



Acolhendo a recomendação formulada por sua Comissão de Estudo de Direitos Autorais e da Personalidade e do seu Comitê Empresarial, o Conselho Diretor da ABPI aprovou a presente Resolução.

Resolução da ABPI n. 80

O Anteprojeto de Lei que altera a Lei 9.610/98 e seus impactos nas indústrias de criação, produção e distribuição de conteúdo intelectual

Em conformidade com sua missão institucional de promover o estudo do tema da propriedade intelectual em todos os seus aspectos, a Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI discutiu o texto do Anteprojeto de Lei que altera a Lei 9.610/98 (Lei de Direito Autoral), apresentado pelo Ministério da Cultura em virtude da Consulta Pública aberta em 14 de junho de 2010. Para tanto, a Comissão de Direitos Autorais e da Personalidade e o Comitê Empresarial da ABPI analisaram o conteúdo do Anteprojeto e firmaram a presente Resolução para o fim de tecer considerações, concluir e recomendar o quanto segue:

1. Contextualização e Metodologia

O anteprojeto em consulta é resultado de uma série de encontros intitulada “Fórum Nacional de Direito Autoral”, realizada entre 2007 e 2009 em várias cidades do país. O texto não modifica a estrutura fundamental dos direitos autorais, ou seja, não reduz nem amplia o prazo de proteção e não retira seu caráter proprietário ou exclusivo, mas ainda assim promove modificações com impactos consideráveis sobre a cadeia produtiva da cultura. Identificaram-se cinco grandes áreas de concentração nas alterações propostas pelo anteprojeto, as quais serão tratadas na seguinte ordem:

- 1) Princípios Gerais: dispositivos relativos à abordagem filosófica da matéria e questões essencialmente constitucionais;
- 2) Limitações: hipóteses de uso livre e exceções objetivas às regras gerais;
- 3) Gestão Coletiva: artigos sobre o mandato e/ou operação de entidades de arrecadação de direitos;

4) Regulação: dispositivos relacionados com a presença do Estado na economia da cultura e parâmetros gerais de proteção; e

5) Contratos: normas cogentes sobre contratos e operações empresariais.

1) Princípios Gerais

O anteprojeto confere um caráter expressamente funcionalista ao direito autoral, integrando-o ao arcabouço conceitual mais amplo da função social da propriedade. Busca, dessa forma, um ponto de equilíbrio entre os direitos exclusivos atribuídos ao titular da obra protegida e os direitos difusos relacionados com o acesso à cultura e à informação. A chave para esta busca está na avaliação da relação custo-benefício do próprio instituto jurídico dos direitos autorais, ou seja, de como os custos econômicos e sociais da escassez artificial gerada pelos direitos exclusivos no curto prazo se comparam aos benefícios esperados no longo prazo com o constante incentivo à criação, produção e distribuição de bens simbólicos.

O caminho da ponderação é dado logo no primeiro artigo do anteprojeto, que coloca o direito do autor em uma relação de limitação mútua com outros direitos constitucionalmente garantidos, como o acesso à cultura, dando-lhe ainda uma orientação específica: a promoção do desenvolvimento nacional.¹ Esses dois elementos – (a) a explícita relativização do direito autoral em face de outros direitos; e (b) sua subordinação a um objetivo maior de Estado – aproximam como nunca o direito autoral brasileiro da doutrina utilitarista da propriedade intelectual, filosoficamente relacionada à tradição anglo-saxã do *common law*.

Na tradição romano-germânica, onde o direito autoral brasileiro tem suas raízes, o direito do autor goza de legitimidade apriorística, baseada não em sua função (ou utilidade), mas em conceitos de viés jusnaturalista como a “dignidade do criador” e a “justa remuneração” de seu trabalho. Por isso, na tradição civilista pura, a relação do direito autoral com os domínios do direito econômico ou da defesa do consumidor seria, na melhor das hipóteses, imperfeita. O parágrafo único do artigo primeiro, no entanto, estende expressamente a essas áreas a regra da ponderação, que parece considerar como intrínseca ao direito autoral, confirmando o distanciamento entre o tom do anteprojeto e a abordagem civilista clássica.

Não obstante esse distanciamento filosófico, do ponto de vista factual é preciso reconhecer que tanto o caráter funcionalista do direito autoral (ao menos de seus aspectos patrimoniais, na medida em que é um direito de propriedade) quanto sua subordinação à regra da ponderação entre direitos fundamentais encontram-se devidamente positivados em nosso ordenamento desde pelo menos a Constituição de 1988, e em especial desde a edição do novo Código Civil, em 2002. A essas fontes internas poder-se-ia acrescentar, ainda, instrumentos internacionais devidamente internalizados no ordenamento pátrio, como o Pacto Internacional de Direitos

¹ Cf. **Anteprojeto de Reforma da Lei de Direito Autoral**, art. 1º: “*Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, e orienta-se pelo equilíbrio entre os ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais e de garantia ao pleno exercício dos direitos culturais e dos demais direitos fundamentais e pela promoção do desenvolvimento nacional. Parágrafo único. A proteção dos direitos autorais deve ser aplicada em harmonia com os princípios e normas relativos à livre iniciativa, à defesa da concorrência e à defesa do consumidor*”.

Econômicos, Sociais e Culturais e o próprio Acordo TRIPS, que em seu artigo 7º impõe a todos os estados membros da OMC a busca pelo equilíbrio entre direitos e obrigações de titulares e usuários de conteúdo protegido.²

O sistema vigente no país, portanto, já é funcionalista (ou utilitarista) em seus aspectos patrimoniais, embora ainda guarde muitas características tipicamente jusnaturalistas, como a inerência dos direitos morais. Assim, as divergências com relação aos princípios propostos no artigo primeiro do anteprojeto se limitam à conveniência ou não de se repetir, na lei autoral, regras e princípios já explicitados em documentos correlatos e hierarquicamente superiores. Circunscrevem-se, portanto, a questões de forma, não de substância. E, efetivamente, o anteprojeto aplica essa ponderação – por vezes de forma aparentemente exagerada – em uma série de situações concretas, muito especialmente nos dispositivos sobre as limitações ao direito do autor/titular.

De fato, é no parágrafo único do art. 46, que trata das limitações ao direito do autor/titular, que a aproximação com o *common law* se torna objetivamente perceptível.³ Após listar, uma a uma, as hipóteses de limitação – que, na doutrina civilista, têm caráter excepcional em face da regra geral do direito exclusivo – o anteprojeto cria, no referido parágrafo único, uma cláusula geral que, embora inquestionavelmente fundada na “regra dos três passos” de Berna, consiste em uma “baliza” jurisprudencial a ser interpretada pelo operador do direito caso a caso, fora das (muitas) hipóteses expressamente previstas nos incisos que o antecedem.

