consentimento dos titulares, e ainda a locavam. A primeira “normatização” sobre aluguel de obras audiovisuais surgiu na órbita privada, através de um acordo entre produtores de vídeos associados às grandes empresas cinematográficas (as chamadas *majors*) e a associação que congregava as inúmeras locadoras de vídeos. Essa medida consensual extra-judicial saneou o mercado brasileiro na década de oitenta, quando era abastecido quase exclusivamente por fitas piratas.

O terceiro parágrafo do art. 184, que trata da destruição dos exemplares, só poderá ser determinado pelo Juiz ocorrendo, simultaneamente, as três seguintes situações : a) se efetivamente considerados contrafeitos por peritos habilitados; b) somente após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão; c) se correr a pedido e às expensas do autor da demanda, e titular do direito.

O art. 186, de seu turno, dispõe que *nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público, e nos casos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184 desta Lei.*

Da leitura do artigo, na redação que lhe deu a Lei nº 6.895 de 17/12/1980, depreende-se que a regra, no caso, é a da ação penal privada só procedida mediante queixa, porque cabível nos casos de violação aos direitos de reprodução, que constituem a grande vertente dos direitos patrimoniais (hipótese do *caput* do art. 184).

Mas nas hipóteses dos §§ 1º e 2º do art. 184, isto é, na reprodução desautorizada de fonogramas e videofonogramas, na comercialização pirata com intuito de lucro, ou sendo vítimas pessoas jurídicas de direito público interno e sociedades de economia mista ou fundações públicas o rito é o da ação penal pública incondicionada.

O art. 185 consiste em *atribuir falsamente a alguém mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de uma obra literária, científica ou artística* e penaliza o infrator com pena de detenção (6 meses a 2 anos e multa). Analisando o

artigo, Nelson Hungria<sup>61</sup> afirma: “Trata-se de uma hipótese inversa à da usurpação da autoria: ao invés de atribuir a autoria de obra alheia (literária, científica ou artística), o agente atribui a alguém, mediante o uso do nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado em seus trabalhos, a autoria de obra a que é estranho. Não se apresenta lesão ou perigo de lesão ao interesse patrimonial do sujeito passivo, senão, exclusivamente, ao seu interesse moral, à sua reputação, fé ou prestígio como escritor ou artista”. É o caso, por exemplo, de um editor que se utiliza de uma foto qualquer, e a credita a um fotógrafo famoso. Ou credita a um fotógrafo sem renome, foto de outro, reconhecido. Nesses casos, o autor rejeita a autoria porque não foi autor de coisa alguma. Hipótese semelhante ocorre com o arquiteto que teve seu projeto original alterado, mantendo o proprietário da obra placa com seu nome, bem como os documentos burocráticos exigidos para a execução da obra. A falsa indicação de autoria tem como vítima todos os fruidores de uma obra autoral (o consumidor) que se vêem enganados com a divulgação, intencionalmente equivocada, do liame autor-obra.

O Código de Processo Penal, que corretamente intitula o Capítulo IV do Título II, como *Do processo e julgamento contra os crimes contra a Propriedade Imaterial*, nos arts. 524 a 530, instrumentaliza, a ação penal.

Condiciona, por exemplo, a violação de direito autoral, consistente em reprodução não autorizada, à existência de exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito. Como a prova é, às vezes, de difícil apuração, o art. 527 prevê diligências de busca e apreensão realizadas por dois peritos nomeados pelo Juiz, que verificarão a existência ou inexistência de fundamento para a apreensão.

A perícia, no crime, se faz por amostragem. De acordo com o art. 529 do Código de Processo Penal, *nos crimes de ação privativa do ofendido, não será admitida queixa com fundamento em apreensão e em perícia, se decorrido o prazo de 30 (trinta) dias, após a homologação do laudo. Parágrafo único – Será dada vista ao Ministério Público dos autos de busca e apreensão requeridas pelo ofendido, se o crime for de ação pública e não tiver sido oferecida queixa no prazo fixado neste artigo.*

Finalmente, cumpre anotar que a Lei nº 9.610/98, corretamente, não transita por normas de caráter penal, deixadas pelo legislador à regulamentação do código e sistema próprios. Entretanto, e é mais uma inovação da lei que regula e dá proteção ao programa de computador, normas de caráter penal acham-se inscritas na Lei nº 9.609/98: violar direitos de autor de programa de computador é crime cominado com pena

---

<sup>61</sup> Comentários ao Código Penal, p. 344

de detenção ou multa (art. 12), mediante o qual se procede mediante queixa, salvo as hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 12, isto é, quando praticados em prejuízo das instituições de natureza pública, lá mencionadas, ou quando envolverem crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo.

## 5. Medidas Judiciais Civis

As medidas judiciais de caráter civil são intentadas com diversos objetivos: a) obtenção do ressarcimento pecuniário pela violação do ato ilícito ou pelo enriquecimento sem causa, através de medidas, preparatórias, especiais ou comuns; b) obtenção de provimento de natureza declaratória ou constitutiva; c) obtenção de tutela específica, com pedidos de obrigações de fazer e de não fazer.

Na raiz do ato ilícito indenizável por violação de direitos autorais encontra-se o enriquecimento ilícito. Nas palavras de Francisco Bilac M.Pinto<sup>62</sup>, “três são os requisitos do enriquecimento sem causa, que justificam a sua restituição, a saber: um locupletamento do réu; um empobrecimento do autor, e um liame de causa e efeito entre os dois fenômenos.”

Enriquecimento sem causa não se confunde com enriquecimento ilícito: o agente deste último há que ser sempre um exercente de cargo ou função pública, requisito inexistente no enriquecimento sem causa.

### a) Cautelares

Remédio processual de ampla utilização nos foros do país, **a ação de busca e apreensão** é uma das medidas cautelares mais utilizadas contra a violação a direitos autorais. O objetivo é a obtenção de uma medida liminar, rápida, embora de caráter provisório, podendo ser utilizada preparatoria ou incidentalmente a uma ação principal.

É medida extrema e de cuidadosa execução, devendo ser deferida a liminar com cuidado por parte dos Juízes, e, desde que indubitável a legitimidade-autoria. Se, por um lado, pode ser inapropriadamente requerida à Justiça, razão pela qual jamais poderá a apreensão ser autorizada sem a indicação de dois peritos habilitados ( § 3º do art. 842 do CPC), por outro, o perigo na demora poderá fazer perecer a prova, premiando o infrator.

---

<sup>62</sup> Enriquecimento Ilícito no exercício de cargos públicos, p. 140

As liminares em ação de busca e apreensão com fundamento em violação de direito autoral estão sujeitas a pressupostos de concessão da cautela provisória como em quaisquer outros casos. Há que se provar o *periculum in mora* (perigo da demora) e o *fumus boni juris* ( a fumaça do bom direito).

O *periculum in mora* é o elemento a ser apreciado pelo Juiz na avaliação do dano que possa representar a ausência de uma ação de caráter emergencial, frente ao direito invocado, ou, se a demora implicará o agravamento do dano já vislumbrado.

A “fumaça do bom direito” em matéria autoral deve vir amparada por indícios seguros, seja da criação , seja da titularidade. A prova poderá, inclusive, ser feita no curso do processo.

Ambos os pré requisitos devem concorrer simultaneamente para que a liminar subsista: só a ocorrência de ambos permite ao Juiz, em cumprimento ao disposto no art. 798 do CPC, ser convencido do fundado receio do perecimento de direito alegado. “O fundado receio, baseado em elementos subjetivos leva a supor-se a ocorrência de um provável dano e não simplesmente de um dano possível. Possível, segundo esclarece Lopes da Costa é um conceito amplíssimo que abrange até mesmo o que raríssimamente acontece. A possibilidade, ao contrário, é o que de regra se consegue alcançar com a previsão. Já caminha-se na direção da certeza, com o apoio nas regras da experiência comum ou da experiência técnica”, ensina Betina R. Lara<sup>63</sup>.

A Lei nº 9.610/98 não exige que todos os contratos de direitos autorais sejam feitos por escrito. A formalidade, essencial apenas para os contrato de cessão e nos casos de transmissão total e definitiva (inciso II, art. 49), deixa ao exclusivo arbítrio do magistrado o pesado encargo de analisar, não só o direito invocado, como a legitimidade *ad causam* e *ad processum* de quem pleiteia a medida de urgência.

Prescreve o § 3 do art.842 do Código de Processo Civil que cuida da busca e apreensão : *Tratando-se de direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, o juiz designará, para acompanharem os oficiais de justiça, dois (2) peritos, aos quais incumbirá confirmar a ocorrência de violação, antes de ser efetivada a apreensão.*

---

<sup>63</sup>Liminares no Processo Civil”, pp. 104/105

Nesse processo, então, avulta a figura do perito judicial que, para cada tipo de violação, deve ter a habilitação profissional própria. Como o legislador processual facultou ao juiz a nomeação de dois peritos, é de rigor que um deles pertença à área técnica em que se enquadre a obra, e outro ao conhecimento da legislação especial. Um entenderá das leis de mercado, e outro das leis de proteção autoral, ou da ausência delas.

Assim, se a pretensão é apreender um fonograma, ou um livro de ensino de música, deverá ser nomeado um maestro, um arranjador, um músico de atuação no segmento, recrutados nas entidades associativas, ou entre os renomados, ou dentre os da confiança pessoal do magistrado, e um advogado ou consultor com conhecimento prático ou acadêmico das regras nacionais e internacionais do direito autoral. Em uma alegação de violação a direito autoral de projeto arquitetônico, por exemplo, a opinião do associado do CREA (Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura) é tão importante quanto, para a alegada violação de autor de obra científica de medicina, o profissional vinculado ao CRM (Conselho Regional de Medicina).

O papel dos peritos não é o de meramente apreender o material apontado como contrafeito em cumprimento à liminar. Não é esse o sentido da norma, nem haveria necessidade de nomeação de peritos se assim o desejasse o legislador processual. O seu papel será o de **confirmar ou não** a violação, porque a ordem liminar será cumprida em qualquer dos casos, mas a apreensão só se efetivará se confirmada a violação.

E a confirmação da violação se dá, não só pela verificação aparente do velho argumento da má qualidade das cópias piratas, hoje desmentido pelo aparato de qualidade e fidelidade de reprodução, que acompanham, com a mesma desenvoltura, os avanços tecnológicos das reproduções lícitas da grande indústria, senão pelo exame completo da documentação de habilitação ostentada, tanto pelo queixoso, como pelo suposto infrator.

E, se no curto espaço de uma diligência não for possível aos peritos constatarem a violação, tendo em vista, principalmente, a sofisticação de equipamentos de reprodução e a (boa) qualidade ou origem do material dito contrafeito? A liminar concedida fica parcialmente cumprida até a apresentação do laudo de exame do material apreendido, que vai confirmar, ou não, a arguição do direito violado.

A concessão da liminar suspende, temporariamente, as atividades do suposto réu, tanto na reprodução como na comercialização, durante o



período de confecção e entrega do Laudo Pericial, até que novo despacho liminar venha a ser proferido pelo Juiz, com base no Laudo de aferição de ilicitude dos peritos designados, confirmando ou não a violação.

As Medidas Cautelares Inominadas são largamente utilizadas para o fim de sustar exibição futura de programa de TV, peça publicitária ou obras cinematográficas em transmissões de qualquer natureza, posto que não se pode apreender imagens a serem radiodifundidas, apenas o material gravado em fita.

Outras medidas cautelares habitualmente invocadas pelos autores são: a produção antecipada de prova (art.846), com a finalidade de obter exame pericial prévio e positivo da violação, e a exibição de documentos (art. 844) requisitada por artistas e criadores de obras em geral, usualmente avessos a papéis e outros documentos.

A exibição cabe também na peculiar situação prevista pelo legislador autoral no inciso VII do art. 24. Pela norma, é direito moral do autor, portanto, intransmissível, o de ter acesso a exemplar único e raro da obra quando se encontre “legitimamente” em poder de outrem. A condição de se encontrar legitimamente afasta a medida preparatória de busca e apreensão, reservada às situações de ilegitimidade no uso da obra autoral.

Assim, havendo recusa do proprietário do suporte do exemplar único e raro, da obra do autor, pode este, por meio de medida acautelatória de exibição, requerer ao Juízo o seu direito de reproduzi-la por meio fotográfico, assemelhado, ou audiovisual, pelo prazo e no local que o Juiz assinalará.

Entretanto, e se a hipótese inversa acontecer, isto é, o autor, o criador da obra, recusar-se a devolvê-la a seu legítimo detentor? A este, na ausência de documento escrito para respaldar uma ação monitória, caberá mover ação especial de depósito (art. 901 do CPC), cuja finalidade é a de restituir a coisa depositada, sob pena de o autor passar à condição bizarra de depositário infiel de sua própria criação. Sendo a entrega da coisa, na ação de depósito, conversível em dinheiro, o detentor dela poderá ser ressarcido em caso de perecimento ou destruição. O contrário é que não procede: o direito de destruição da coisa, como parte do direito moral do autor, só a este pertence.

## b) Especiais

Humberto Theodoro Júnior<sup>64</sup> explica que “há duas modalidades de procedimentos especiais: os de jurisdição contenciosa e os de jurisdição voluntária. Os primeiros se referem à solução do litígio e os últimos apenas à administração judicial de interesses privados não litigiosos (Livro IV do Código de Processo Civil). [...] Quanto aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, o que neles se encontra é, quase sempre, uma simbiose de cognição e execução, gerando, numa só relação processual, um complexo de atividades que configuram as chamadas *ações executivas “latu sensu”* (ações possessórias, divisórias, demarcatórias, de depósito, de consignação em pagamento, de despejo, etc.)”

Dentre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa previstos pelo Código de Processo Civil, quando o objeto da demanda versar sobre direitos autorais, alguns tipos de ação merecem registro. É o caso do interdito proibitório (art. 932), da ação de prestação de contas (art. 914) e da ação monitória (art. 1102).

O interdito proibitório teve larga utilização no passado, fundado nos direitos possessórios que teria o autor sobre sua obra, sua *res*. Os direitos autorais, à época, eram capitulados no Código Civil como *propriedade literária, artística ou científica*, e depois do advento da Lei 5.988/73, passaram a ser considerados bens móveis para efeitos civis. É a ação cabível diante do justo receio de o possuidor, direto ou indireto, ser molestado em sua posse, diante de ameaça iminente.

O interdito teve sua procedência reconhecida na defesa dos direitos autorais, segundo Dirceu de Oliveira e Silva<sup>65</sup>, por força de decisão do STF no Rec. Extraordinário 14.144 de 20/06/49, do qual consta a seguinte ementa: “*O interdito proibitório é meio próprio para a defesa de direitos autorais*”.