Em outras palavras, mesmo usos não previstos na lista de limitações ao direito autoral poderiam, pelo anteprojeto, ser considerados lícitos na medida em que se enquadrarem no “espírito” do dispositivo. Trata-se de um conceito muito próximo ao *fair use*, típico do realismo jurídico anglo-saxão, que reserva grande importância à construção jurisprudencial na hierarquia das fontes normativas. De fato, por definição, o Direito no sistema consuetudinário é fortemente influenciado pela jurisprudência dos tribunais. Existe uma complexa relação hierárquica entre os diversos precedentes,⁴ mas a aderência dos magistrados a eles é um pressuposto do próprio sistema, o que favorece a cristalização de paradigmas que condicionam e dão objetividade à regra geral.

Na tradição formalista romano-germânica, por outro lado, à qual se afiliam não apenas as leis brasileiras, mas os tribunais que as aplicam, o peso dos precedentes

² Acordo TRIPS, art. 7º: “A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

³ Cf. **Anteprojeto de Reforma da Lei de Direito Autoral**, art. 46, parágrafo único: “Além dos casos previstos expressamente neste artigo, também não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, quando essa utilização for: I – para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo; e II – feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.”

⁴ Alguns que podemos citar: a autoridade da corte, o ineditismo da matéria, sua aceitação pela doutrina e demais operadores do Direito, entre outros. As principais decisões (*landmark cases*) são detalhadamente discutidas ao longo de anos, dos trabalhos de faculdade aos debates nas cortes constitucionais. Constituem-se, assim, em fontes de alta hierarquia e consideração obrigatória por todos os atores relevantes. (N.A)

judiciais é significativamente menor. Por isso, o ponto-chave consiste em saber se uma cláusula aberta, como a que foi proposta, reuniria condições para garantir segurança jurídica ao mercado. É bem verdade que as cláusulas gerais não são uma exclusividade deste anteprojeto de lei, cujo texto em parte apenas reproduz conceitos gerais já vigentes desde pelo menos 2002, como “onerosidade excessiva” ou “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, explicitados no artigo 6º do anteprojeto como causas possíveis de revisão futura dos contratos que versem sobre direito autoral. Ainda assim, vale atentar para o fato de que densidade jurisprudencial do direito autoral pátrio é relativamente baixa em comparação a outras esferas reguladas pelo Código Civil.

De qualquer forma, a ABPI reconhece que Justiça brasileira tem dado marcada contribuição para a elevação do grau de segurança jurídica das operações de mercado e nada indica que a crescente presença de princípios gerais na legislação civil recente do país tenha sido um entrave às relações por eles balizadas. Ademais, o contexto sociotecnológico contemporâneo demanda da legislação autoral rápida capacidade de adaptação, pois seu próprio objeto está em fase de plena transformação. A própria ABPI já se manifestou nesse sentido, por meio da Resolução 67/2005, que entendeu que a adoção de princípios gerais para regular as limitações aos Direitos Autorais é plenamente compatível com o sistema de proteção autoral brasileiro e, mais que isso, necessária no atual contexto histórico.⁵

Analisando especificamente o parágrafo único do art. 46, no entanto, a ABPI não reconheceu, no texto em consulta, parâmetros suficientemente seguros. Em especial quando se considera sua coexistência com uma ampla lista de limitações objetivas, determinada pelos incisos do mesmo artigo. Por isso, a ABPI não se opõe à adoção de princípios gerais de limitação aos direitos do autor em tese, mas não está de acordo com a forma como tais princípios foram traduzidos no parágrafo único do artigo 46. Com relação às limitações objetivas, constantes dos incisos do mencionado artigo (e analisadas em maior profundidade no capítulo seguinte desta Resolução), a ABPI entende que a amplitude excessiva das hipóteses previstas dá margem a ambiguidades. Melhor seria transferir para o *caput* do artigo a regra dos três passos de Berna, que, aliás, deve necessariamente condicionar qualquer limitação ao direito do autor.

Pelo exposto, a ABPI:

⁵ Cf. ABPI. **Resolução da ABPI N° 67**: Direito Autoral - Limitações ao Direito de Autor. Disponível em: <http://www.abpi.org.br/biblioteca1.asp?idioma=&secao=Biblioteca&subsecao=Resoluções da ABPI&assunto=Resolução específica&id=2>. Acesso em 23/8/2010. Na ocasião, a ABPI sugeriu a seguinte redação para o artigo 46 da LDA: “*Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais, a reprodução parcial ou integral, a distribuição e qualquer forma de utilização de obras intelectuais que, em função de sua natureza, atenda a dois ou mais dos seguintes princípios, respeitados os direitos morais previstos no art. 24: I - tenha como objetivo, crítica, comentário, noticiário, educação, ensino, pesquisa, produção de prova judiciária ou administrativa, uso exclusivo de deficientes visuais em sistema Braile ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários, preservação ou estudo da obra, ou ainda, para demonstração à clientela em estabelecimentos comerciais, desde que estes comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização, sempre na medida justificada pelo fim a atingir; II - sua finalidade não seja essencialmente comercial para o destinatário da reprodução e para quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais; III - o efeito no mercado potencial da obra seja individualmente desprezível, não acarretando prejuízo à exploração normal da obra; Parágrafo Único - A aplicação da hipótese prevista no inciso II deste artigo não se justifica somente pelo fato de o destinatário da reprodução e quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais ser empresa ou órgão público, fundação, associação ou qualquer outra entidade sem fins lucrativos*”.

- (a) Não se opõe à explicitação, no artigo primeiro, da regra da ponderação entre os direitos do autor/titular e outros direitos fundamentais, em linha com os ditames constitucionais aplicados à matéria. Nota, contudo, que sua explicitação na legislação autoral é tecnicamente desnecessária (se assim não fosse, inúmeros outros diplomas legais – para não dizer todos – deveriam conter provisão semelhante);
- (b) Recomenda a reformulação do parágrafo único do artigo primeiro, destacando que a harmonização do direito autoral com o direito da concorrência e do consumidor deve ser dar apenas com relação aos aspectos patrimoniais da matéria, e ainda assim somente quanto tratar-se de atividade empresarial;
- (c) Recomenda a substituição do parágrafo único do artigo 46 por outro, com parâmetros mais claros e limitados de avaliação; compreende-se, contudo, que certo grau de subjetividade será sempre intrínseco ao modelo de limitação por princípios gerais; e
- (d) Recomenda a transferência da “regra dos três passos” para o *caput* do artigo, transformando-a em base sobre a qual se constroem as limitações específicas.

2) Limitações

De forma coerente com a abordagem filosófica que rege os princípios gerais do anteprojeto, o texto propõe uma sensível ampliação das hipóteses de limitação aos direitos autorais. Sensível, mas não radical; exceto, talvez, pelo teor do parágrafo primeiro do artigo 46, já referido no item anterior, e alguns pontos dos incisos relativos ao uso educacional. A lei 9.610/98 é, sem dúvida, uma das mais restritivas do mundo quanto ao uso livre de obras protegidas e sua “flexibilização” foi, desde o começo deste processo de reforma, a principal bandeira levantada por seus proponentes, que a apresentam como um esforço de “modernização” legislativa. Não obstante, a ABPI entende que seria recomendável conferir um pouco mais de objetividade ao artigo como um todo, *caput* e incisos.

A principal alteração proposta no anteprojeto talvez tenha sido a volta do permissivo de cópia privada – analógica ou digital – desde que feita sem finalidade comercial e pelo proprietário do suporte físico original, adquirido legitimamente. O objetivo aqui é claro: o de conferir um pouco mais de realismo à legislação, evitando que usos corriqueiros em nossos dias, como a transferência do conteúdo de um CD para um *i-Pod*, por exemplo, continuassem sendo tecnicamente ilegais. O anteprojeto amplia, também, as hipóteses de uso livre para fins didáticos, educacionais e de preservação de acervo, em linha com o que já ocorre em outros países. A ABPI entende que o permissivo de cópia privada, nas circunstâncias apresentadas no texto, é inevitável no contexto sociotecnológico contemporâneo. Entretanto, é fortemente recomendável, com vistas a não desvirtuar a intenção do legislador, que haja a imposição de algum limite

objetivo à cópia privada digital para fins de portabilidade ou interoperabilidade, como, por exemplo, um número máximo de cópias.⁶

O alcance das limitações para uso didático/educacional, contudo, parece além do razoável. Há todo um segmento do mercado cultural para quem o mercado educacional é a principal, quando não a única, fonte de receita e, embora as externalidades positivas da livre circulação de conteúdo autoral para fins didáticos sejam até certo ponto óbvias, não parece sensato que recaia sobre os titulares o ônus de prover esse conteúdo fora de uma lógica economicamente sustentável. Não consta do texto a indicação de que o Estado ou qualquer outro ente público ou privado devam substituir as empresas responsáveis pela criação, produção e distribuição de obras didáticas. Portanto, as limitações propostas não podem desincentivar investimentos privados nesses segmentos, decorrência previsível em face da eventual redução de seu potencial de retorno econômico.

Com base no mesmo raciocínio, observa-se que a possibilidade de livre reprodução de obras para uso de portadores de deficiência deve se ater às situações em que tais obras, “adaptadas” a esse uso específico, não estejam disponíveis comercialmente. O que se pretende com esse permissivo é garantir o acesso dos portadores de deficiência às obras, mas não necessariamente de forma gratuita e certamente não sob os auspícios dos titulares. O titular não está impedido de fazê-lo diretamente, claro, desde que voluntariamente. Porém, se a oferta gratuita de conteúdo para determinadas categorias de usuários for considerada de interesse público, caberá ao Estado concretizá-la, com seus próprios recursos e em condições de mercado. Salvo situações extremas.

Ainda no capítulo das limitações, nota-se a tentativa de assumir a vanguarda regulatória internacional em pontos da matéria ainda obscuros na maioria dos ordenamentos. É o caso, por exemplo, das limitações relativas ao uso de obras preexistentes como “recurso criativo” (art. 46, parágrafo único), como nos *mash-ups* e *samplings*, modalidades comuns em certos movimentos artísticos especialmente influentes na cena cultural contemporânea, como o hip-hop e alguns estilos de música eletrônica. Esse uso, essencialmente “transformativo”, é também muito difundido entre os usuários finais das mídias digitais, que graças aos fenômenos da convergência e interatividade passaram a criar obras autônomas derivadas de obras preexistentes, ou de fragmentos destas. Em geral, esse uso transformativo “caseiro” não tem qualquer finalidade profissional e apresenta baixo potencial de prejuízo econômico aos titulares, sendo mais propriamente enquadrado como uma forma espontânea de expressão. Ainda assim, é preciso deixar claro que o permissivo não se aplica a usos comerciais ou que possam de qualquer forma “canibalizar” o investimento do criador/produtor da obra original.

Um ponto que não está bem resolvido na lei vigente e que segue mal resolvido no anteprojeto sob consulta é a permissão de cópia das notícias diárias que tenham caráter de “simples informações de imprensa”. Na lei atual, esse dispositivo está classificado como uma “limitação” ao direito do autor. No anteprojeto, o permissivo passa a integrar também o artigo 8º, que trata dos itens estranhos ao próprio instituto do

⁶ A licença do i-Tunes, por exemplo, permite a reprodução em até cinco suportes. Cf. **iTunes Terms and Conditions**, item (ii). Disponível em: <http://www.apple.com/legal/itunes/us/terms.html>. Acesso em 18/8/2010.

direito autoral. Com isso, o anteprojeto parece negar a própria natureza intelectual do trabalho jornalístico, equiparando-o às “ideias soltas”, formulários, textos legislativos e outros itens que não são sequer passíveis proteção autoral.

Nessa categoria, contudo, se admite apenas itens que são parte do “senso comum”, um tipo de conhecimento que surge espontaneamente, sem a necessidade de um processo criativo-produtivo autônomo. Este não é o caso, certamente, dos artigos e matérias jornalísticas realizados profissionalmente e, por isso, a ABPI se manifesta pela exclusão da menção às “notícias diárias” do artigo 8º, mantendo-a no inciso correlato existente no artigo 46 (inciso IV) e, ainda assim, com a ressalva de que o permissivo de cópia deve alcançar somente relatos factuais (não-interpretativos/opinativos), sempre sem finalidade comercial. Caso contrário, restaria legalizada a concorrência parasitária no meio jornalístico.

A ABPI alerta, também, para um possível desvirtuamento conceitual no art. 30-A, que sugere que a exaustão dos direitos do autor passaria a ser internacional. A ABPI manifesta-se contrariamente a esta alteração, devendo-se manter o princípio da exaustão nacional dos direitos autorais, para que o titular possa negociar, segundo seus próprios interesses, a exploração de sua obra em diferentes territórios. Sugere, por fim, que se reveja a redação do parágrafo único do art. 45, que trata do acesso ao suporte físico contendo obra em domínio público, explicitando, se possível, a natureza jurídica e o titular do “direito de acesso” a esse bem tangível, bem como as garantias devidas ao seu proprietário.

Diante do exposto, a ABPI recomenda:

- (a) a substituição do parágrafo único do artigo 46, na forma e pelos motivos já explicitados no item anterior (“Princípios Gerais”), e transferência da menção à regra dos três passos de Berna para o *caput* do artigo;
- (b) no permissivo de cópia privada (incisos I e II, do artigo 46), deixar mais claro que o copista e o adquirente legítimo do original devem ser, necessariamente, a mesma pessoa;
- (c) no inciso III, do art. 46, que trata das notícias ou artigos informativos, explicitar sua não-aplicabilidade a matérias e artigos que, mesmo sendo jornalísticos, reúnam requisitos de originalidade que permitam sua equiparação a obras literárias;
- (d) no inciso IV, que trata do uso, pela imprensa, de obras preexistentes para fins noticiosos, incluir a ressalva de que o uso deve se limitar a “trechos” ou “fragmentos”. É importante ressaltar que na Internet, o uso jornalístico ou noticioso nem sempre é efêmero e a permissão de uso integral poderia comprometer injustificadamente a exploração normal da obra por parte do titular. A ABPI entende que melhor seria manter inalterado esse permissivo, conforme a redação atual que lhe dá a Lei 9.610/98;
- (e) explicitar a subordinação, à “regra dos três passos” de Berna, dos incisos VI a X, e XII a XVIII, que tratam do uso educacional, terapêutico, no recesso familiar ou religioso, para uso de portadores de deficiência, para fins de

preservação de acervo, ou ainda para fins de publicidade/promoção das obras reproduzidas. Isso pode ser feito, como já sugerido, por meio da inclusão da “regra dos três passos” no *caput* do artigo;