Entretanto mais tarde, no julgamento do Rec. Extraordinário n. 103.058-DF, julgado em 11/9/84, o mesmo STF entendeu incabível o interdito na tutela dos direitos autorais, sinalizando a ação ordinária de preceito cominatório como via própria. Nas palavras do Ministro Relator em seu voto: “*No caso, o autor quer pôr fim ao uso indevido que o réu vem fazendo de irradiação de músicas sem o pagamento das contribuições devidas aos compositores. Cuida-se, na verdade, de ação ordinária de preceito cominatório, admitida no art. 287 do Código de Processo Civil e,*

<sup>64</sup> Curso de Direito Processual Civil, vol. I, p. 293

<sup>65</sup> Obra citada, p. 76

*como tal, não alcançável pelo veto regimental. A transformação da ação imprópria na adequada exige, na espécie sub judice, apenas retificação de sua denominação e, por isso, pode ser operada, inclusive, em grau de recurso, seja qual for, como acentua Moniz de Aragão (Cf. Comentários ao Código de Processo Civil, II vol., pág. 388, 4ª edição).”*

A ação de prestação de contas cabe nas relações entre autor e editor literário ou musical (art. 61) e entre artistas e produtores de fonogramas (art. 94) e artistas e empresários cinematográficos e de radiodifusão (art. 68, § 7) .

As ações monitórias, amparadas por documento escrito sem força de título executivo, também poderão ser utilizadas por autores ou titulares de direitos autorais, tanto por objetivarem o reconhecimento de um crédito, como a entrega de um bem móvel (matrizes ou exemplares raros das obras, por exemplo).

### **c) Ordinária**

Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra<sup>66</sup>, criticam a expressão ações ordinárias (ou sumárias), porque distintivas apenas quanto ao rito processual. De fato, as ações a serem tratadas no presente capítulo serão as ações patrimoniais de rito ordinário, adotando-se a expressão ordinária em função da melhor comunicação.

Dentre estas ações de rito ordinário mais comumente adotadas pelos autores e titulares de direitos na busca do provimento jurisdicional civil contra a violação de seus direitos, encontram-se as de caráter indenizatório, as declaratórias, as que incluem um preceito cominatório.

Ações indenizatórias, ou de reparação de danos, são as que visam ao ressarcimento do prejuízo causado pelo violador, ou violadores, ao autor ou titular do direito em relação à obra.

Fundam-se na norma genérica do artigo 159 do Código Civil de 1916, e do artigo 186 do Código Civil de 2003, e têm no pólo ativo o autor da obra ou, titular do direito, cuja condição deve ser inequivocamente comprovada, e no polo passivo o réu ou um litisconsórcio de réus, vez que nos termos do artigo 104 da lei especial respondem solidariamente com o

---

<sup>66</sup> Teoria Geral do Processo, p.233

contrafator, quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar fonograma reproduzido com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem.

São ações, geralmente, de longa tramitação, de objeto determinado, e intentadas mediante a apresentação de provas suficientes à incriminação do réu, ou réus. Essas ações devem levar ao conhecimento do juiz um direito sobre o qual não pare dúvidas, e visam o reconhecimento judicial do direito violado, e sua respectiva liquidação.

Os direitos sobre os quais parem dúvidas relativamente à autoria, seja no campo do direito real, seja no obrigacional, podem e devem ser objeto de ações declaratórias, que poderão ser cumuladas com as indenizatórias, ou alegadas incidentalmente no curso destas.

São condições da ação declaratória segundo Chiovenda<sup>67</sup>: “1) a existência da vontade de lei, cuja declaração positiva se pleiteia, ou inexistência daquela vontade de lei cuja declaração negativa se pleiteia; 2) legitimação ou *legitimatío ad causam*; 3) interesse de agir.”

O ajuizamento de ações de preceito cominatório, obrigações de fazer ou de não fazer, poderá ser feito isoladamente ou em conjunto com as ações supra mencionadas.

Ações fundadas em contrato, por inexecução ou divergência na interpretação de cláusulas são outras espécies de ações de rito ordinário e do tipo patrimonial, onde cabem declaração de autoria ou alegação de violação de direito, unicamente dentro dos limites do contrato. Já a alegação de nulidade do instrumento remeterá a possíveis violações de direitos autorais.

Ações de cobrança ou de execução, fundadas ou não em contrato escrito, são utilizadas, geralmente, por sociedades de gestão ou de arrecadação de direitos autorais e versam exclusivamente sobre o montante dos direitos patrimoniais previamente ajustados.

Cabe tutela antecipada em ação ordinária com fundamento em violação de direitos autorais (art. 273 do CPC)? Sim, desde que indubitável a autoria intelectual do demandante, e, portanto, sua legitimidade. Pode ser concedida, antes ou depois da contestação,

---

<sup>67</sup> Ação Declaratória Principal e Incidente, p.74

desejando o magistrado completar o seu convencimento com as alegações do infrator.

Hipóteses sobre dano irreparável ou de difícil reparação(inciso I, do art.273) são, principalmente, as relacionadas à veiculação da obra autoral por meio de radio ou TV. E a ocorrência de abuso de direito de defesa ( incisoII ) é prática corriqueira de quem não tem razão na impugnação da verossimilhança do direito alegado. Sobre o assunto, chama a atenção J.J. Calmon de Passos<sup>68</sup>: “Talvez a melhor maneira de definir o abuso de direito seja dizer-se que ele ocorre quando se exercita, além do limite necessário, o direito que se tem, ou quando esse exercício objetiva não alcançar a tutela que a ele se associa e é devida a seu titular, sem outro fim, mesmo lícito que seja ou moralmente justificável. Todo desvio de finalidade é um abuso.”

A tutela antecipada não se confunde com medida cautelar, porque, neste caso, não há exame do direito alegado, o que será objeto da ação ordinária que se lhe seguirá. “Ao conceder uma medida cautelar, o juiz não examina a lide, o direito alegado, mas apenas concede a medida para permitir que o direito que será julgado não pereça ou sofra dano irreparável. Já, na tutela antecipada, o juiz julga o direito pretendido na inicial, reconhece sua procedência e atende ao pedido, apenas com a ressalva do Código de que é um julgamento provisório, e não definitivo.”, ensina Antonio Raphael Silva Salvador<sup>69</sup>. Também não se confunde com o julgamento antecipado, porque este *põe fim* ao processo, diante das provas de direito apresentadas.

## **6. Da prescrição dos direitos patrimoniais**

### **a) Antes da Lei 10.406 de 10/1/2002**

A Lei nº 9.610 de 19.2.98 que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais, e que revogou a Lei 5.988 de 14.12.73, com ressalvas, foi publicada com o veto presidencial ao art. 111, relativo à prescrição do exercício do direito de ação no que tange aos direitos patrimoniais, instituto que a lei anterior contemplava no art. 131.

O que se verificou com o veto da lei foi a omissão do legislador em matéria relevante, tratando-se os direitos patrimoniais, de direitos

---

<sup>68</sup> Inovações no Código de Processo Civil, p. 19

<sup>69</sup> Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada, p.51

disponíveis, mas, e como se demonstrará, o prazo prescricional das ações intentadas por violação a direitos patrimoniais de autor é o de cinco anos contados a partir da data da ocorrência da violação.

Inicie-se pela regra contida no art. 4º da Lei, de Introdução ao Código Civil que, em caso de omissão da lei, determina ao juiz seja considerada em sua decisão a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. É regra obrigatória de uso do intérprete.

Sobre a *analogia legis* ensina Rubens Limongi França<sup>70</sup>, que se trata da *extração da igualdade de tratamento*, para certos casos, de uma norma legislativa existente para outra similar.

Como se situa a disciplina Direito de Autor e Conexos no quadro geral do direito civil (comercial para países de sistema anglo-saxão) como espécie do gênero Propriedade Intelectual, tem ela na Propriedade Industrial o seu outro similar.

Ora, a conduta prescricional adotada pelo legislador da propriedade industrial é o de cinco anos. O art. 225 da Lei nº 9.279 de 14/5/96, a lei da propriedade industrial, é expresso: prescreve em 5 (cinco) anos a ação para reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial. A norma consolida jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que prescreve também em cinco anos a ação de perdas e danos pelo uso indevido de marca comercial. O mesmo prazo, cinco anos vigia no Código anterior, Lei nº 5.772 de 21/12/71, art. 98, parágrafo único, no respeitante à ação de nulidade de marca.

Todas as disposições já vigentes no Brasil sobre direitos de autor, como o Código Civil e a lei 5988/73 seguiram a mesma linha: não houve lei, ou norma reguladora do lapso temporal, no passado, que a fixasse em dois, dez ou quinze anos.

Portanto, tanto a analogia como os usos e costumes em matéria de propriedade intelectual apontam para os cinco anos do prazo prescricional.

Onde, então, reside a controvérsia? Aparentemente, na fixação do termo inicial, isto é, no ponto de partida para a contagem desse prazo: se na data da ocorrência do dano (violação, contrafação), se, na da ciência dele por parte do titular do direito.

---

<sup>70</sup> Formas e Aplicação do Direito Positivo, p.71

Para solucionar a questão, nada mais indicativo que as próprias razões ao veto, transcritas por Plínio Cabral<sup>71</sup>. Justifica-o a Presidência da República, alegando que "o dispositivo modifica o art. 178, § 10, inciso VII, do Código Civil, já alterado anteriormente pelo art. 131 da Lei 5988/73. A perda do direito de ação por ofensas a direitos de autor, por decurso do prazo, está melhor disciplinada na legislação vigente. O prazo prescricional de cinco anos deve ser contado da data em que se deu a violação, não da data do conhecimento da infração, como previsto na norma projetada".

Da *mens legis*, então, extraem-se as seguintes conclusões: a) que o texto faz referência à alteração da disposição específica do Código Civil, para reafirmá-la e não para revogá-la; b) que prazos não foram aventados no texto para sustentar a rejeição, mas, sim, o seu ponto de partida; c) ambos os textos citados, o art. do Código Civil e 1916 e a lei especial anterior(5.988/73), falavam no prazo prescricional de cinco anos (a lei especial, mais técnica, limitou-os aos direitos patrimoniais); d) os textos citados expressamente dizem do início da contagem a partir da ocorrência do dano (o Código Civil "da contrafação", a Lei 5988, "da data em que se deu a violação"); e) que nunca se cogitou da imprescritibilidade uma vez que o veto se deu exatamente em função da proposta rejeitada (data do conhecimento da infração) que reconhecia, na prática a imprescritibilidade desse exercício.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a compatibilidade entre os dois textos no julgamento do Recurso Especial nº64.747-9, sob a égide da lei especial ora revogada.

Bastariam os argumentos acima para sustentar que o prazo prescricional do exercício do direito de ação relativo aos direitos patrimoniais de autor é o de cinco anos e que se inicia na data da violação, e não no de sua ciência. Mas, a leitura atenta dos três textos de lei em questão (Código Civil, Lei 5988/73 e Lei 9610/98), sujeita às regras jurídicas da interpretação sistemática, remete a outras conclusões, todas no mesmo sentido.

A lei nº 9.610 de 19/02/98, revogou expressamente a lei 5.988/73, mantendo em vigor, unicamente, o seu art.17 que cuida dos registros (facultativos e meramente declaratórios) das obras autorais. Não ressalvou o art. 131 que tratava da prescrição. Revogou, também, expressamente os artigos 649 a 673 e 1346 a 1362 do Código Civil vigente à época. Mas não

---

<sup>71</sup> A nova lei de direitos autorais, p.248

revogou o parágrafo 10º, inciso VII, do art.178 deste. Ora, a disposição prescricional não foi deixada de lado por mera negligencia do legislador, mas, porque havia solução sistemático- legislativa, para a questão: o último artigo, o 134 da lei especial revogada, a 5988/73, ao invés do tradicional *revogam-se as disposições em contrário*, dispôs, com absoluta originalidade: *esta lei entrará em vigor a 1º de janeiro de 1974 ressalvada a legislação que com ela for compatível*.

E com ela era compatível o inciso VII do § 10 do art. 178 (prescreve ... em cinco anos... a ação civil por ofensa a direitos de autor contado a prazo da data da contrafação) pois vinha assim expreso o seu art. 131: *prescreve em cinco anos a ação civil por ofensa a direitos patrimoniais do autor ou conexos, contado o prazo da data em que se deu a violação*.

Desde, portanto, 1º de janeiro de 1974, data do início da vigência da lei 5.988/73 coexistiam pacificamente no universo autoral as duas normas, porque compatíveis entre si.

A lei nova (9.610/98), portanto, não revogou o inciso VII do § 10º do art. 178 do Código Civil, como o fez com os demais artigos atinentes à matéria, do Código Civil.

Além disso, o prazo prescricional de cinco anos contados da data da violação (contrafação) nunca foi incompatível com o texto da Lei 5.988/73 e como a Lei 9.610, não versou sobre o prazo prescricional, não deu nova regulamentação à matéria de que tratava a lei geral anterior, o Código Civil.

De outro lado, as exigências contidas no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, de sujeição obrigatória pelo intérprete, não se verificaram na espécie (*a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*).

Com efeito, a lei posterior (9.610/98) revogou a lei especial anterior (5.988/73), mas não a lei geral anterior, isto é, o Código Civil, ressalvado naquilo que com ela (5.988) fosse compatível. E, também, porque como um corpo geral de leis, não regulava, apenas, a matéria autoral.

Do exposto, conclui-se que a regra interpretativa da compatibilidade determinada pelo art. 134 da lei anterior com o art. 178 do antigo Código Civil de 1916, faz com que, durante todo o período compreendido entre a vigência da lei 9.610/98 até a entrada em vigor do novo Código Civil



Brasileiro, o prazo prescricional seja o de cinco anos contados da data da ocorrência da violação.

Dada a mudança das regras prescricionais, agora do próprio Código Civil, a regra acima valerá para todas as ações ajuizadas em razão de violações a direitos autorais ocorridas nos últimos cinco anos de vigência do Código Civil de 1916, isto é, antes de 10/1/2003.

#### **b) Após a Lei 10.406 de 10/1/2002**

Até a entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro de 2003, todas as ações intentadas contra a violação de direitos sobre obras intelectuais prescrevem em 05 (cinco) anos. A partir da vigência da nova lei, o quadro é outro.

Revogada a norma do inciso VII do § 10º do art. 178 do código anterior, dispõe genericamente o novo legislador civil no art. 205: “*A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor*”. E nos incisos IV e V do § 3º do art. 206, comanda a prescrição baseada tanto em enriquecimento sem causa, como na pretensão reparatória civil a 03 (três) anos.

Observa-se, então, que legislador com a definitiva exclusão de qualquer capítulo dedicado aos direitos autorais ou à propriedade industrial, deixou, coerentemente, de mencionar as regras sobre a prescrição desses direitos em dispositivo próprio.

Como a grande maioria das ações por violação de direitos autorais é de natureza indenizatória, estas ações passam a prescrever em 03 (três) anos, contados da data da ocorrência da violação. Entretanto, outras ações fundadas especificamente em violações de direitos patrimoniais de autor, diante da omissão do texto da Lei 9.610/98 deverão prescrever em 05 (cinco) ou 10( dez) anos, o que a jurisprudência deverá definir.

Já as ações cíveis de cobrança de dívidas fundada em quebra de contrato, pelo uso lícito de obra autoral, prescrevem em 05 (cinco) anos ( art. 206, § 5º, I), não indicando o legislador civil seu termo inicial.

## 7. Critérios de Indenização nas Execuções de Sentenças Cíveis Condenatórias em Violação a Direitos de Autor

Procede-se à liquidação quando a sentença não determinar o valor ou não individuar o objeto da condenação (art. 603 do CPC). Dentre os modos de liquidar uma sentença – cálculo do contador, liquidação por artigos e arbitramento – este último é o frequentemente adotado em virtude de lesão aos direitos autorais, dado que provêm da prática de atos ilícitos aos quais se aplicam as regras dos arts. 1056 a 1061 do Código Civil de 1916, e 389 a 407 do Código de 2003.

Quando o infrator é o duplicador, o reproduzidor ou o distribuidor que faz da pirataria atividade comercial, o legislador prevê uma fórmula de sanar os prejuízos materiais com a regra do art. 103 e seu parágrafo *Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para esses os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendidos. § único – Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.*

Pode o demandante pedir, desde logo, a condenação determinando o valor com base na informação do número de exemplares contrafeitos quando for conhecido, ou em número de 3.000 (três mil) exemplares quando o número dos contrafeitos for desconhecido, independentemente dos eventualmente apreendidos.

Mas como adianta o legislador, a regra se aplica a quem “edita” a obra, numa expressão que deixa a desejar, posto que não só destinada a quem edita, mas, principalmente, a quem reproduz comercialmente, com fraude, a obra protegida. É que quer o legislador, claramente, identificar a atividade ilícita de industrialização ou de comercialização de obras protegidas sem autorização, destacando-a do uso irregular.

Esse número de 3.000 exemplares refere-se ao mínimo indenizável a título de perdas e danos, piso esse estabelecido pelo “caput” do art. 107, que além de elencar outros atos infracionais pune o violador do direito autoral no campo cível com a pena de perda dos equipamentos, além do prejuízo mínimo fundado no número exato de exemplares contrafeitos. *Art. 107 – Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no artigo 103 e seu parágrafo Único, quem: I – alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira,*

*dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia; II – alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia; III – suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos; IV – distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções; exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.*

O critério de três mil exemplares, pode amparar outros tipos de critérios de indenização, na ausência de outros, e dependendo da natureza da violação.

Durante muito tempo, as ações fundadas em violações de direitos autorais no Brasil, e reconhecidamente procedentes na fase de conhecimento, representavam verdadeiras vitórias de Pirro, porque nas execuções de sentença os valores arbitrados em condenação eram irrisórios, reduzindo a vitória ao plano moral. Da década de 1970 em diante, os Tribunais passaram a rever seus conceitos e condenações, mas demoraram muito a aplicar a regra da lei especial, baseado, como nas antigas disposições sobre propriedade literária, artística e científica do Código Civil, na própria apuração dos exemplares contrafeitos.

Esse critério da lei é amparado por antigo, e atualíssimo, acórdão do STF. No Recurso Extraordinário nº 56.904 (SP), julgado em 06/12/65, sendo Relator o Ministro Victor Nunes Leal, por unanimidade, foi decidido em brilhante voto daquela máxima autoridade judiciária:

“A autorização do comentador, que é o recorrente, era tão essencial, no caso, como a do tradutor. Portanto, a reimpressão da obra conjunta sem o seu consentimento configurou ato ilícito, nos termos do C. Civ, art. 669, que emprega palavras mais vigorosas: “reprodução fraudulenta”. Do exposto resulta que, em princípio, caberia ao recorrente uma indenização correspondente ao ‘valor de toda a edição’, como dispõe o citado artigo, ainda que tivesse havido consentimento expresso ou tácito do tradutor. Essa conclusão se impõe, em primeiro lugar, porque o tradutor – já o vimos – não poderia, isoladamente, autorizar a reprodução. Em segundo lugar, ela se impõe igualmente, porque a indenização do art. 669 não tem caráter

apenas reparatório do direito autoral, que o autor receberia, se houvesse autorizado, regularmente, a impressão. Essa indenização também visa a punir o “transgressor”(art. cit., parágrafo único), isto é, o autor do ilícito, que a lei qualifica de fraude. Não há, pois, necessária correspondência legal entre o prejuízo econômico do autor (ou tradutor, ou comentador) e a indenização do art. 669. se assim fosse, a lei mencionaria perdas e danos. Mas ela fixa a indenização no ‘valor de toda a edição’, com sentido punitivo, tendo em vista que ao autor cabe o “direito exclusivo’ de reproduzir a obra (art. 649), o direito de modifica-la, mesmo em caso de cessão de direito autoral (artigo 659), e o direito de impedir, mediante apreensão, que a obra circule, (art. 672). São emanções do direito do autor, que não é apenas material, mas também moral. Ficaria abalado esse sistema legal, se a reprodução fraudulenta ou ilícita desse lugar apenas a uma reparação pecuniária equivalente ao que ele receberia, se houvesse concordado com a reprodução. A consequência do ato vedado não pode ser a mesma do ato permitido, sobretudo quando há implicações de ordem moral. Por isso, a lei dá ao autor o direito de apreender os exemplares existentes e o de receber uma indenização equivalente ao “valor de toda a edição”, à base do preço que teriam os exemplares “genuínos”, isto é, só autorizados regularmente, deduzindo-se o valor dos que tenham sido apreendidos”

Duas diretrizes se extraem do famoso julgado: a) a de que não poderá existir fixação de indenização judicial com base, apenas, no mesmo valor eventualmente estipulado pelo autor caso fosse previamente consultado sobre o tipo de utilização, e desse sua autorização; b) a de que, tratando-se de contrafação de exemplares, os juízes não poderão escusar-se à apuração de valores calculados sobre esses mesmos exemplares para fixar a condenação.

Determinada uma liquidação de sentença por arbitramento, é preciso compor monetariamente as perdas e danos. Os componentes das perdas e danos, nos termos do art. 1059 do Código Civil de 1916, e no art. 402 do Código de 2003, devem abranger, além do que o autor efetivamente perdeu, o que ele razoavelmente deixou de lucrar, isto é, o dano emergente ou positivo, e o lucro cessante, ou dano negativo. O dano emergente consiste num *deficit* real ocorrido no patrimônio do credor-autor, enquanto que o lucro cessante corresponde a uma privação de ganho pelo autor, ou, o *superavit* que ele deixou de auferir em função do descumprimento da obrigação pelo infrator (RT 494/133).

Sobre o dano emergente, a perda positiva do autor, dúvida não resta: à parte correspondente no valor de face de todos os exemplares

contrafeitos, apreendidos ou não, e, na ausência do número exato, a base de cálculo será o valor de exemplar (custo mais lucro) multiplicado por três mil.

A regra vale para as violações que se configurem através de números de exemplares, ou de transmissões, ou de armazenamento por meios eletrônicos e digitais, das reexibições não consentidas, seja do lesado em relação ao meio de comunicação, seja deste em relação ao concorrente, entre outras.

Quanto ao lucro cessante, isto é, a perda de um novo ganho resultante da normal exploração de sua criação, o critério de apuração para quantificação da indenização é o do valor da prestação de serviços, ou o de um percentual incidente sobre a receita publicitária, ou o do faturamento, dependendo da modalidade de infração, e do maior ou menor renome do lesado. Para o que o titular do direito razoavelmente deixou de lucrar, o raciocínio do legislador é baseado numa ordem negativa: se não tivesse perdido a oportunidade de criar, ou de ter a sua obra exibida, o autor ou artista embolsaria um outro *cachet*, ou um outro percentual qualquer incidente sobre o mesmo, ou sobre outro valor, vez que a ele incumbe a fixação do preço para utilização da sua criação. Veja-se o caso do ator que, em função da reexibição não consentida de antigo anúncio comercial de que tenha participado, perca, ou tenha rescindido, um novo contrato de exclusividade para atuações em anúncios comerciais, de outro anunciante, daquele mesmo segmento de mercado. Ou o caso de autor de texto literário que cedeu direitos de adaptação para cinema, em fase de produção, e que vê sua obra sendo exibida em forma de novela. Ou, ainda, o caso do compositor de música, que cedeu direitos de música feita para compor trilha sonora de novela, e a descobre sendo comercializada sob a forma de CDs.

A Jurisprudência, de seu turno, estabelece diversos critérios de apuração de valores indenizatórios, com base ou não no art. 103 da lei atual, art. 122 da lei revogada, variando em função do tipo de violação constatada. São exemplos significativos os julgados abaixo. Ementa: *Direito de Autor. Lei 5.988/73, art.122. Uso desautorizado de obra poética em gravação que se distribui gratuitamente à classe médica para propaganda de laboratório farmacêutico. A base de cálculo de indenização devida ao autor, vítima do ilícito, não é o preço de custo da gravação, mas seu valor econômico, que, no caso, a judiciousa sentença de 1º grau apurou levando em conta o valor de mercado de produtos congêneres. Hipótese de provimento do recurso do autor para reforma do acórdão no ponto em que modificou a sentença, reduzindo o montante indenizatório.* (STF - RE

102.963-3 – RJ – 2ª T. – j. 21.10.86 – rel. Min. Francisco Rezek – DJU 21.11.86) Ementa: *Direitos autorais. Ação ordinária. Execução de sentença. Incidência do veto do art. 325,VI, do Regimento Interno. Alegação de ofensa ao princípio da irretroatividade das leis ( CF, art.153, §3º). Matéria não prequestionada. O aresto impugnado, se efetivamente desprezasse o comando do parágrafo único do art.122 da Lei 5.988/73, teria ido contra a coisa julgada. Contudo, se o livro teve uma edição de 2.000 exemplares – o mesmo número estabelecido, por presunção, no referido parágrafo único – não se justifica o conhecimento do extraordinário. Não extrapolou os limites da coisa julgada o acórdão recorrido ao determinar que se leve em conta a influência promocional que possa ter exercido o livro na vendagem da obra maior. Recurso extraordinário não conhecido.*(STF - RE 104.860-3 – SP – 2ª T. – j. 31.5.85 – rel. Min. Francisco Rezek – DJU 27.9.85) Ementa: *Ação de Indenização – Direito Autoral – Rejeição, por inconsistência, das preliminares argüidas pela ré, pois incorrente o alegado cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide e com a condenação da mesma em importância certa e determinada, quando ilíquido o pedido – Matéria de mérito, corretamente resolvida pela respeitável sentença recorrida, já que comprovada a violação do direito autoral, com a utilização e publicação da obra fotográfica do autor, sem a devida autorização – Artigos 25, II, da Lei n.º 5988/73 e 5º, XXVII, da Constituição Federal – Apuração do quantum debeatur, em liquidação de sentença e observado o preceituado pelo art.122, § 3º, do Código de Processo Civil – Improvimento do recurso da ré a provimento, em parte, do interposto pelo autor. (TJSP - Apelação Cível n.º72.750-4 – São Paulo – 3º Câmara de Direito Privado – Relator: Antônio Manssur – 2.3.99 – V.U.) Ementa: *Direito Autoral – ECAD – Parte legítima para promover ação de cobrança – Questão pacífica no Superior Tribunal de Justiça – Desnecessidade de comprovação de filiação e autorização dos compositores para seu ingresso em juízo – Utilização de obra musicais, sem autorização dos autores, em bailes carnavalescos realizados nas dependências da ré, mediante cobrança de ingresso – Verba reclamada devida – Existência de lucro – Artigo 73 da Lei n.º 5.988/73 – Há tabelas com critérios de avaliação e cobrança estabelecidos previamente no regulamento de arrecadação – Na debeatur inequívoco – Valor da condenação – Critério de enquadramento – Aplicação do método de cobrança por participação percentual sobre a receita bruta – Quantum debeatur a ser apurado em liquidação – Ação procedente em parte – Recurso provido para esse fim. (TJSP - Apelação Cível n.º 54.438-5 – São Paulo – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Eduardo Braga – 24.2.00 – V.U.) Ementa: *DIREITO AUTURAL – Violação – Videofonogramas reproduzidos sem autorização dos titulares dos direitos sobre as obras –***

*Perda dos exemplares fraudulentos editados – indenização por perdas e danos devida – Verba a ser arbitrada de acordo com o valor a que os titulares fariam jus caso as fitas tivessem sido regularmente cedidas ou alienadas – Inaplicabilidade do parágrafo único do art. 122 da Lei 5.988/73. (TJSP) RT 629/105.*

No caso da obra coletiva, o montante apurado, deverá ser dividido proporcionalmente entre os titulares, autores ou artistas, obedecendo ao critério “pro rata”.

No caso específico dos programas de computador, apenas na hipótese de atos de pirataria, qual seja a de atividade mercantil irregular de reprodução de programas pode haver condenação pecuniária no valor de face de três mil exemplares. No caso de ações que comprovem o uso irregular, e não a compra e venda, a base de cálculo será a do número de computadores vistoriados, frente ao número de programas ou licenças existentes em nome do usuário.

Um outro critério inspirado na lei geral pode nortear as indenizações baseadas em violações a direitos autorais, por infrações cometidas sob os últimos cinco anos de vigência do Código Civil de 1916: é o contido no art. 948 do Código Civil de 1916, segundo o qual nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado.