(f) a harmonização do inciso XI, que trata do papel dos herdeiros com relação aos direitos de imagem, ao artigo 20 do Código Civil, que reserva a sucessão nesse aspecto específico a cônjuges, ascendentes e descendentes;

(g) na substituição do parágrafo único do art. 46, sugerida no capítulo 2.1 deste relatório, recomenda-se tratar especificamente dos usos transformativos, evitando sua classificação como “recursos criativos”, conceito amplo demais para caber em uma lista de limitações. É preciso deixar claro que se trata de uma limitação restrita ao uso de “fragmentos”, onde a obra preexistente não seja o objeto central da obra nova; e

(h) trazer a referência à “regra dos três passos” para o *caput* do artigo, transformando-a em base sobre a qual se constroem as limitações específicas, com já indicado no capítulo anterior desta Resolução.

3) Gestão Coletiva

O fomento à criação de arranjos coletivos de gestão de direitos e o reforço na fiscalização estatal de suas atividades constituem pontos centrais do anteprojeto. E nesse aspecto, na direção contrária do que propõe nos itens relativos aos princípios gerais e limitações ao direito do autor, o anteprojeto parece radicalizar a cultura jurídica formalista, estendendo ao máximo o controle do criador primígeno sobre sua obra, mesmo após a transferência contratual de direitos para outros elos da cadeia produtiva e ainda que tal criador esteja legitimamente representado por uma associação civil. Em linhas gerais, o anteprojeto cria dois novos sistemas de arrecadação central de direitos, um para exibições públicas de obras audiovisuais e outro para cópias reprográficas de obras impressas, com funções comparáveis às exercidas pelo ECAD no segmento musical (o sistema musical é mantido pelo texto).

O artigo 68 reza que a “exibição pública” da obra audiovisual, como já ocorre com as obras teatrais e musicais, dependerá de prévia e expressa autorização dos co-autores listados no artigo 16, que são o diretor realizador, o roteirista e os autores do argumento literário e da composição musical ou literomusical criados especialmente para a obra. Pelo artigo 68 do anteprojeto, “considera-se exibição pública a utilização de obras audiovisuais em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão, transmissão ou emissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica”. O próprio artigo 68 exemplifica, em seu parágrafo 4º, o que seriam locais de frequência coletiva: “teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem, exibam ou haja recepção de transmissões ou emissões de obras literárias, artísticas ou científicas”.

Assim, os responsáveis por todos esses estabelecimentos, além dos veículos de radiodifusão/transmissão/emissão por qualquer modalidade, inclusive salas de cinema e, poder-se-ia acrescentar, portais de Internet, devem, nos termos do parágrafo 5º do mesmo artigo 68, “apresentar à entidade responsável pela arrecadação dos direitos relativos à execução ou exibição pública a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais”. E devem fazê-lo “previamente à realização da execução ou exibição pública”. Note-se que a empresa de radiodifusão deve pagar pelos direitos de exibição pública, mesmo que seja também a titular da obra. Isso porque, nos termos do parágrafo único do artigo 86, as receitas advindas dessa modalidade de uso – a exibição pública – deverão ser repartidas entre “autores, artistas intérpretes e produtores, na forma convencionada entre eles ou suas associações”. No caso das salas de exibição cinematográfica, o anteprojeto chega a criar a obrigatoriedade de retenção de 50% do montante devido aos autores/artistas/produtores, subtraído diretamente do valor a ser pago ao distribuidor da obra audiovisual.

São muitos os focos de preocupação da ABPI com relação a esses dispositivos. Para começar, não é assim que o mercado audiovisual funciona no Brasil e em muitos outros países. Entre nós, a exibição pública das obras audiovisuais em geral não importa em recolhimento autônomo, pois tal modalidade de uso já se encontra coberta por licenças amplas conferidas em pontos anteriores da cadeia produtiva. Esta é, sem dúvida, a forma mais eficiente de arrecadação, em especial porque, no caso do audiovisual, a titularidade patrimonial das obras normalmente se concentra em uma só pessoa jurídica, normalmente o produtor, que é o organizador da obra coletiva. O Ministério da Cultura, contudo, manifestou em seu site sua opinião de que as obras audiovisuais, independentemente da forma como foram produzidas, não são obras coletivas. Segundo o MinC:

“A obra coletiva tem a figura do organizador (pessoa física ou jurídica que dirige e divulga a obra, que exerce a titularidade dos direitos patrimoniais). Nesse sentido, presume-se uma dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de delimitação das contribuições individuais, que aparecem fundidas em uma única e autônoma criação (. . .)

A obra audiovisual, no entanto, tem um regime de exploração peculiar. De certa maneira ela se assemelha à obra coletiva – uma vez que uma pessoa física ou jurídica (o produtor) exerce efetivamente a exploração comercial da obra, pois a cessão dos direitos é uma presunção da realização da obra audiovisual. Porém, essa titularidade do produtor é derivada. A autoria continua a ser prerrogativa das pessoas físicas, perfeitamente identificáveis, que são os seus autores”.

Embora apoiada por parte da doutrina (mas não toda), essa opinião não tem base legislativa inequívoca ou mesmo referência jurisprudencial majoritária. Pelo contrário, a própria Constituição Federal, ao garantir aos autores proteção às participações individuais em obras coletivas em seu artigo 5º, inciso XXVIII, parece afastar qualquer dúvida quanto ao fato de que o instituto da obra coletiva não é incompatível com a identificação das contribuições individuais. No âmbito judicial, a aplicabilidade do conceito às obras audiovisuais é amplamente reconhecida e foi recentemente ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça, que em junho de 2009 manteve decisão nesse sentido do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.⁷

⁷ STJ, Quarta Turma – RE 438.138-DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha julgado em 18/06/2009: “Na hipótese de obra artística de caráter coletivo, organizada e promovida por

Por isso, o mercado brasileiro sempre operou com a titularidade da obra audiovisual centrada no organizador, sem prejuízo das participações individuais, cujos direitos são garantidos constitucionalmente. O anteprojeto não altera o conceito de obra coletiva, que continua definida como aquela “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”. Assim, o mais provável é que obras audiovisuais que cumpram esses requisitos conceituais continuem sendo compreendidas pelo mercado (e pelo Judiciário) como obras coletivas, apesar de eventuais interpretações contrárias.

Haverá, naturalmente, casos em que a obra audiovisual não se enquadra na definição de obra coletiva, e nessa hipótese sua titularidade pertencerá conjuntamente aos co-autores. Pelo anteprojeto, esses co-autores deverão se associar a uma entidade de gestão coletiva – espécie de “ECAD” do audiovisual – para arrecadar seus direitos de exibição pública. A entidade deverá negociar com todos os exibidores de obras audiovisuais do país. Será, portanto, necessário criar uma estrutura talvez ainda maior que a do ECAD porque, além de uma capacidade “titânica” de arrecadação, essa entidade deverá ser capaz de negociar caso a caso com cada exibidor antes do uso e ainda distribuir os valores arrecadados entre milhares de titulares segundo critérios acordados em uma infinidade de contratos pulverizados pelo mercado, cada um com suas particularidades.