As violações de direitos morais de autor devem obedecer aos mesmos critérios de aferição dos direitos patrimoniais, cumulando-se as indenizações.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 13575/SP, 3ª Turma, Rel. Nilson Naves, j. 30/06/92, v.u., *in verbis*, Ementa: *Direito Autoral (Lei 5.988/73). O autor de obra intelectual é titular de direitos morais e patrimoniais (art. 21). Depende de autorização qualquer forma de utilização de sua obra (art. 30). Ocorrendo ofensa a ambos os direitos, cumulam-se as indenizações. Caso em que se reconheceu, também, a lesão de direitos patrimoniais. Recurso Especial, por isso, conhecido e provido em parte.*

Interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido pela Décima Câmara (F-A) de Direito Privado, nos autos da Apelação Cível nº 243.085-1/3, aos 17/12/96, sendo Relator o Des. Roberto Stucchi, estabelece correlações entre as violações de direitos morais de autor (e não de ofensa moral, não ocorrida) e o art. 920 (atual 412) do Código Civil:

*“Direito de Autor. Publicação de fotografia em revista sem autorização e crédito do nome do fotógrafo. Comprovada a autoria da obra. Dever de indenizar daquele que se utilizou desautorizadamente. Danos patrimoniais e morais reconhecidos, equivalendo os últimos ao dobro do valor encontrado para os primeiros. Inteligência do art. 920 do Código Civil. Recurso do autor parcialmente provido, com observação relacionada à apuração do quantum devido em liquidação futura. Improvido o recurso da ré.”*

O trecho onde se demonstra a inteligência do art. 920 citado, acolhendo a previsão de violação de direito moral, é o seguinte: *“ O valor dos danos morais deverá obedecer a norma do art. 920 do Código Civil, que dispõe que “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal” pois o que se extrai do citado dispositivo é a preocupação do legislador em estabelecer um equilíbrio entre a premiação e a pena: se não se pode premiar o devedor com a conduta ilícita, igualmente não se pode castigá-lo com uma pena que, em resumo, traria enriquecimento sem causa para o credor.”* Em seguida, arbitrou valor de indenização pelos direitos morais violados no dobro do valor apurado pela violação dos direitos patrimoniais.

Além da composição em perdas e danos decorrentes das violações de direitos morais de autor, a jurisprudência tem, igualmente, adotado a divulgação de correções da omissão ou do equívoco na condenação, como ocorreu na Apelação Cível nº 205.729-1, São Paulo, de 29.03.94, que a par de reconhecer o direito do tradutor à indenização por perdas e danos em violação ao disposto no art. 25, II da Lei 5.988/73, correspondente ao art. 24, II, da lei 9.619/98, decidiu pela *obligatoriedade, ademais, da inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos e comunicação em jornal de grande circulação, divulgando os nomes dos autores como tradutores da obra.*



## CAPÍTULO 10

### DOS DIREITOS CONEXOS AOS DE AUTOR

#### 1- Definição e Natureza

Direitos conexos podem ser definidos como direitos de conteúdo não autoral aos quais se reconheceriam direitos patrimoniais equiparados aos de autor, pelo fato de seus titulares atuarem e difundirem obras autorais.

Delia Lipszyc<sup>72</sup> ensina que os direitos conexos possuem ampla analogia com os direitos de autor, mas que com estes não se confundem, e explica que a diferença “parece dever-se mais às resistências que sempre surgem no reconhecimento de novos direitos – e que induzem a recorrer a assimilações a direitos já consagrados – que à resistência real de semelhanças, pois o objeto da proteção são atividades que, nas palavras de Desbois – concorrem para a difusão, não à criação de obras literárias e artísticas.”

Os chamados direitos conexos aos de autor, conhecidos como direitos vizinhos (*neighbouring rights, droits voisins*) na terminologia estrangeira, estão assentados em um tripé: artistas, gravadoras de discos e emissoras de rádio e televisão. À parte os artistas, os dois outros titulares desses direitos exercem o papel de multiplicadores e difusores das obras, encarregando-se de distribuí-las através de canais de venda, ou outro modo qualquer de acesso à obra autoral. O mesmo papel exercem as editoras gráficas e musicais, às quais, no entanto, coube tratamento diverso reservado pelo legislador, que sempre as igualou aos próprios autores, equiparando-os no processo criativo.

Como o livro foi o primeiro suporte corpóreo da criação literária humana em caráter industrial, as relações editor-autor ficaram historicamente atreladas, e foram sempre tratadas como um mesmo direito. Em função do surgimento posterior de tecnologias que permitiam, não só a propagação do escrito, mas principalmente do som e da imagem, em velocidade maior que a da distribuição de livros, e em linguagem universal, mais voltada ao entretenimento que à cultura, criou-se uma categoria à parte de proteção representada pelas gravadoras de discos, rádios e televisões.

---

<sup>72</sup> Obra citada, p.348

Houvesse rigor técnico no tratamento legal dispensado aos diversos integrantes do mundo autoral, editores, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, estariam todos do mesmo lado, beneficiários não de um direito autoral, mas de um direito que lhes é tangente, vizinho, conexo. Mas não é isso que acontece: editores são, em todo mundo, titulares de direito autoral, enquanto artistas, gravadoras e rádio e TV o são de direitos vizinhos, ou conexos.

Explicando as diferenças, afirma Antequera Parilli<sup>73</sup>: “E as diferenças surgem, desde as mesmas características do titular (que no caso do artista é sempre uma pessoa física, enquanto que nos demais direitos vizinhos, em geral, é uma pessoa jurídica), passando pelo objeto protegido, pois no direito dos intérpretes se trata de uma expressão espiritual, ou intelectual, que está constituída por uma contribuição pessoal, enquanto a tutela a produtores e radiodifusores se dirige a garantir o êxito de atividades fundamentalmente industriais e comerciais, como meios facilitadores da difusão das obras de engenho e das prestações artísticas, até chegar ao conteúdo mesmo dos direitos, pois, nos dos artistas, pelo importante conteúdo pessoal existente, se reconhecem tanto direitos de ordem econômica, como de natureza moral, enquanto que nos produtores e radiodifusores, a proteção se orienta a assegurar-lhes um proveito econômico pela utilização de suas produções e emissões, respectivamente.”

Direitos distintos correspondem a distintas naturezas. Há nítida diferença entre a natureza dos direitos dos artistas e intérpretes, e a dos empresários de fonogramas, e de radiodifusão. Lipszyc<sup>74</sup>, entende que a natureza jurídica do direito conexo do artista repousa em uma prestação pessoal, a uma atividade artística. Walter Moraes<sup>75</sup>, ensina que o “objeto sobre o qual incide a tutela da lei é a execução de obra literária, artística ou científica”, e que o bem objetivado pelo artista, sujeito de um direito exclusivo, “só pode ser uma atuação artística.” Quanto à natureza do direito conexo dos produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão, parece não haver dúvidas: trata-se de uma prestação de serviços, vinculada a uma atividade de difusão de obras autorais, quando não organizadores de obras coletivas, condição esta que remete apenas os empresários de radiodifusão à categoria de autores/titulares de obra coletiva.

---

<sup>73</sup> Los Derechos de Los Artistas Interpretes o Ejecutantes. Num Novo Mundo do Direito de Autor? Tomo II, p. 566

<sup>74</sup> Obra citada, p.373

<sup>75</sup> Artista Intérpretes e Executantes, pp. 56/57

Os direitos patrimoniais conexos aos de autor, além de todos os demais que impliquem qualquer forma de comunicação pública, e que lhes são atribuíveis, constituem-se, também, dos seguintes e específicos direitos:

- de fixação, reprodução, radiodifusão e disponibilização exclusivos dos artistas intérpretes, musicais e não musicais, em relação às suas respectivas interpretações e execuções;
- de reprodução, distribuição, locação, execução pública, ou qualquer outra modalidade de utilização dos produtores de fonogramas em relação aos seus próprios fonogramas;
- de fixação, transmissão e reprodução, das empresas de radiodifusão em relação às suas emissões, diretamente, ou através de outras empresas de radiodifusão.

## **2. dos Direitos Conexos dos Artistas, Intérpretes e Executantes**

A regulamentação jurídica dos direitos dos artistas intérpretes ou executantes congrega a Convenção de Roma; a disposição constitucional da letra b), inciso XXVIII, art. 5º; os arts. 90 a 92 da lei 9610/98; o art. 13 da lei 6.533/78, e algumas poucas referências na lei dos músicos, a lei 3.857/60.

A interpretação do artista dá-se ao vivo, ou gravada. A primeira funde trabalho com criação artística, enquanto que a outra só registra esta última. Os direitos conexos estão voltados aos aspectos da interpretação fixada. As normas de direitos conexos não estabelecem distinção entre intérpretes musicais (músicos e cantores) e intérpretes dramáticos, ou dramático-musicais (atores).

A doutrina, escassa, dedicou algumas linhas à questão da nomenclatura: que são artistas intérpretes, e o que são artistas executantes?

Walter Moraes<sup>76</sup>, em sua tese acadêmica, chega à conclusão de que os artistas poderiam ser classificados em três categorias: a do autor, a do

---

<sup>76</sup> Artistas, Intérpretes e Executantes, pp. 95/ 96

músico e a do bailarino, que corresponderiam aos três gêneros das artes dinâmicas, a poesia, a música e a dança. E, à vista da índole da lei, conclui que “artista é todo aquele que atua esteticamente uma criação do espírito.” A lei, no entanto, fala apenas em artista intérprete e artista executante.

Para Antônio Chaves<sup>77</sup>, “são artistas intérpretes os que desempenham obras literárias, líricas ou teatrais; são executores os que cuidam de obras musicais”. Walter Moraes<sup>78</sup> critica a distinção, por não atender mais à nomenclatura da lei vigente. Parte de outro critério para conceituar os institutos: a interpretação seria espécie de que execução é gênero. “Execução é ato e efeito de atuar uma criação do espírito”. Identifica uma ligação espiritual e criadora entre intérprete e obra interpretada, como uma emanção protegida de sua personalidade. Todo artista é executante: objeto da tutela jurídica é a execução, tendo o executante direito sobre um bem material, destacado de sua personalidade, mas nem todos são intérpretes. Intérprete é o que confere uma aura própria e diferenciada a seu trabalho, porque cria algo destacado deste, e que a ele se encaixa como um invólucro.” E complementa<sup>79</sup>, que “se é certo que a execução ou interpretação protegida é essencialmente a que encerra desempenho artístico, é certo também que nem toda execução de obra artística implica, necessariamente, atuação artística. O homem que gira a manivela de um realejo e executa melodiosos trechos líricos, capazes de enternecer a redondeza, não opera, todavia, artisticamente, nem é um executante no sentido de titular de um direito à execução.”

A importância, portanto, da distinção repousa no ato de conferir-se à interpretação o atributo da criatividade. Com efeito, a obra do artista intérprete é uma criação original do espírito, devendo ser protegida à parte do esforço físico e pessoal do trabalhador intelectual. Pode representá-la ao vivo, e a criação renova-se e esgota-se em cada representação. E podem fixá-la num suporte mecânico para exposições posteriores. A partir da fixação, é uma obra autônoma que, em função de sua utilização, e da possibilidade de multiplicação, confere direitos patrimoniais ao seu titular, que é o artista intérprete.

As disposições de Roma foram acatadas pelo legislador brasileiro, quase que na íntegra, pela lei nº 4.944 de 6/4/66, revogada pela lei atual, a 9.610/98.

---

<sup>77</sup> Direito Autoral de Radiodifusão, p. 233,

<sup>78</sup> Questão de Direito de Autor, p. 45

<sup>79</sup> Obra citada, p.59

Roma, ao invés de garantir aos artistas um direito positivo, facultou aos intérpretes o exercício de um direito negativo: o de impedir, tanto a fixação quanto a reprodução, em suporte material sem o seu consentimento (nem a TV poderia transmitir um espetáculo teatral na íntegra se não avalizado pelos artistas, nem qualquer produtor fonográfico poderia distribuir e executar uma gravação de cantor sem o consentimento dele). O mesmo direito de impedir foi estendido às reproduções/utilizações das atuações dos artistas para finalidades diferentes daquelas para as quais eles haviam dado o seu consentimento (se a autorização para a gravação fosse dada para exibição em território nacional, a exibição na Argentina estaria impedida).

A Lei nº 9.610/98 absorveu as principais disposições da lei revogada, e ampliou o campo da tutela aos artistas, intérpretes e executantes no capítulo especialmente a eles dedicado, e no capítulo que trata da comunicação ao público, como resultado do consenso internacional sobre a matéria.

Avançou nessa proteção, e o melhor exemplo é o trazido pelo art. 90 onde o artista passa a ter não mais a *possibilidade de impedir*, mas o direito de autorizar ou proibir com exclusividade a fixação, a execução pública, a locação, a reprodução de suas interpretações, assim como a radiodifusão delas, ou qualquer outra modalidade de utilização de suas obras, colocadas ou não à disposição do público.

Esse direito, no campo da produção audiovisual, é inequívoco: implica consentimento para sua utilização econômica (art. 81, § 1º), sepultando de vez o impedimento, de conotação negativa, pela autorização de conteúdo econômico.

O que mudou com a lei 9.610/98, foi a natureza do direito do artista em relação às fixações (gravações) de suas interpretações ou execuções (representação de um personagem dramático, ou, interpretação de uma melodia): antes não era possível ao intérprete recusar-se à gravação, antecipadamente, o que equivale dizer dispensável era sua autorização prévia para tanto. Cabia-lhe impedir (o *mettre obstacle* da Convenção de Roma), a divulgação da interpretação gravada, e colocar obstáculos às finalidades não consentidas. Hoje, não pode haver gravação sem prévia autorização, momento em que são contratadas todas as condições de uso da interpretação fixada e a ser difundida, e a respectiva distribuição.

Entre um (lei nº 4.944/66) e outro (lei nº 9.610/98) diploma jurídico, como tentativa de controle de suas próprias obras, os artistas dramáticos

conquistaram através de um estatuto laboral, a Lei nº 6.533/78, um outro direito: o de não ceder os direitos conexos, se decorrentes de uma prestação regular de serviços, e o de receberem rendimentos por cada exibição das suas gravações .

Concedendo, por outro lado, proteção à reprodução da voz e da imagem do artista quando associadas às suas atuações (parágrafo 2º, art. 90), impede o legislador que a empresa de radiodifusão, ou o produtor de fonogramas, façam uso não remunerado do personagem por ele interpretado.

As normas mais importantes e esclarecedoras a disciplinar as relações entre empresas de radiodifusão, produtoras de obras audiovisuais e artistas, encontram-se no artigo 91, e podem assim ser sintetizadas:

- a) toda e qualquer interpretação artística há que ser autorizada para sua *fixação* original, acabando com dúvida sobre se a autorização era necessária somente para a publicação de obra interpretada;
- b) o uso público dessas fixações há que ser convencionado em contrato, o qual preverá o número exato de emissões, descabendo quaisquer presunções em contrário;
- c) quaisquer outras utilizações além daquele número previsto em contrato serão consideradas **reutilizações**, incluindo as retransmissões das emissões originais;
- d) reutilizações, no país ou no exterior, só serão lícitas se: a) consentidas *a priori* pelos artistas e pelos demais titulares dos bens intelectuais (escritores, compositores, artistas plásticos, cenógrafos, etc.), através de contrato; b) paga uma remuneração adicional *a posteriori* aos artistas e demais titulares de bens intelectuais, com base no número exato das reutilizações.

Como uma limitação ao direito dos artistas e aos das empresas de radio e TV, mas à vista do interesse público, o legislador, no art. 91 da lei 9.610/98, faculta às empresas de radiodifusão o depósito dessas fixações, para conservação em arquivos público, independente de novas autorizações, numa saudável contribuição para o registro e a memória audiovisual do país.