Teoricamente, os organizadores de obras audiovisuais classificadas como obras coletivas não deveriam ser obrigados a se associar a esses arranjos de arrecadação, desde que possam administrar individualmente suas obras, prerrogativa que cabe a qualquer titular de direitos autorais. Durante o processo de consulta pública, no entanto, o Ministério manifestou opinião de que o art. 86, parágrafo único, do anteprojeto em consulta, torna indisponíveis os direitos dos co-autores da obra audiovisual com relação à exibição pública. Ou seja, mesmo em se tratando de obra audiovisual coletiva – conceito que o MinC parece não reconhecer – os co-autores primígenos, em sua capacidade pessoal, ainda fariam jus à remuneração autoral “a cada exibição” da obra, ainda que tenham cedido integralmente seus direitos patrimoniais ao organizador (este ponto será tratado novamente no último item desta Resolução, relativo a “contratos”).

Afora questões básicas de constitucionalidade e mesmo de aplicabilidade prática, o tema da repartição obrigatória de receitas entre todos os co-autores da obra audiovisual, a cada exibição, tem, ainda, implicações no plano internacional. Pelo princípio do tratamento nacional, consolidado na Convenção de Berna e no Acordo TRIPS, todo direito concedido a um titular brasileiro deve ser automaticamente estendido ao titular estrangeiro, desde que nacional de um estado-membro desses acordos. Isso significa que diretores, roteiristas, autores do argumento literário e da composição musical norte-americanos, por exemplo, passariam a ter direito a parte das receitas de cada exibição de suas obras no Brasil; mas seus pares brasileiros não teriam o mesmo direito nos EUA. Parece razoável esperar um fluxo desfavorável de divisas em função desse rearranjo legislativo, especialmente se considerarmos que: (a) o produto audiovisual norte-americano é amplamente exibido no Brasil, tendo em alguns segmentos maior penetração que o produto nacional; e (b) não haverá contrapartida

empresa, tem esta a titularidade dos direitos autorais daquela, devendo-se resguardar, no entanto, os direitos conexos dos demais autores intelectuais . . .”.

equivalente para o produto nacional no mercado norte-americano, o mais importante do mundo.⁸ Para um anteprojeto que tem na “promoção do desenvolvimento nacional” um dos princípios básicos, esse resultado parece um tanto contraditório.

Além do setor audiovisual, o anteprojeto também cria a necessidade de organização coletiva no setor editorial, para arrecadação de direitos relativos às cópias reprográficas (art. 88-A). Aqui, seria o caso de repensar a obrigatoriedade de se permitir cópias reprográficas quando a obra estiver comercialmente disponível. Essa obrigatoriedade surge, na prática, da análise de outro dispositivo, o art. 52-B, inciso IV, que prevê o licenciamento compulsório da obra quando o autor ou titular do direito de reprodução, de forma não razoável, recusar ou criar obstáculos ao licenciamento previsto no art. 88-A.

Contudo, o mecanismo em si pareceu positivo à ABPI, pois as características do setor editorial, com sua natural multiplicidade de titulares, o aproximam do setor musical, onde o sistema de arrecadação central ainda é a melhor alternativa. As críticas, aqui, se concentram mais nos dispositivos relacionados com o grau de interferência estatal nessas e em todas as outras entidades de gestão coletiva, tema que será tratado no próximo item.

Por tudo quanto exposto, a ABPI recomenda:

- (a) no art. 16, manter, como co-autores da obra audiovisual, os mesmos profissionais já mencionados na lei atual. Há muitas categorias de trabalho criativo envolvidas em uma obra audiovisual. Tais criações, contudo, não se confundem com a obra audiovisual em si, criação autônoma em relação às partes que a compõem;
- (b) excluir o parágrafo único do artigo 86 ou, alternativamente, alterá-lo para que os proventos pecuniários resultantes das exibições públicas de obras audiovisuais, ainda que cobrados por entidade de gestão coletiva, sejam distribuídos para os titulares do direito patrimonial de autor, que podem ser os profissionais elencados no artigo 16 ou outra(s) pessoa(s) física(s) ou jurídica(s) para quem os direitos tenham sido contratualmente transferidos ou ainda, no caso de obra coletiva, o organizador da obra; e
- (c) excluir o art. 86-A.

4) Regulação

O anteprojeto propõe um considerável aumento no grau de intervenção do Estado nos negócios privados relativos a direitos autorais e esta talvez seja a característica mais marcante do texto, ao lado do viés funcionalista atribuído a tais

⁸ O Ministério tem argumentado que a arrecadação autônoma de direitos relativos à exibição audiovisual é uma realidade em certos países, como na Argentina e em parte da Europa, e que, por isso, roteiristas e diretores brasileiros têm recorrido a associações estrangeiras para recolherem sua parcela de rendimentos. Mas ainda não explicou porque considera esse fato uma desvantagem ou algo a ser corrigido. Aparentemente, o resultado é um saldo positivo no fluxo de divisas do país, gerando uma renda extra que pode ainda ser tributada, desde que proveniente de países com os quais o Brasil não mantém tratado de bitributação. (N.A)

direitos. Há pelo menos cinco áreas do anteprojeto em que se nota muito claramente esse “apetite” regulatório: definições; licenças compulsórias; fiscalização da gestão coletiva; sanções civis; e limitações à liberdade de contratar.

No artigo 5º, que trata das definições, o anteprojeto avoca para si a responsabilidade de “reconceituar” institutos regulados na legislação de comunicação social e telecomunicações, campos alheios à competência do MinC. A ABPI não vê razão para a distinção entre emissão e transmissão, que não existe na legislação específica do setor de comunicação. Uma mudança na Lei de Direito Autoral – que não visa a regular o setor de comunicação – pode criar dificuldade de interpretação dos dispositivos hoje em vigor. A lei especial continuará sendo a Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/97, bem como o Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei 4.117/62, a Lei do Cabo – Lei 8.977/95, entre outros diplomas. Tampouco parece razoável a vinculação da modalidade “emissão” à TV aberta e “transmissão” à TV fechada, até porque a definição de emissão proposta no texto inclui também os serviços que fazem uso de satélite, uma das modalidades do serviço de TV por assinatura (TV fechada).

O tema das licenças compulsórias – chamadas no texto de “licenças não voluntárias” – é provavelmente o ponto mais polêmico do anteprojeto. Utilizadas especialmente no campo patentário, as licenças compulsórias representam uma expropriação indenizada de uma parcela da utilidade econômica dos direitos de propriedade intelectual. Consistem, essencialmente, em uma autorização do Estado, concedida em favor de agentes públicos ou privados, para produzir/utilizar/distribuir, sem necessidade de autorização por parte do titular, determinado bem protegido por direitos exclusivos, observadas certas circunstâncias. É uma espécie de “limitação extraordinária”, permitida ao Estado em circunstâncias muito especiais, a ponto de justificar uma intervenção direta na fruição de direitos garantidos constitucionalmente. O exemplo clássico é o das patentes de medicamentos, que podem ser compulsoriamente licenciadas para terceiros em caso de grave ameaça à saúde pública, por exemplo, nos termos do art. 31 do Acordo TRIPS e art. 71 da Lei 9.279/96.