Essas regras valem tanto para os artistas contemplados pela Lei nº 6.533/78, como pelos não amparados por ela, como cantores e músicos, todos titulares de direitos conexos.

Muito embora as disposições relativas aos direitos de autor sempre fossem aplicáveis aos direitos dos artistas, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão, foi o artigo 92 da lei em vigor que tratou de tutelar, pela primeira vez, e expressamente, os direitos morais dos artistas, intérpretes e executantes em relação à integridade e à paternidade de seu desempenho artístico. Suas interpretações, execuções, no entanto, poderão ser editadas, suprimidas, reduzidas ou dubladas (mas não desfiguradas) pelo produtor, sem que essas alterações firam os direitos morais artísticos.

Finalmente, a nova lei veio a atender um problema de ordem prática, contemplado no parágrafo único, artigo 92: o falecimento de qualquer participante de obra audiovisual, concluída ou não, não obsta sua exibição e seu aproveitamento econômico, nem exige autorização ou remuneração adicional, continuando devidos os respectivos pagamentos até a última exibição.

### **3. Dos Direitos Conexos dos Produtores de Fonogramas**

O artigo 93 da lei 9.610/98 estendeu aos produtores de fonogramas direitos exclusivos, previsão constitucional anteriormente dirigida somente aos autores de obras intelectuais, e não aos titulares. Fez o mesmo com as empresas de radiodifusão no art. 95.

Ora, sendo o intérprete detentor de um direito **exclusivo**, e o produtor fonográfico de outro (assim como os organismos de radiodifusão), não estaríamos diante de um choque de “exclusividades”, com prejuízo de um deles? Não, segundo João Carlos Müller Chaves<sup>80</sup>, que afirma não concordar “com a tese de que quando sobre um mesmo objeto (ou sobre o objeto que o contém) concorrem dois direitos exclusivos, a exclusividade desaparece. Sobre arranjos e traduções concorrem os direitos de autor e o do arranjador ou tradutor. Na maioria das legislações, inclusive naquelas que se baseiam no *droit d’auteur*, o produtor cinematográfico, seja ou não considerado co-autor, detém a titularidade dos direitos patrimoniais sobre a obra. Até no campo das coisas materiais pode haver concorrência de exclusividades, como no caso da co-propriedade.”

---

<sup>80</sup> Os produtores de Fonogramas. Num Novo Mundo do Direito de Autor?, Tomo II, p.581

O produtor de fonogramas, na definição do inciso XI do artigo 5º da lei 9.610/98, é a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado. Refere-se a norma à *primeira* fixação de um determinado fonograma, porque uma mesma composição musical com outro arranjo ou outro intérprete configura **outro novo** fonograma. O produtor fonográfico é aquele que organiza a confecção e a produção das obras musicais, e aquele que realiza as gravações.

Sua atividade consiste na fixação de sons, ou de uma representação de sons, disponibilizada ao público por qualquer meio ou procedimento distinto do relacionado à distribuição de exemplares. Trata-se de uma atividade empresarial que mescla prestação de serviços com comercialização de produtos. A evolução do conceito de simples gravadora para o de produtora deu-se a partir de quando essas empresas assumiram o papel de organizadoras dos diversos segmentos em que se subdivide a atividade criativa, que resulta na obra musical pronta e acabada para ser impressa em exemplares.

No exercício dos direitos conferidos pela lei atual, cabe ao produtor de fonogramas:

- a) autorizar a reprodução integral de seu fonograma, obra que resulta da soma de diversos direitos como o do arranjador, dos músicos, dos executantes, dos solistas, dos compositores de letra e música, e dos técnicos responsáveis pelas emissões dos sons captados;
- b) autorizar a venda ou aluguel dos discos, CDs, fitas cassetes já gravadas e disponibilizadas ao público nas lojas ou pela Internet;
- c) receber direitos patrimoniais através do ECAD das músicas executadas em rádio, TV, shows, e em espetáculos teatrais, ou em qualquer local de frequência coletiva;
- d) repartir com os artistas, de acordo com os respectivos contratos, os créditos pecuniários resultantes de todas essas operações de utilização pública de seus fonogramas, incluindo execução e venda de discos.

Por direito exclusivo que os produtores de fonogramas têm de autorizar ou proibir (art. 93) a reprodução direta ou indireta de seus fonogramas, entenda-se, entre outras hipóteses, a gravação e a distribuição de seus fonogramas, sem o seu consentimento, diretamente extraídas de seus suportes (fitas, CDs) ou compiladas de outros suportes (filmes, MP3, videoclips) para comercialização.



De acordo com o artigo 80 da Lei nº 9.610/98, ao publicar o fonograma, o produtor obriga-se a mencionar em cada exemplar, o título da obra incluída e seu autor; o nome ou pseudônimo do intérprete; o ano de publicação; o seu nome ou marca .

Com origem na Convenção de Roma, nossa lei confere ao produtor de fonogramas o direito de autorizar ou proibir a reprodução, parcial ou integral, a venda ou locação, a execução pública ou outros modos de utilização de seus fonogramas (art. 93, I). Entretanto, no que tange às reproduções parciais, encontra-se o direito derogado face ao disposto no inciso II , do art. 46.

A atividade da indústria fonográfica pode ser dividida em três segmentos: o da produção propriamente dita, o da duplicação e o da distribuição. A primeira compreende toda a produção da obra musical, desde a escolha da composição musical até a gravação em estúdio, e que resulta no fonograma. Essa fase corresponde ao grande custo da atividade, no qual se concentra a maior parte do investimento, e que, apesar de se caracterizar como obra coletiva, não figura no rol das obras protegidas do art. 7º da lei especial. A segunda, a de prensagem, é feita pelos fabricantes de discos, e não pelo produtor fonográfico, e constitui a reprodução em exemplares das matrizes onde estão fixadas as obras produzidas. E a distribuição é o modo pelo qual o produtor de fonogramas faz a obra chegar ao consumidor final.

#### **4- Dos Direitos Conexos das Empresas de Radiodifusão**

Cabe às empresas de radiodifusão, por força do art. 95 da lei especial, e sem prejuízo dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação: a) o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões; b) a comunicação ao público pela televisão, em locais de frequência coletiva.

Da norma, baseada em texto similar da Convenção de Roma, extraem-se alguns conceitos necessários à compreensão do instituto. Titular do direito de radiodifusão é a empresa de radiodifusão “que decide as emissões e determina o programa, e o dia e a hora de emissão”<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Le Droit D´Auteur, OMPI, 50, IV, p. 141, apud Delia Lipszyc, p. 401

Objeto do direito de radiodifusão são as emissões, transmissões e retransmissões “*sem fio, inclusive por satélite, de sons ou imagens e sons ou da representação desses, para a recepção ao público, e a transmissão de sinais codificados, quando os meios de decodificação sejam oferecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com seu consentimento*” (art. 5º, XII).

Emissão de radiodifusão, no dizer de Ana Costa Dias<sup>82</sup>, “é todo o conjunto de atividades, levadas a cabo pelo organismo de radiodifusão que, conforme foi referido anteriormente, importa um custo financeiro muito elevado com investimentos em muitas áreas. Engloba atividades como a criação, a planificação, estruturação, a aquisição de bens e serviços, as mais diversas técnicas de difusão, que permitem que o programa chegue ao público.”

Diferentemente da proteção conferida aos produtores de fonogramas, cujos direitos são exercidos sobre uma *res corporea*, as emissões são protegidas independentemente de estarem gravadas em suporte mecânico tradicional. É que na verdade os próprios sinais são o suporte das emissões de Rádio e TV. A captação não autorizada dos sinais, ondas ou outro processo, que caracterize uma emissão, independentemente de seu conteúdo, constitui contrafação, espécie do tipo de violação de direito conexo. É ato conhecido como “pirataria de sinal”.

São as empresas de radiodifusão titulares de direitos conexos quando exercem apenas o papel de condutoras, na função de veiculadoras e distribuidoras de obras de conteúdo autoral, que são as obras audiovisuais protegidas. E são titulares de direitos autorais quando exercem, não atividade típica de radiodifusão, mas atividades semelhantes à de produtores e organizadores de obras audiovisuais, coletivas, em cujo resultado interferem com aspectos criativos.

Por direito exclusivo que têm as emissoras de TV de autorizar ou proibir a fixação (gravação), reprodução (confecção de exemplares) e a retransmissão (nova captação de sinais) entende-se, entre outras coisas, a impossibilidade de qualquer pessoa, física ou jurídica, gravar qualquer programa para fins de comercialização ou utilização, sem o consentimento das empresas de radiodifusão e dos artistas, radialista e intérpretes que neles atuem, ou de exibirem, sob a forma de “telões” a transmissão de sua programação em locais de frequência coletiva.

---

<sup>82</sup> Organismos de Radiodifusão. Num Novo Mundo de Direito de Autor? Tomo II, p.784

Como conciliar direitos exclusivos do autor e os direitos exclusivos dos artistas com os direitos exclusivos das empresas de radiodifusão? Buscando estas últimas as devidas autorizações anteriormente à fixação das obras produzidas para o fim de serem radiodifundidas. A produção de uma obra audiovisual pressupõe a autorização anterior das pessoas físicas criadoras dos textos e das músicas, assim como a autorização dos artistas para sua utilização. Completada a obra audiovisual (obra coletiva) produzida pela empresa de radiodifusão, os respectivos direitos passam a ser exercidos por esta, a qual incumbe autorizar, com exclusividade, seja a transmissão da obra por satélite ou assinatura, seja sua reprodução mecânica.

Os direitos de radiodifusão, diferentemente dos outros dois direitos conexos, os do intérprete e os dos produtores de fonogramas, foram contemplados por Berna, não como um direito do tipo conexo, das empresas distribuidoras de sinais, mas como um tipo de direito exclusivo conferido ao autor *para fins de radiodifundir sua obra*, ao lado dos demais direitos exclusivos de reprodução, de representação, e de execução pública. São os direitos garantidos ao autor de, previamente, autorizar a radiodifusão de suas obras. E não só das primeiras emissões, mas das transmissões e retransmissões delas, uma vez que a cada uma dessas etapas corresponde um número diferente de pessoas fruitoras.

O direito à remuneração eqüitativa e as licenças obrigatórias previstas em Berna desde 1948 não foram contempladas pela lei de 1998. A regulamentação das condições do exercício pelos autores dos direitos de radiodifusão por fio ou sem fio, pelo organismo de origem ou outro ou por qualquer instrumento análogo de transmissão de sinais, respeitado o direito moral do autor e a remuneração eqüitativa, mas independente de autorização prévia, conhecido como licenças obrigatórias, dependerá sempre da legislação interna de cada país.

O art. 11, bis, 3) da Convenção de Berna regula as chamadas gravações efêmeras. *(Salvo estipulação em contrário, as autorizações concedidas nos termos do parágrafo 1 do presente artigo não implicam autorização de gravar, por meio de instrumentos que fixem os sons ou as imagens, as obras radiodifundidas. Entretanto, os países da União reservam-se a faculdade de determinar nas suas legislações nacionais o regime das gravações efêmeras realizadas por um organismo de radiodifusão pelos seus próprios meios e para as suas emissões. Essas legislações poderão autorizar a conservação de tais gravações em arquivos oficiais, atendendo ao seu caráter excepcional de documentação)*

Essas gravações não foram expressamente previstas na lei 9.610/98 como uma limitação ao direito das empresas de radiodifusão, como expressa Berna, mas incorporadas ao nosso ordenamento como uma limitação ao direito conexo dos artistas (art. 91, *in fine*).

Diferentemente dos empresários fonográficos, os empresários de radiodifusão são concessionários de serviço público de competência da União. Suas atividades são regidas pelos art. 52 em diante da Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962, o Código Brasileiro de Telecomunicações, pelo Decreto-lei 236, de 28 de fevereiro de 1967, pelo Decreto 95.744, de 23 de fevereiro de 1988 (TV por assinatura) pelo Decreto 2.108 de 24 de dezembro de 1996, pela Lei 9.612, de 19 de fevereiro de 1998 (Radiodifusão Comunitária), Decreto 2.615 de 3 de junho de 1998, e pelo Decreto 3.451 de 9 de maio de 2000.

## **5. Artistas e outras profissões regulamentadas e suas relações com os Direitos de Autor e os Conexos**

### **a) dos Direitos do Artista Intérprete Não Musical e a Lei 6.533/78**

O sistema positivo brasileiro foi brindado em 24/5/78 com o primeiro estatuto profissional dessa classe especial de trabalhadores, os artistas intérpretes não musicais (artistas cênicos) através da Lei nº 6.533 que, muito embora voltada aos aspectos da relação de emprego disciplinou, através de seu artigo 13, e parágrafo único, os direitos autorais e conexos, decorrentes da prestação de serviços.

Talvez se explique essa longa ausência normativa especial – a CLT, Consolidação das Leis do Trabalho dedicou apenas alguns artigos aos artistas e é de 1943 - pelo fato de ser muito mais antiga a atenção dada ao artista do ponto de vista de sua participação social, enquanto instrumento de expressão do belo e do lazer, do que do ponto de vista de sua pessoa, enquanto trabalhador.

O artista, durante muito tempo, viveu de honrarias e elogios. Esgotado o filão artístico, ou afastado das artes por qualquer contingência normal da existência, o seu estado era de esquecimento e miséria. Essa instabilidade trouxe a necessidade de disciplinar-se o modo e o exercício de seu trabalho.

Como consequência do trabalho do artista, a interpretação foi, por muito tempo, confundida com o dispêndio da energia física posto à disposição do empregador. Mas a evolução da doutrina e da jurisprudência levaram ao entendimento de que criação não se confunde com trabalho, é separada deste e não faz parte da relação de emprego. É distinta, e dela pode dispor o artista da maneira como for convencionado o direito à participação na sua utilização econômica.

Há uma dupla esfera de proteção ao artista, no plano de nossas leis vigentes, que pode, em determinadas situações, existir isolada ou simultaneamente, mas sempre de forma harmoniosa: uma conexa ao autoral, que se relaciona à personalidade do ator, enquanto criador; e outra trabalhista, que se prende ao serviço por ele prestado, sendo ambas de cunho protecionista.

O artista, na definição do legislador laboral (art. 2º, I da Lei nº 6533/78) *é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública.*

O Decreto de nº 82.385 de 5/10/78, que regulamentou a Lei, elencou em seu Anexo as atividades consideradas artísticas, e restringiu o campo de abrangência da lei às atividades mencionadas.