No âmbito do direito internacional dos direitos autorais, é a Convenção de Berna que regula a matéria, mais especificamente em seu artigo 11 *bis* (2), para direitos conexos do radiodifusor; artigo 13(1), para regravações musicais; e nos artigos II e III do apêndice sobre países em desenvolvimento, para traduções e reproduções de “obras publicadas sob forma impressa ou sob qualquer outra forma análoga”, apenas neste grupo específico de países e por prazos determinados. Todas seguem ritos específicos e apresentam caráter claramente excepcional com relação à regra geral (que, dentro dos parâmetros de proteção, é a exclusividade).

A legislação brasileira vigente não regula essa matéria, o que não deixa de ser uma omissão importante. De fato, em certas situações concretas, a limitação da exclusividade parece a opção mais sensata. Difícil imaginar outra forma de regularizar, por exemplo, o uso das chamadas “obras órfãs”, ou seja, obras ainda dentro do prazo de proteção legal cujo autor, ainda que conhecido, não pode ser encontrado. Vários ordenamentos mundo afora prevêm a emissão de licenças compulsórias nestes casos, o que evita que as obras simplesmente não sejam usadas ou que as sejam ao arrepio da lei. Fora de circunstâncias com tamanha presunção de legitimidade, contudo, o uso de licenças compulsórias em matéria autoral ainda gera muita insegurança – e, portanto,

resistência – no mercado. Afinal, repita-se, trata-se de uma expropriação, ainda que parcial e indenizada, de um direito real de propriedade. Essa propriedade, como se sabe, não é a coisa em si, mas sua utilidade econômica.

O anteprojeto em consulta não contribui para amenizar esse quadro de incerteza. Afinal, o texto proposto é mais amplo do que o de Berna, abarcando, no *caput* do artigo 52-B, a “tradução, reprodução, distribuição, edição e exposição de obras literárias, artísticas ou científicas, desde que a licença atenda necessariamente aos interesses da ciência, da cultura, da educação ou do direito fundamental de acesso à informação”. A ABPI é, em princípio, contrária a qualquer ampliação do alcance potencial das licenças compulsórias além dos limites de Berna, o que efetivamente ocorre no texto proposto, onde não há restrições quanto ao tipo de obra passível de licenciamento não voluntário e nem quanto ao prazo da medida. Ademais, segundo Berna, a licença somente pode ser concedida para “fins escolares, universitários ou de pesquisa”.

Ao longo do período de consulta pública, o governo vem defendendo que o objetivo desses dispositivos é corrigir ineficiências em pontos específicos da cadeia produtiva, citando casos polêmicos envolvendo herdeiros de grandes artistas, que por vezes impõem barreiras praticamente intransponíveis ao acesso da sociedade a obras importantes para seu desenvolvimento cultural, seja em função de desacordos internos, seja por expectativas irreais com relação ao preço a ser pago pelo direito de uso. Contudo, nada nos dispositivos sugere que as licenças se limitariam a circunstâncias tão específicas. Pelo contrário. Nota-se que o texto proposto apresenta um grau de subjetividade inadmissível em se tratando de uma norma que regula uma medida de exceção. Os artigos 52-C e 52-D, dedicados ao rito de requerimento, concessão e suspensão da medida, apresentam grau semelhante de subjetividade e não prevêm sequer a interrupção da medida em face da cessação das condições objetivas que a justificaram.

A ABPI questiona, inclusive, se cabe à lei ordinária transformar o acesso a obras protegidas em “necessidade pública”. Parece uma observação legítima. O tema do direito autoral em si ainda é relativamente pouco conhecido no Brasil (mesmo nos meios jurídicos), em parte graças à cultura de “negação” da propriedade intelectual que por décadas marcou o posicionamento da diplomacia brasileira no cenário internacional. Esse quadro só sofreu mudanças significativas a partir do final da década de 1990 e, portanto, é preciso dar ao mercado uma chance de se autoregular antes de impor medidas de força, como são as licenças compulsórias. Poder-se-ia admiti-las em casos excepcionalmente graves, desde que muito bem definidos, ou em hipóteses nas quais não há prejuízo injustificado para os autores/titulares.

Ademais, como defende o próprio anteprojeto, as propostas em pauta devem ser avaliadas em face dos interesses econômicos do país. O Brasil é, hoje, um dos grandes produtores mundiais de bens simbólicos, com vantagens competitivas que o credenciam à liderança internacional em alguns segmentos. E o produto cultural nacional tem, também, grande aceitação no mercado interno. Por isso, a valorização econômica das obras literárias e artísticas produzidas no Brasil contribui diretamente para o desenvolvimento do país. A cultura do respeito aos direitos autorais está diretamente relacionada com essa valorização e é com base nisso que o investidor de longo prazo decidirá alocar nessa atividade produtiva específica os recursos de que o mercado

precisa para se expandir. A banalização das licenças compulsórias certamente não favorece essa cultura.

Outro ponto relativo ao tema “regulação” diz respeito ao nível de interferência estatal permitido pelo anteprojeto com relação às entidades de gestão coletiva de direitos, conforme artigos 97, 98, 98-A, 98-B, 98-C e 98-D, 99, 99-A, 100, 100-A e 100-B. Há uma possível incompatibilidade entre os dispositivos propostos e o mandamento dos incisos XVII e XVIII do art. 5º da Constituição Federal, que garantem plena a liberdade de associação para fins lícitos, sem necessidade de autorização, e proibem ao Estado interferir em seu funcionamento.

O anteprojeto, no entanto, cria a necessidade de registro para que as entidades de gestão coletiva, legalmente enquadradas como associações, possam exercer atividade de cobrança. Cria, ainda, um extenso procedimento de prestação de contas junto ao Ministério da Cultura, regras de escrituração contábil, normas para responsabilização dos dirigentes e interação com sindicatos, além de disposições transitórias relativas a prazos máximos de constituição. Estabelece, por fim, um foro administrativo de resolução de conflitos envolvendo “denúncias de usuários ou titulares de direitos autorais acerca de abusos cometidos pelas associações de gestão coletiva de direitos autorais ou pelo escritório central, em especial as relativas às fórmulas de cálculo e aos critérios de cobrança e distribuição que norteiam as atividades de arrecadação”.