Consideram-se artistas, para fins do exercício da profissão, nos termos do referido Decreto:

- I- Nas artes cênicas: acrobata, adrecista, amestrador, assistente de coreógrafo, assistente de direção, ator, bailarino ou dançarino, cabeleireiro de espetáculos, caracterizador, comedor de fogo, contorcionista, coreógrafo, diretor circense domador, ensaiador circense, ensaiador de dança, equilibrista, excêntrico musical, faquir figurante, figurinista, homem-bala, homem do globo da morte, icarista, iluminador, mágico, *maître de ballet*, malabarista, manequim, maquiador de espetáculo, palhaço, cenógrafo, *strip-tesaer*;
- II- No cinema: assistente do diretor cinematográfico, ator, cenógrafo, diretor de animação, diretor de arte, diretor de arte, diretor de arte de animação, diretor cinematográfico, diretor de fotografia, figurante, figurinista, fotógrafo de cena, maquiador de cinema, montador do filme cinematográfico, roteirista cinematográfico;

- III- Na fotonovela: diretor de fotonovela, redator final de fotonovela;
- IV- Na radiodifusão: ator, figurante.

Desse elenco, nota-se a falta de inúmeros profissionais que exercem funções artísticas, e a presença daqueles que exercem atividades autorais, como é o caso do coreógrafo e do cenógrafo.

Cantor, por exemplo, não é artista, para os fins da Lei 6.533/78, e de seu decreto regulamentador, e como estatuto laboral conta, apenas, com menções nos arts. 29 e 32 da lei dos músicos. Mas é considerado artista para os fins da proteção autoral conexa porque o inciso XIII do artigo 5º da Lei nº 9.610/98 integrou-o em sua definição, ao dispor que são considerados para efeitos desta lei artistas intérpretes ou executantes *todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outra pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore.*

O contrato especial de trabalho do ator de teatro, cinema, rádio e TV, tem por objeto uma prestação de serviços exclusivamente pessoal, subordinada, contínua, comutativa e onerosa.

A relação jurídica de direito conexo do artista intérprete dramático tem por objeto uma execução fixada de caráter personalíssimo, como o de ligar o seu nome à própria interpretação e zelar pela integridade dela, além de ser, também, comutativa e onerosa. Assim, o traço comum entre ambas é a pessoalidade: o contrato só pode ser exercido por aquele determinado ator intérprete, e não por outro. Essa realidade remete a uma questão: pode ocorrer equiparação entre trabalho de artistas? O Tribunal Superior do Trabalho manifestou-se em duas oportunidades sobre o assunto, de forma diferente. São as seguintes: *“No trabalho dos artistas, inviável admitir-se a aplicação do art. 461 da CLT, à vista das características pessoais de cada um, somadas a genial ou a marcante atuação cênica, que envolve, além dos aspectos individuais de execução, a capacidade de atração do público. A impossibilidade de caracterizar igual valor está em que, quanto mais intelectualizado o trabalho, mais difícil se torna encontrar o termo de equiparação. Não se pode, em tais casos, apurar por criteriosos objetivos a igual produtividade e mesma perfeição técnica, por que os trabalhos intelectuais e artísticos não podem ser mensurados como impõe o texto legal”* (TST – RR 2.005/81 – Ac. 2ª T. 1.397/82, 7.6.82 – Rel. Min. Marcelo Pimentel). *“A lei não exclui o direito à equiparação. Na prática fica difícil a constatação dos critérios de equiparação. No entanto, quando a prova, de forma insofismável, leva à conclusão de que o trabalho era*

idêntico e de igual valor, defere-se a equiparação.” (TST – RR – 4.588/79 – Ac. – 1ª T. 3.416/81, 17.11.81 – Rel. Min. Guimarães Falcão).

A comutatividade refere-se à obrigação de fazer (execução da interpretação) do empregado artista intérprete dramático, e que corresponde à obrigação de dar do empresário (salário e direitos patrimoniais). Portanto, a onerosidade também caracteriza as duas relações, salário e direitos patrimoniais conexos, originando-se da mesma relação. Entretanto possuem naturezas completamente distintas.

Salário é a contra-prestação devida pelo empregador ao empregado pela contratação dos serviços, da energia física colocada por este à disposição daquele. Direitos patrimoniais conexos são a resultante econômica do exercício de um direito do intérprete na utilização pública da obra fixada.

Salário é objeto de uma relação jurídica de direito social, de caráter alimentar, porquanto deva atender às necessidades primeiras de sustento do trabalhador e de sua família.

Direitos patrimoniais são objeto de relação jurídica civil, autoral e conexa, e têm caráter creditório porque equivale à exploração de uma *res* de sua propriedade. “E quando se diz direito patrimonial do Autor, quer se significar o direito que incide sobre essa face econômica, abstraída como que artificialmente do valor integral da obra do espírito” afirma Walter Moraes<sup>83</sup>.

Tanto salários quanto direitos patrimoniais conexos são impenhoráveis por expressa disposição legal (art. 649, IV do CPC; e art. 76 da Lei nº 9610/98). O primeiro é de natureza pessoal: a contraprestação de um serviço prestado; o segundo, um rendimento decorrente da exploração de direito real.

Pelo exercício concomitante de funções dentro de uma mesma atividade o artista receberá, com base no disposto no artigo 22 da lei 6.533/78, um adicional mínimo de 40% (quarenta por cento) incidente sobre a função melhor remunerada.

Tanto o contrato de trabalho, como o de direitos conexos, deverão ser escritos. O de trabalho, pela exigência do visto delegada pela lei à entidade sindical representativa da categoria, nos contratos superiores a

---

<sup>83</sup> Obra citada, p. 59

sete dias (Nota Contratual), e o de direito conexo porque nele há que se provar tanto a inexistência da cessão, proibida pelo artigo 13º da lei, como a estipulação dos valores devidos a cada reexibição da obra.

Há uma característica própria do contrato de trabalho do ator, incomum entre trabalhadores em geral, mas comum a titulares de direito autoral, que é a exclusividade. Nos termos do artigo 11º do Estatuto Profissional, *a cláusula de exclusividade não impedirá o Artista ou Técnico em Espetáculos de Diversões de prestar serviços a outro empregador em atividade diversa da ajustada no contrato de trabalho, desde que em outro meio de comunicação, e sem que se caracterize prejuízo para o contratante com o qual foi assinada a cláusula de exclusividade.*

A razão da exclusividade reside na concorrência entre empregadores (empresários de espetáculos, de cinema, de radiodifusão). Funcionando como exceção à regra do artigo 482, “c”, da CLT, favorece o artista frente a outras classes de trabalhadores, mas impede o exercício concomitante das mesmas funções em veículos diferentes. Reflete-se, também nos prazos, como indica o julgado do TRT da 2ª Região (438/80): *“O artista trabalha, por força de sucessivos contratos, com exclusividade para os espetáculos ou novelas contratados, sujeita-se às regras dos contratos de prazo determinado, que se extinguem e se liquidam nos seus vencimentos, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 452 e 453, da CLT”* (TRT – 2ª Reg. 438/80 – Ac. 2ª T. 12.114/80, 1.9.80 – Rel. desig. Juiz Roberto Barretto Prado)

Pode-se afirmar que o contrato de trabalho termina onde o de direito conexo se inicia. Com efeito, esgota-se a relação de trabalho com a energia física colocada à disposição do empregador durante os ensaios, e depois no palco ou no estúdio de gravação. Encerrada a relação sem gravação, isto é, sem a fixação da interpretação da obra, não há que se falar em relação de direito conexo.

Mas, uma vez fixada a interpretação do artista, com sua autorização, num suporte tangível ou intangível, inicia-se sobre esse suporte, essa “res”, uma nova relação, a relação de direito conexo à de autor entre os mesmos sujeitos, ou partes, da relação trabalhista. A relação, então, deixa de ser pessoal para ter um caráter real: a propriedade do autor/trabalhador sobre sua interpretação, e a propriedade do empresário/produtor sobre a obra coletiva, da qual é parte destacável a interpretação artística.

A grande novidade trazida pelo estatuto profissional do artista não foi de caráter trabalhista, mas de caráter autoral e conexo. Ela se



concentrou na norma do artigo 13 e de seu parágrafo único: “*Não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais. Parágrafo único. Os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em decorrência de cada exibição da obra*”

De acordo com a regra, portanto, e a partir da data de vigência da lei, autores em geral e artistas contemplados pelo estatuto, não mais podem ceder seus direitos patrimoniais na constância de uma prestação de serviços, prevendo-se uma remuneração adicional em cada reprodução, apresentação ou exibição do “*corpus mechanicum*”

Submetido o artigo e seu parágrafo, em 21 de outubro de 1980, a uma Representação do então Procurador Geral da República (nº 1031-7 DF) ao Supremo Tribunal Federal, sob alegação de inconstitucionalidade, foi a mesma declarada improcedente, sendo relator o Ministro Xavier de Albuquerque, e da qual se transcreve a seguinte ementa (21/11/1980): “*Direitos autorais e conexos de artistas e intérpretes. A proibição legal da respectiva cessão (art. 13 da Lei nº 6533, de 1978) não é inconstitucional. Representação improcedente.*”

O Ministro Moreira Alves, autor do ante-projeto que resultou na Lei nº 5.988/73, em determinado trecho de seu voto, assim se pronunciou: “Essa norma não retirou do titular do direito autoral ou de direito a ele conexo o direito exclusivo de utilizar-se dele. O que fez, apenas, foi estabelecer a proibição, em favor do próprio titular do direito, de cessão definitiva deste, em qualquer caso, ainda quando o cessionário seja o patrão. Com isso, esse preceito deu efetiva proteção ao titular desses direitos, sabido como é que, nesses casos, o empregador, para celebrar o contrato de trabalho, poderia compelir o autor ou o artista a ceder, de antemão, os direitos patrimoniais sobre a obra ou a representação dramática, propiciando aquele reproduzi-la quantas vezes o quisesse, sem qualquer pagamento a estes”.

O referido julgado, resolveu uma séria questão, mas, suscitou outra: a partir de que momento considerar-se-ia pública a utilização da obra fixada? A partir da primeira, que coroava a relação laboral? A partir da segunda, só de caráter real?

Antonio Chaves<sup>84</sup>, referindo-se à proposta apresentada em reunião da Comissão Jurídica e de Legislação da *Confederation Internationale des Sociétés d’Auteurs et Compositeurs* (CISAC) dois anos antes da lei

<sup>84</sup> Obra criada no âmbito de um contrato de trabalho – Obra sob encomenda, RT, 491, p. 18.

nacional, assim resumiu o conteúdo da norma: “Os efeitos da cessão de tais direitos exaurem-se no primeiro aproveitamento convencionado, até que o resultado obtido possa ser considerado proporcional aos dispêndios efetuados, com a margem de lucro de praxe. Qualquer ulterior aproveitamento implicará o reconhecimento de uma percentagem nunca inferior a 20% nos lucros ou vantagens que resultem da contribuição do comissário ou do empregado.”

Nossa lei não fixou qualquer valor nominal ou percentual, deixando-o à livre negociação entre as partes interessadas, mas, resolveu-se a questão: após a primeira exibição, a cada nova veiculação pública da obra seria devida uma remuneração adicional a cada artista intérprete dramático, na qualidade de titular de um direito real emanado de sua personalidade, e não integrante do salário. Assim, a “publicação” da interpretação do artista ocorreria com a primeira emissão da obra, cujo salário a cobriria. A partir da segunda exibição, ou primeira reexibição, existiria uma relação exclusivamente de caráter real, representada não mais pela pessoa física do artista, mas da gravação de sua interpretação, incluindo voz e imagem. Já não haveria mais que se falar em salário, e sim em direitos patrimoniais conexos, devidos por cada reexibição das gravações.

Inconformados, os empresários, titulares da obra coletiva na definição do artigo 15 da revogada Lei nº 5.988/73 (*quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou coletiva e em seu nome utilizada, a esta caberá a autoria*), vislumbravam contradição entre aquela disposição e a proibição de cessão dos direitos autorais e conexos de seus autores e artistas empregados.

Respondeu a jurisprudência (STJ – Rec. Esp. nº 4875 – Rio de Janeiro – Reg. nº 9086930, sendo Relator o Min. Dias Trindade, em 8/4/91), em ação declaratória movida por TV Globo Ltda. contra ASA (Associação dos Atores em Dublagem, Cinema, Rádio, Televisão, Propaganda e Imprensa), com a seguinte ementa: “*Civil. Direito Autoral. Obra coletiva. Direitos Conexos. A declaração da existência de relação jurídica de uso, gozo e disposição de produção artística coletiva, pela empresa detentora do direito autoral (art. 15, lei 5.988/73), não nega vigência ao art. 13 e seu parágrafo único da Lei 6.533/78 tanto mais quando ressalva os chamados direitos conexos, dos que participaram da execução da referida obra artística.*”

Hoje, o antigo problema encontra-se solucionado e consolidado, face à disposição do parágrafo único do artigo 91 da lei especial posterior, a Lei nº 9.610/98, segundo a qual, *a reutilização subsequente da fixação, no País*

*ou no exterior, somente será lícita mediante autorização escrita dos titulares dos bens intelectuais incluídos no programa, devida uma remuneração adicional aos titulares para cada nova utilização, que veio a definir os rumos das contratações de artistas, sem alterar as normas anteriores. Resulta que nos contratos entre artistas intérpretes empregados, ou não, nas relações com as empresas de difusão, o instrumento deverá prever em seu corpo o número exato das emissões das fixações autorizadas dos artistas. Qualquer número de emissão além dessas previstas em contrato serão consideradas reutilizações ilícitas, a menos que convencionadas no mesmo ou em outro contrato e para as quais se destine um pagamento adicional, independente daquele inicialmente previsto para pagar salários ou número legal das primeiras emissões ou execuções.*

Nos termos do parágrafo primeiro do artigo 81 da Lei 9.610/98, tratando-se de obra audiovisual, a autorização do intérprete faz presumir seu consentimento para sua utilização econômica. Salvo convenção em contrário, a autorização do intérprete pode estar condicionada ao uso não econômico da obra audiovisual. A exceção aí é contratual. A regra vale tanto para intérpretes musicais como para os não musicais.

O presente capítulo tratou das questões, autoral e conexa, frente ao estatuto profissional do artista. Isso não quer significar que qualquer relação de prestação de serviços entre os profissionais arrolados pelo Decreto 82.385 e seus contratantes, só possam ser exercidos em caráter subordinado. Admitem a prática e a jurisprudência que a prestação de serviços possa regularmente ocorrer de forma autônoma ou cooperativada, desde que não se realize em fraude às leis trabalhistas.

## **b) do artista intérprete musical – cantores e músicos**

A disciplina laboral da profissão de músico foi criada no Brasil junto com o órgão fiscalizador do exercício da profissão, e de defesa da classe, a Ordem dos Músicos do Brasil, através da Lei nº 3.857 de 22/12/60.

A Ordem compõe-se de um Conselho Federal, com sede em Brasília, e um Conselho Regional em cada um dos Estados da Federação e Distrito Federal. A estes cabe habilitar os músicos ao exercício legal do ofício, expedindo suas respectivas carteiras profissionais.

O artigo 29 do estatuto profissional relaciona os músicos profissionais, dentre os que comprovem os requisitos de capacidade técnica e outras imposições legais: são os compositores de música erudita ou

popular; os regentes de orquestras sinfônicas, óperas, bailados, operetas, orquestras mistas, de salão, ciganas, jazz, jazz-sinfônico, conjuntos corais e bandas de músicas; os diretores de orquestras ou conjuntos populares; os instrumentais de todos os gêneros e especialidades; os professores de todos os gêneros e especialidades; os professores particulares de música; os diretores de cena lírica; os arranjadores e orquestradores; e os copistas de música.

Sobre vínculo de emprego nas relações entre músicos e os tomadores de serviços, e seus desdobramentos, inclusive quanto a determinação dos prazos dos contratos, assim se manifesta a jurisprudência: “*O músico, membro do conjunto, não é empregado da empresa que contrata os serviços do conjunto. Inexiste aí a personalidade, a subordinação, e a não eventualidade, requisitos essenciais para a configuração do pacto laboral.*” (TRT – 3ª R. – RO 06657/93 – Rel. Sergio Braga – DJMG 14.09.93, pg. 85). “*O fato do músico não ser inscrito na Ordem dos Músicos, não basta para que ele se beneficie da jornada reduzida prevista na Lei n. 3.857/60 e nem impede o reconhecimento de seu vínculo empregatício, desde que seu trabalho seja feito com subordinação, personalidade e onerosidade.*” (Ac. TRT – 3ª Reg. 3ª T. RO 7.478/90 – Rel. Juiz Antônio A. da Silva, DJMG 15.11.91). “*A atividade de músico insere-se, por que pertinente, nos fins normais de organização empresarial que explora a diversão, inadmitindo-se a predeterminação de prazo em função de sua natureza ou transitoriedade. Inaplicação do art. 443, § 2º, a, da CLT, lendo-se o contrato por prazo indeterminado. Indeferimento de aviso do pacto deu-se pela vontade do empregado.* (TRT – 4ª Reg. – RO 5.086/90 – Rel. Juiz Adão Eduardo Haggstram – Publicado em 13.08.91).

Os cantores encontram-se relacionados pela lei entre os músicos profissionais em seu artigo 29, ao lado dos compositores, regentes de orquestras e instrumentistas. No artigo 32 cria incumbências privativas do cantor, tais como participar como solista de orquestras sinfônicas ou populares, participar de espetáculos de ópera, conjuntos corais e folclóricos e lecionar canto. A jornada normal de trabalho do músico é de 05 (cinco) horas e as demais normas protetivas adotam as mesmas regras de trabalho dos artistas e dos radialistas.

Empresas empregadoras para os fins da lei são os estabelecimentos comerciais, teatrais e congêneres; as associações recreativas, sociais ou desportivas; os estúdios de gravação, de rádio, de TV, de cinema; as companhias nacionais de navegação, e toda organização ou instituição que explore qualquer gênero de diversão franqueada ao público, ou privativa de associados.

O estatuto também prevê a possibilidade de o músico exercer sua atividade sem vínculo de emprego, mas obriga-o a contribuir para a Previdência Social, através do INSS.

Do ponto de vista autoral cantor e músico são considerados artistas intérpretes e executantes. A eles se aplicam as regras dos artigos 89 a 92 da Lei nº 9.610/98.

### **c) dos radialistas**

O exercício da profissão de radialista é regulado pela Lei nº 6.615 de 16/12/78.

Seus artigos 2º e 4º definem radialista como o empregado da empresa de radiodifusão que exerça uma das funções em que se desdobram as atividades de administração, de produção e de técnica, peculiares às atividades de radiodifusão.

A profissão de radialista, portanto, é própria dos que trabalham em rádio e televisão, e ampara não só aqueles que exercem atividade criativa, como locutores e comentaristas, como também os que exercem funções administrativas.

O quadro anexo ao Decreto nº 84.134 de 30/10/79 arrola as funções regulamentadas, separadas por atividade:

- na administração é peculiar à atividade de radiodifusão a função de fiscal de radio e TV, a quem incumbe fiscalizar as transmissões ouvindo-as e vendo-as, elaborando o relatório seqüencial de tudo o que vai ao ar, principalmente a publicidade;

- na produção: compreende os setores de autoria, direção, produção, interpretação, dublagem, locução, caracterização e cenografia, com a seguinte lista de funções:

- autoria: roteirista;
- direção: diretor artístico ou de produção, diretor de programação, diretor esportivo, diretor musical, diretor de programas;
- produção: assistente de estúdio, assistente de produção, operador de câmara de unidade portátil externa, auxiliar de discotecário, auxiliar de operador de câmara de unidade portátil externa, continuísta,

contra-regra, coordenador de produção, coordenador de programação, diretor de imagens, discotecário, discotecário-programador, encarregado de tráfego, fotógrafo, produtor executivo, roteirista de intervalos comerciais, encarregado de cinema, filmotecário, editor de vídeotaípe.

- interpretação: coordenador de elenco.

- dublagem: encarregado do tráfego, marcador de ótico, contador de ótico e magnético, operador de som de estúdio, projetorista de estúdio, remontador de ótico e magnético, editor de sincronismo, contra-regra/sonoplasta, operador de mixagem, diretor de dublagem.

- locução: locutor-anunciador, locutor-apresentador-animador, locutor comentarista esportivo, locutor noticiário de rádio, locutor noticiário de televisão, locutor entrevistador.

- caracterização: cabeleireiro, camareiro, costureiro, guarda-roupa, figurinista, maquilador.

- cenografia: adrecista, cenotécnico, decorador, cortineiro-estofador, carpinteiro, pintor artístico, maquinista, cenógrafo, maquetista.

- na técnica: que compreende os setores de direção, tratamento e registros sonoros e visuais, montagem e arquivamento, transmissão de sons e imagens, revelação e copiagem de filmes, artes plásticas e animação de desenhos e objetos e manutenção técnica, com a seguinte lista de funções:

- direção: supervisor técnico, supervisor de operação

- tratamento de registros sonoros: operador de áudio, operador de microfones, operador de rádio, sonoplasta, operador de gravações.

- tratamento e registros visuais: operador de controle mestre, auxiliar de iluminador, editor de vídeo taípe, iluminador, operador de cabo, operador de câmera, operador de máquina de caracteres, operador de telecine, operador de vídeo, operador de vídeo taípe;

- montagem e arquivamento: almoxarife técnico, arquivista de taípes, montador de filmes;

- transmissão de sons e imagens: operador de transmissor de rádio, operador de transmissão de televisão, técnico de externas;

- revelação e copiagem de filmes: técnico laboratorista, supervisor técnico de laboratório;

- artes plásticas e animação de desenhos e objetos: desenhista

- manutenção técnica: eletricitista, técnico de manutenção eletrotécnica, mecânico, técnico de ar-condicionado, técnico de áudio, técnico de manutenção de rádio, técnico de manutenção de televisão, técnico de estação retransmissora e repetidora de televisão, técnico de vídeo.

Desse extenso rol, o artigo 5º excluiu, expressamente, os atores e figurantes que prestam serviço na radiodifusão, dado que gozam de lei especial regulamentadora da profissão – Lei nº 6.533/78. Tanto quanto o artista, o exercício da função de radialista está igualmente adstrito a prévio registro no Ministério do Trabalho.

No que tange às exigências para habilitação à profissão e às características e conteúdo do contrato de trabalho as mesmas regras que constam da lei do radialista, constam da dos artistas, sendo pertinentes as observações feitas no capítulo anterior, e mais 40% (quarenta por cento) de acréscimo pelo exercício de função acumulada, jornada de trabalho limitada, e a exclusividade para o mesmo meio de comunicação.

Resguardadas as normas próprias e inerentes às respectivas profissões, no entanto, a lei do radialista não prevê a Nota Contratual (para prestação de serviço por prazo não superior a sete dias), a garantia da livre criação interpretativa prevista na lei dos artistas, ou o penhor legal sobre o equipamento de propriedade do empregador. Por outro lado, prevê a lei do radialista jornada especial em condições de insalubridade e periculosidade, podendo o profissional recusar-se ao trabalho que coloque em risco sua integridade.

A melhor das disposições protetivas é a contida no artigo 26, segundo o qual *a empresa não poderá obrigar o radialista a fazer uso de uniformes durante o desempenho de suas funções, que contenham símbolos, marcas ou qualquer mensagem de caráter publicitário, salvo as do próprio empregador.*

Importante disposição é a do artigo 17 que proíbe a cessão ou promessa de cessão dos direitos autorais e conexos dos radialistas, tal como os artistas, o que equivale dizer que as respectivas vozes e imagens só poderão ser reexibidas com seu prévio e expresse consentimento, crédito normal e mediante pagamento de direitos patrimoniais por cada reexibição das suas obras.

Como os radialistas não constam da definição reservada aos intérpretes e executantes, as disposições dos artigos 91 e 92 da lei 9.610/98 só lhes serão aplicáveis caso *representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas, ou expressões de folclore*(art. 5º, inciso XIII).

#### **d) dos publicitários**

A Lei nº 4.680 de 18/6/65 e do Decreto 57.960 de 1º/2/66, que dispõem e regulamentam, respectivamente, sobre o exercício da profissão de publicitário e agenciador de propaganda, por serem as mais antigas, deixam, assim como a do jornalista, de versar sobre inúmeros desdobramentos das atividades específicas na área dos direitos conexos e/ou de autor. Entretanto, detectando-se sobre a atividade desses profissionais funções criativas, incidem sobre a sua criação as leis posteriores e especiais sobre os direitos autorais no que couberem.

Ambos os diplomas, lei e regulamento, apresentam uma definição de publicitário, que pode ser assim resumida: é o profissional que, em caráter regular e permanente, exerce funções artísticas e técnicas através das quais estuda-se, concebe-se, executa-se e distribui-se propaganda.

Por atividades artísticas consideram-se *as que se relacionam com trabalhos gráficos, plásticos e outros, também de expressão estética destinados a exaltar e difundir pela imagem, pela palavra ou pelo som, as qualidades e conveniências de uso ou de consumo das mercadorias, produtos e serviços e que visa a propaganda* (art. 4º); e, por atividades técnicas, *as que promovem a combinação harmoniosa dos conhecimentos científicos com os artísticos, tendo em vista dar às mensagens publicitárias o máximo de rendimentos e impacto* (art. 5º, Decreto 57.690/66).

Observe-se que tanto as atividades artísticas quanto as técnicas têm em mira a obra publicitária, espécie da obra audiovisual protegida que se distingue das demais pela sua finalidade: a promoção do consumo e da venda de mercadorias, serviços ou imagens institucionais independentemente do tempo de duração da obra filmada.

A obra e, de resto, toda a atividade publicitária, envolve agência, anunciante e veículo.

A agência (art. 6º do regulamento) é a pessoa jurídica especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitários que, através de profissionais a seu serviço, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação por ordem e conta de clientes anunciantes, sem perder de vista seu objetivo: a venda de mercadorias, produtos e serviços.

Exercem as agências um papel político corporativo: dentre suas finalidades legalmente previstas, encontra-se a difusão das idéias, através



de informação ao público, a respeito de organizações ou instituições a que servem.

Anunciante ou cliente de agência, segundo o regulamento, mais completo que a lei, é simplesmente *a entidade ou o indivíduo que utiliza a propaganda* (art. 8º) sendo de rigor estabelecer que anunciante é o beneficiário direto do resultado desenvolvido pela agência na promoção e venda do produto ou serviço dela originado.

Veículo, ainda de acordo com o Regulamento, é *qualquer meio de divulgação visual, auditiva ou audiovisual, capaz de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecido pelas entidades sindicais ou associações civis representativas de classe, legalmente registrados*. Veículo de propaganda, por exemplo, não pode ser uma rádio-pirata.

Além de regulamentar a função de publicitário, a lei regulamenta também a profissão de *agenciador de propaganda*, que é o profissional vinculado aos veículos de divulgação e que tem por atividade encaminhar anúncios a esses veículos por conta de terceiros, que são os anunciantes. O exercício da profissão, diferentemente da do publicitário, é privativo dos que estiveram inscritos e identificados no Ministério do Trabalho, e a eles se estendem todos os direitos e vantagens de ordem previdenciária e trabalhista, de encargo do veículo, havendo continuidade e subordinação na relação. Não as existindo, faculta-se ao agenciador trabalhar, autonomamente. A função pode ser exercida cumulativamente com a de contato publicitário.

A remuneração desses agentes é fixada em tabela pelos veículos de comunicação (rádio, TV, jornais, revistas, out-doors, fixos e circulantes etc.) por meio de comissões. E somente esses profissionais têm direito a elas, uma vez que os veículos, ao receberem diretamente o pedido de veiculação de anúncio, farão jus à receita integral do anúncio, não podendo favorecer o terceiro não habilitado com o desconto ou a comissão que destinaria aos profissionais.

As relações entre veículos Comunicação e Agenciadores Autônomos é também regulada pelas “Normas-Padrão da Atividade Publicitária”, um amplo acordo normativo de auto-regulamentação criadas pelas entidades representativas dos Anunciantes, das agências de propaganda, dos jornais e revistas, da radiodifusão, e dos veículos de propaganda ao ar livre, criadas em 16/12/98.

De acordo com o documento, cabe ao veículo o arbitramento do percentual da comissão devida aos agenciadores que será inferior ao “*desconto padrão da agência*” e que não poderá ser transferida pelo agenciador ao anunciante ou a terceiro.

Nos contratos de trabalho de artistas que gravem anúncios publicitários, a Lei nº 6.533/78 exige especificamente para o caso, que constem do contrato de trabalho o nome do produtor, do anunciante e da agência, o nome do produto a ser promovido, os veículos de divulgação e o tempo de duração e o de exibição do comercial e as praças onde será veiculada. As mesmas exigências são requeridas para o contrato de trabalho do radialista que atua num anúncio publicitário.

### ***e) dos jornalistas***

Em pleno período da chamada revolução militar o Congresso Nacional votou a Lei nº 5.250 de 09/02/67, conhecida como Lei de Imprensa, e dois anos depois a Junta Militar, composta pelos Ministros da Guerra, Exército e Aeronáutica Militar “decretava” o exercício da profissão de jornalista através do Decreto-Lei 972 de 17/10/69, que perdura até hoje, atravessando, com pequenos reparos, uma Assembléia Constituinte.