A ABPI manifesta sua preocupação em relação a vários desses pontos e, de fato, há sérias razões para questionar a constitucionalidade da interferência do Estado em entidades de natureza associativa, pelo menos no nível proposto pelo anteprojeto. No entanto, duas questões precisam ser consideradas: (a) que a gestão coletiva deve se tornar uma forma imprescindível de arrecadação para certas modalidades de uso do conteúdo no ambiente digital, com suas inúmeras “janelas”, para onde todas as mídias tendem a convergir; e (b) que, diante da inevitável assimetria de informações entre arrecadadores e beneficiados, algum tipo de fiscalização externa será sempre necessário para dar segurança aos titulares. Parece haver, no entanto, empresas de auditoria no mercado capazes de cumprir essa função. Suspeitas de abuso, fraude ou de qualquer outro ato ilícito podem sempre ser levadas ao conhecimento da autoridade policial e/ou judiciária, para não falar no próprio sistema brasileiro de defesa da concorrência, quando for o caso.

Por fim, cabe aqui tecer algumas considerações sobre as mudanças propostas no capítulo sobre sanções civis. O parágrafo único do artigo 103 propõe uma flexibilização em relação à lei vigente ao determinar que, em “não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de **até** três mil exemplares, além dos apreendidos”, enquanto a Lei 9.610/98 fixa em exatos “três mil” o número de exemplares. Mudança semelhante foi proposta para o art. 109, que trata da multa por representação, execução ou exibição públicas sem o recolhimento dos direitos incidentes junto ao escritório de arrecadação. A mesma lógica flexibilizante se observa na sutil mudança de “deverá” por “poderá” no artigo 105, transformando em faculdade a obrigação do Estado em punir “a emissão, a transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares”.

No entanto, ao mesmo tempo em que flexibiliza as sanções aplicáveis a quem viola direitos autorais, o anteprojeto enrijece as sanções destinadas a coibir eventuais abusos de direito por parte do titular ou do dirigente da entidade de gestão coletiva. Esse contraste fica especialmente claro no artigo 107. O artigo trata, no *caput* e incisos, das sanções aplicáveis às violações de dispositivos técnicos usados para controlar o acesso não autorizado do público às obras protegidas – os chamados DRM – repetindo o texto da lei atual. O parágrafo 1º, no entanto, que é novo, cria penalidades para quem, por qualquer meio: (a) dificulta ou impede os usos permitidos pelos artigos 46, 47 e 48; ou (b) dificulta ou impede a livre utilização de obras, emissões de radiodifusão e fonogramas caídos em domínio público. Não parece temerário inferir quem são os destinatários dessa norma: os produtores de conteúdo que, vendo seu produto ser massivamente copiado – sem a necessária autorização ou sombra de controle por parte das autoridades competentes – decidem adotar medidas técnicas que impeçam a erosão de seus investimentos.

O resultado prático da aplicação do parágrafo 1º do artigo 107 seria a inviabilização do uso de dispositivos técnicos de proteção no Brasil, o que favorecerá a multiplicação das cópias ilegais e reduzirá ainda mais os incentivos aos investimentos em criação, produção e distribuição de bens simbólicos no país. Especialmente quando se considera que o parágrafo 2º do mesmo artigo 107 permite expressamente a “quebra” de dispositivos técnicos de proteção para usos cobertos pelas exceções/limitações dos artigos 46 a 48, ou de itens em domínio público. Dado o grau de subjetividade de muitos desses permissivos, seria relativamente fácil para qualquer pessoa acessar inúmeros itens protegidos, usando como pretexto, por exemplo, o acesso legítimo a um único item eventualmente não protegido situado no mesmo arquivo ou base de dados.

Ainda na esfera das sanções, o aumento da presença do Estado pode ser percebido nos artigos 110-A e 110-B, que trazem a conduta abusiva por parte do titular de direito autoral para o campo da defesa da concorrência e das punições previstas na Lei 8.884/94; e no 110-C, que prevê multa de 50 mil reais, a ser revertida para o Fundo Nacional de Cultura, para o dirigente de entidade de gestão coletiva que não cumprir com a extensa lista de obrigações prevista nos artigos 99-A e 99-B. Por fim, em um avanço sobre a competência de outros ministérios, o artigo 113-A do anteprojeto pretende dar ao Ministério da Cultura poder para se manifestar “no processo de renovação de concessões públicas outorgadas a organismos de radiodifusão, acerca da adimplência desses organismos no que tange aos direitos autorais”. O eventual inadimplemento da empresa com relação a direitos autorais não pode, na opinião da ABPI, condicionar um ato como a renovação de uma concessão de radiodifusão, ato privativo no Ministério das Comunicações e estratégico para a soberania nacional.

A ABPI recomenda, portanto:

- (a) harmonizar o art. 5º, relativo às definições, com a legislação de comunicação social e telecomunicações, evitando a mudança de conceitos já regulados;
- (b) excluir os artigos 52-B, 52-C e 52-D, substituindo-o por um dispositivo simples de licenciamento não voluntário no caso de obras órfãs; e
- (c) reavaliar os artigos 97 a 100-B, compatibilizando-os com a liberdade de associação garantida constitucionalmente;

- (d) estabelecer um parâmetro fixo no art. 103. A mudança proposta tem implicações em outro artigo, o 107, que utiliza o parâmetro do 103 como “ piso” indenizatório para violações de dispositivos técnicos de proteção;
- (e) no artigo 105, voltar com o verbo “deverá”, pois punir “a emissão, a transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares” é um dever, não uma faculdade;
- (f) excluir os parágrafos 1º e 2º do artigo 107, e o artigo 113-A; e
- (g) a respeito do chamado “direito de sequência”, recomenda-se incluir expressamente os “herdeiros” entre os beneficiários no caput do artigo 38, pois há casos de disputas envolvendo leiloeiros e herdeiros a esse respeito; e, no mesmo artigo, substituir “revenda” por “transação”, terminologia mais abrangente.

5) Contratos

O quinto e último aspecto analisado pela ABPI diz respeito às normas cogentes incidentes sobre os negócios jurídicos envolvendo transferência de direitos autorais (artigos 53 e 67). A ABPI notou ganhos em termos de precisão conceitual nos dispositivos que definem as diversas formas de transferência de direitos, mas manifestou preocupação com relação à substância da matéria, em especial no que diz respeito à “cessão”. Em linhas gerais, no entanto, o anteprojeto limita a liberdade contratual das partes, tornando indisponíveis alguns direitos patrimoniais do autor ou criando obstáculos a certas modalidades de transferência de direitos.

O parágrafo 1º do art. 50, por exemplo, prevê que toda cessão de direitos de autor deverá ser averbada pelo cessionário à margem do registro a que se refere o art. 19,⁹ quando a obra estiver registrada, ou, não estando, o instrumento de cessão deverá ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos. Entende a ABPI que, se o registro da obra em si é uma faculdade (convenção de Berna, artigo 5(2)), o registro da cessão a ela relativa também deveria ser. Além do mais, milhares de contratos de cessão são firmados todos os dias no país, em diferentes pontos da cadeia produtiva. A averbação obrigatória seria um custo de transação a mais para as empresas do setor e um peso burocrático desnecessário para o Estado.