A profissão, antes livre e não regulamentada, passou a ser condicionada às regras estabelecidas no decreto-lei, entre as quais o prévio registro na repartição competente do Ministério do Trabalho, e comportando as seguintes funções (art. 6º): redator, noticiarista, repórter, repórter de setor, radio repórter, arquivista, revisor, ilustrador, repórter fotográfico, repórter cinematográfico e diagramador, além das seguintes funções de confiança exercida junto às empresas jornalísticas: editor, secretário, chefe de reportagem e chefe de revisão.

Definem os referidos diplomas legais, como empresas jornalísticas, aquelas que editam revistas, jornais ou qualquer outro periódico, e distribuem noticiário desde que tenham funcionamento efetivo, idoneidade financeira e registro legal. Deste último estão hoje dispensadas em virtude de liberação fundada na Constituição da República. São a elas equiparadas as empresas de radiodifusão onde se exerçam atividades típicas de jornalistas, como redação, as de divulgação cinematográficas e as agências de publicidade onde se exerçam atividades típicas de jornalista como redação, entrevistas ou reportagens, comentários noticiosos, coleta de notícias, revisão, organização e conservação de material jornalístico,

distribuição gráfica de textos, fotos e desenhos e as atividades técnicas correlatas.

O fim das atividades típicas dos jornalistas é compor a obra jornalística, que, como esclarece Manuel Joaquim Pereira dos Santos<sup>85</sup>, nem sempre se confunde com um periódico: “Não devem ser consideradas obras jornalísticas as revistas que publicam simplesmente artigos de ensaio ou crítica, sejam eles literários, artísticos ou científicos. Também não pertencem a essa categoria as publicações periódicas que veiculam histórias em quadrinhos, fotonovelas e outras criações de fantasia. Por fim, carecem de cunho jornalístico as publicações periódicas que, basicamente, veiculam qualquer tipo de matéria em que não concorram os atributos fundamentais da obra jornalística (atualidade, universalidade, oportunidade e difusão coletiva). Todas essas atividades ficam no campo da editoração e não do jornalismo. Mesmo numa publicação periódica de conteúdo basicamente não-jornalístico (como, por exemplo, uma revista de artigos sobre botânica), pode existir, esporádica ou até regularmente, uma parcela pequena de informações jornalísticas, tais como: relatos sobre congressos, cursos, bolsas, concursos, etc. Entretanto, desde que a função básica dessa publicação seja a difusão de cultura e não a informação de atualidades, a obra em seu conjunto não pode ser considerada jornalística.”

A disciplina trabalhista do profissional de jornalismo, anterior à lei autoral especial de 1973, não previa qualquer norma ou disposição relacionada ao aproveitamento econômico das criações intelectuais desses profissionais, salvo o parágrafo único do artigo 9º, do Decreto Lei nº 942/69 que dispõe que *em negociação ou dissídio coletivo poderão os sindicatos de jornalistas reclamar o estabelecimento de critérios de remuneração adicional pela divulgação de trabalho produzido por jornalista em mais de um veículo de comunicação coletiva*. Entretanto, como o fato gerador do direito autoral é a criação e a publicação da obra, esses direitos estão e sempre estiveram protegidos, respeitados os prazos de proteção da obra e o do exercício do direito.

Tanto a lei autoral anterior (5988/73, art.92º) como a atual (9610/98, art.36º) protegem os artigos jornalísticos como textos literários, distinguindo-os em assinados e não assinados. Duas diferenças, porém, separam os dois diplomas legais.

No art. 92 da lei revogada a titularidade dos textos **não assinados** era do editor do jornal ou do periódico. Já na redação do artigo 36 da lei em

---

<sup>85</sup> Direito de Autor na Obra Jornalística Gráfica, pp. 18/19

vigência o direito de utilização econômica dos escritos não assinados publicados pela imprensa continuam a pertencer ao editor, salvo convenção em contrário. Tal ressalva faz presumir um consenso entre editor e jornalista, já que autor é a pessoa física criadora de obra literária, no resguardo da identidade do jornalista, delegando ao editor exploração de seus direitos patrimoniais. Ou seja, o artigo tem autoria certa, mas pode o editor editá-lo como não assinado sem que o jornalista perca o direito a seus rendimentos patrimoniais.

A segunda diferença de tratamento entre os dois textos legislativos reside no parágrafo único de ambos, que, na lei nova, não prevê a possibilidade de negociação da utilização dos artigos assinados para além do prazo de vinte dias, respeitada a periodicidade do veículo. É que a partir de julho de 1998, todo artigo assinado só pode ser cedido pelo jornalista ao seu editor até o último dia de venda em banca, mais vinte dias. Decorrido esse prazo, o jornalista recobrará os seus direitos patrimoniais sobre o texto podendo, então, cedê-lo novamente ao mesmo editor ou a qualquer outro. Dentro do prazo de circulação do periódico acrescido dos vinte dias, no entanto, o editor poderá comercializar livremente qualquer artigo jornalístico assinado.

A regra, entretanto, não é a mesma para fotógrafos e ilustradores de jornais e revistas que são autores de obras protegidas e sobre os quais incide tanto o estatuto profissional do jornalista como a proteção geral concedida a todos os demais criadores de obras literárias, artísticas e científicas. A estes não se aplica a exceção da periodicidade e a dos vinte dias.

## CAPÍTULO 11

### ABUSO DE DIREITO, CONCORRÊNCIA DESLEAL, E ABUSO DE PODER ECONÔMICO

#### 1. Uso regular e Abuso de Direito

A chamada propriedade intelectual aqui examinada sob a ótica do direito autoral deve estar adstrita a seu bom uso, num ponto em que tangencie princípios éticos.

O extraordinário avanço experimentado pela matéria nos últimos dez anos, depois de um longo período de adequações, trouxe à tona grandes inconveniências ocasionadas pela utilização cada vez mais larga de ações iniciadas e fundadas nesse direito, chegando-se inevitavelmente ao abuso.

Toda e qualquer forma de abuso incluindo as praticadas pelos titulares de direito autoral deve ser coibida pelo direito. O direito cessa onde o abuso começa (Planiol).

“Ora, o exercício abusivo do direito fere justamente a ordem jurídica, ainda que conforme a lei; como visto, é no desvio de sua finalidade social que o ato se caracteriza como um abuso – ferindo o ordenamento jurídico e, por conseguinte, caracterizando-se como ato ilícito”, ensina Cláudio Antonio S. Levada<sup>86</sup>,

A função das leis autorais é, não só a de coibir o uso ilícito dos direitos e obra, mas, e principalmente, a de garantir a proteção ao seu uso lícito.

O fundamento legal do abuso do direito está, a “*contrario sensu*”, do inciso I do artigo 160º do Código Civil (art.188º, I do novo Código), combinado com o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Com efeito, constitui ato ilícito o exercício **irregular** de um direito reconhecido. As exigências do bem comum, e os fins sociais a que uma lei se dirige devem prevalecer sobre os direitos individuais na aplicação da lei pelo Juiz.

---

<sup>86</sup> Anotações sobre o abuso do direito”, RT 667, pg. 48.

Quais os fins sociais a que visam as leis autorais? A promoção da cultura e o avanço do conhecimento, que não se esgotam no privilégio temporário conferido ao autor e à obra. Para que os fins sejam colimados é preciso que diversos autores tenham direitos exclusivos em relação às suas obras, como manda a Constituição, respeitando os outros direitos exclusivos de outros autores sobre outras obras ainda que semelhantes e transeuntes de universos afins.

A garantia constitucional concedida aos titulares de direitos intelectuais encontra limites em outros direitos e garantias igualmente garantidos pela Magna Carta. A liberdade de qualquer um termina onde a do outro se inicia.

Ocorre abuso de direito autoral quando se pleiteia a proteção para métodos, sistemas, formatos, idéias e todos os demais atos e conceitos que se encontrem dentro do campo de imunidade do direito autoral.

Ocorre abuso de direito autoral quando se restringem as limitações impostas aos usos livres das obras em função da ordem pública ou de direitos alheios, impedindo que uma pessoa ou grupo de pessoas exerçam a crítica ou o estudo de obra preexistente independente de comunicação.

Ocorre abuso de direito autoral quando o agente ou o órgão investido da arrecadação dos direitos de utilização pública autuam a representação teatral, ou a execução musical realizada gratuitamente para fins didáticos, ou em ambientes domésticos.

Ocorre abuso de direito autoral quando se tenta influir na liberdade criativa do intérprete, ou quando se investe contra a paródia ou a caricatura alegando ofensa inexistente.

Ocorre abuso de direito autoral quando as pessoas que necessitem da criação de um autor, como matéria-prima de sua atividade profissional, abusam de sua superioridade econômica ou política para açambarcar através de contratos leoninos todas as formas de uso de uma obra, por todos os meios e processos, com alcance e comercialização garantida em todos os países, sem limitações no tempo.

Cometem abuso de direito os herdeiros que impedem o uso regular das obras criadas pelo autor impondo ônus excessivos ou embaraços à livre circulação do bem cultural.

A lista é enorme e deve ser cuidadosamente analisada pelo Juiz, principalmente no deferimento de liminares “*inaudita altera pars*”

instrumento de que também se valem os transgressores para tentar impedir a livre circulação de outras obras ou outros direitos.

Como ato ilícito que é, o ato abusivo acarreta o dever de indenizar os danos causados ao terceiro, fruto da responsabilidade derivada do irregular exercício de um direito.

## 2. Concorrência Desleal e Concorrência Ilícita

Sendo o direito autoral um fenômeno criativo que liga homem à obra, parece estranho o instituto da concorrência na matéria, dada a identidade que deve caracterizar cada obra criada.

Como já demonstrado, a atividade empresarial ou industrial do entretenimento dos meios de comunicação de massa, e mesmo na Internet, por serem meios de difusão da obra e da cultura, não só se relacionam com os autores, mas também com os seus concorrentes.

Quando a relação é de produtor de fonograma para produtor de fonograma, de editor para editor, de empresário para empresário teatral ou musical, de empresa de radiodifusão para radiodifusão na disputa de supostos direitos de propriedade intelectual, a relação é de concorrência.

Numa concorrência, tanto podem constituir objeto de demanda obras protegidas como obras não protegidas, e o que se discute em relação a elas é tipo de competição, se leal ou desleal.

Se a Constituição da República garante a livre concorrência (art. 170, inciso IV), ou concorrência leal, do que se trata a concorrência desleal? Responde, com reconhecida dificuldade, Celso Delmanto<sup>87</sup>, “De um modo simples, poderíamos, de pronto, dizer que concorrência desleal é a competição que **não deve ser feita**, num conceito que é certo, mas deixa de dar à pergunta o devido esclarecimento e alcance”.

O instituto da concorrência desleal, previsto nas leis da propriedade industrial e especialmente na Convenção de Paris (Decreto nº 635 de 21/08/92), é reconhecido como qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. Mas não figura na leis de direito autoral. Revestido de caráter penalizante – as leis não tratam da concorrência desleal como um instituto senão como um crime – visa eliminar a confusão estabelecida no mercado entre produtos e serviços.

---

<sup>87</sup> Crimes da Concorrência Desleal, pp. 10/11

Concorrência ilícita é a denominação utilizada pela doutrina civilista para descrever a mesma concorrência “que não deve ser feita”, acrescida de mais um ato lesivo: a propaganda parasitária. Por esta se entende o ato praticado pelo concorrente que visa beneficiar-se dos investimentos diretos e indiretos, feitos pelo titular do produto original, em promoção e publicidade, e aproveitados pelo infrator.

O instituto da concorrência desleal ou ilícita está, resumidamente, assentado sobre três pilotes: o desvio de clientela e a indução de consumidor a erro, com aplicação analógica dos arts. 195 a 210 da Lei 9.279/96, e o aproveitamento parasitário.

Pode ser aplicado ao direito autoral? Pode, em casos específicos, envolvendo as atividades de difusão das obras autorais.

Nesse campo existe uma indústria ágil e internacionalizada, que reproduz e distribui CD's, livros, fitas, cartazes, múltiplos. Há prova mais contundente do desvio de clientela que a pirataria de CD's, por exemplo? E quando a qualidade da reprodução fica comprometida haverá melhor exemplo de indução de consumidor a erro? Ou obras do mesmo gênero com títulos idênticos? Um dos exemplos mais antigos, e pouco difundido no Brasil, é a prática do *bootlegging*, originária da Inglaterra, que resulta da gravação e comercialização de exemplares áudio, ou audiovisuais, de shows ao vivo, sem o consentimento de qualquer titular de direitos, e ainda não disponíveis para o público pelos legítimos titulares.

A despeito de o direito autoral estar conceitualmente vinculado à manifestações da cultura, não é mais possível dissociá-lo da **indústria** do lazer representada pela indústria fonográfica, cinematográfica, de mega eventos, etc.

Verifica-se, portanto, a ocorrência de concorrência desleal em matéria autoral em relação aos suportes e respectivas duplicações, e não em relação à atividade criativa.

### **3. Abuso de Poder Econômico**

Constituem infração à ordem econômica, de acordo com o § 1º da Lei nº 8.884/94, os atos de qualquer natureza que tenha o efeito potencial ou real de limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.



Como o ato de criação é único, teoricamente, uma obra de caráter cultural que se caracterize pela pluralidade de formas de expressão a partir de dados, informações e observações postas à disposição de todos seria imune à concorrência.

Entretanto, a deslealdade da concorrência entre a chamada indústria do entretenimento, ou entre titulares de direitos de propriedade intelectual podem redundar em prejuízos à livre iniciativa da e na produção cultural acuada pelo uso abusivo de títulos de proteção.

O legislador brasileiro através da Lei nº 8.884 de 11.06.94 passou a considerar infração da ordem econômica, independentemente de verificação de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto açambarcar ou impedir a exploração de direitos da propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia, ainda que os resultados não sejam alcançados.

O TRIPS desse assunto não descuidou. O item 2 do artigo 8º da Parte I entende necessária a adoção de medidas para “*prevenir o abuso dos direitos da propriedade intelectual*” por seus próprios titulares, ou o recurso a práticas que “*limitem de maneira injustificável o comércio ou redundem em detrimento da transferência internacional de tecnologia*”.

O que a nossa legislação pretende alcançar com a positividade da norma é assegurar os espaços do mercado a diversas obras, titulares e difusores de obras autorais, de modo que o direito de um, ao uso exclusivo de suas obras, não impeça o direito de terceiros à exploração de suas respectivas obras.

O abuso de poder econômico condicionado às premissas do mercado dominante veio depois do TRIPS e é o outro lado desse direito ao conceito de mercadoria. Como a nova lei fala em propriedade intelectual, expressão internacionalizada a partir do modelo legal estadunidense, pode encontrar aplicação na parte industrial relativa aos direitos de autor, aos direitos conexos, programas de computador e base de dados.