A ABPI também discorda do parágrafo 3º deste mesmo artigo 50, que determina que, decorrido o prazo previsto no instrumento de cessão, os direitos retornam obrigatoriamente ao controle econômico do titular originário ou de seus sucessores. Pela cessão transfere-se o próprio direito de autor, de um patrimônio para o outro. Na licença, ocorre a transferência do exercício de alguns dos direitos, sem nenhuma

⁹ Cf. **Anteprojeto de Reforma da Lei de Direito Autoral**, art. 19: “É facultado ao autor registrar a sua obra na forma desta Lei. Parágrafo único. Compete ao Poder Executivo federal dispor sobre a forma e as condições para o registro da obra, especificando os órgãos ou entidades responsáveis por esse registro”.

substituição da pessoa do titular do próprio direito. A cessão será sempre limitada no tempo, pois o próprio direito é limitado no tempo. Ainda que visando a resguardar os direitos do autor, a disposição não contempla a hipótese de a cessão dar-se pelo prazo de validade do direito, ao término da qual a obra cairia em domínio público, sendo impossível o retorno dos direitos ao controle econômico ao titular originário ou sucessores. Parece uma limitação excessiva da autonomia da vontade das partes no delineamento contratual.

Em um ponto que se entende especialmente polêmico do anteprojeto, o artigo 53 proíbe a cessão de direitos autorais em contratos de “edição” (parágrafo 1º). Da mesma cláusula, no parágrafo 3º, consta que o autor poderá requerer a resolução do contrato quando o editor obstar a circulação da obra em detrimento dos “legítimos interesses” do autor. O artigo 67-A, no mesmo capítulo, diz que essas regras se aplicam a “todas as obras protegidas e suscetíveis de serem publicadas em livros, jornais, revistas ou outros periódicos, tais como as traduções, as fotografias, os desenhos, as charges e as caricaturas”; e o 68-B as estende, no que couber, aos contratos de edição de obra musical. O artigo 67-A parece conter certa ambiguidade: da leitura do texto, parece que o capítulo em si aplica-se somente a obras gráficas, mas não é impossível interpretar que as regras do capítulo aplicam-se também a certos tipos de obras gráficas que não são comumente negociadas em contratos de edição, pois são normalmente inseridas em periódicos, mediante contratos de cessão ou licenciamento simples, dentro ou fora da relação de emprego. Já o 68-B é claramente extensivo, pois se aplica somente “no que couber” as regras do capítulo.

Além de questões de técnica legislativa, a ABPI identificou diversos problemas substantivos com esses dispositivos. A regra do art. 53, parágrafo 1º, não deixa claro se a cessão está proibida na edição, enquanto relação jurídica, ou apenas no âmbito específico do instrumento jurídico de edição. A proibição absoluta da cessão de direitos no contexto das relações jurídicas de edição parece absurda, um patente desrespeito à autonomia do titular com relação ao próprio patrimônio. Se tal proibição não é o resultado esperado com o anteprojeto, então seria recomendável deixar expressamente consignada a possibilidade de se realizar a cessão em um instrumento à parte, mesmo que no contexto de uma negociação entre autor e editor.

Quanto à regra do parágrafo 3º do mesmo artigo 53, é preciso salientar que, ainda que fosse possível encontrar um conceito preciso para “legítimos interesses”, seria preciso justificar porque, nessa relação bilateral, os “legítimos interesses” do autor devem prevalecer em relação aos igualmente “legítimos interesses” do editor, com quem o autor contratou livremente. A resolução do contrato por onerosidade excessiva já está prevista no artigo 478 do Código Civil, assim como a função social do contrato e a observância aos princípios de probidade e boa-fé, estes nos artigos 421 e 422. O que o parágrafo 3º do art. 53 estabelece é mais um requisito de validade contratual, que é o atendimento aos interesses de uma das partes, mesmo que em detrimento da outra. A respeito, a ABPI entende haver um desrespeito aos direitos atribuídos ao editor pelos artigos 53 a 67 do próprio anteprojeto. Desloca-se o ponto ótimo de equilíbrio, desconsiderando o objeto do negócio.

Esses dispositivos parecem colocar o autor em uma condição de “hipossuficiência” em relação aos demais elos da cadeia produtiva, equívoco que se repete no parágrafo único do artigo 86, que trata dos direitos de exibição pública das

obras audiovisuais. O *caput* do artigo diz que os direitos autorais decorrentes dessa exibição, bem como da execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas preexistentes incluídos em obras audiovisuais, serão devidos aos seus titulares pelos responsáveis dos locais ou estabelecimentos que as exibirem, ou pelas empresas de comunicação que as transmitirem ou emitirem. No parágrafo único, uma ressalva:

“Sem prejuízo do disposto no art. 81, os proventos pecuniários resultantes de cada exibição pública de obras audiovisuais serão repartidos entre seus autores, artistas intérpretes e produtores, na forma convencionada entre eles ou suas associações”.

O artigo 81, mencionado no dispositivo, se refere ao direito de exploração econômica conferido pelo autor ou intérprete ao produtor da obra audiovisual. O parágrafo único do art. 86, portanto, excepciona esse direito de exploração econômica ao obrigar o produtor a “repartir” com os “co-autores” os proventos pecuniários resultantes de cada exibição pública. Em outras palavras, o dispositivo torna indisponíveis alguns direitos patrimoniais e, ao fazê-lo, relativiza a titularidade patrimonial do produtor da obra audiovisual sobre seu conteúdo. E o coloca compulsoriamente em uma relação de “sociedade” com o roteirista, o compositor de trilhas e outros “co-autores”, pelo menos quando tratar-se de receitas advindas da exibição pública. Estende, portanto, para outras categorias profissionais, a regra da indisponibilidade hoje incidente sobre o pagamento de direitos conexos de artistas e técnicos de espetáculo, nos termos da antiquada Lei 6.533/78.

Muitos dos contratemplos temidos pelo mercado com essas mudanças poderiam ser evitados com o enquadramento das obras audiovisuais entre as chamadas “obras sob encomenda ou decorrente de vínculo”, que voltam ao direito autoral brasileiro no artigo 52-A. Ocorre que o anteprojeto exclui expressamente (e sem maiores explicações) as obras audiovisuais de caráter não publicitário desta categoria, evitando que o setor se beneficie deste eficiente instituto jurídico. Assim, embora em suas justificativas públicas o anteprojeto se filie a um discurso liberalizante, nota-se que tal flexibilização se dá de forma seletiva, somente com relação aos direitos patrimoniais de alguns titulares; em outros casos, dentro do mesmo texto, o que se observa é uma elevação objetiva de parâmetros protetivos. A natureza dos direitos é idêntica, mas o anteprojeto pretende criar (ou radicalizar) uma diferenciação *rationae personae*.

Afora questões sobre a constitucionalidade de alguns desses dispositivos, a ABPI entende que este movimento segue na contramão das medidas recentes tomadas pelo próprio governo para profissionalizar a indústria audiovisual. A manutenção (não revogação) e, pelo contrário, aparente enaltecimento da anacrônica legislação de artistas e técnicos parece um retrocesso. A cadeia produtiva do audiovisual ressentir-se da insegurança jurídica causada pelo tratamento especial a certas categorias e, se o Brasil optou por tratar essa cadeia como uma indústria – vide criação da ANCINE e outras políticas públicas para o setor – deve-se buscar a simplificação do marco regulatório.

A “infantilização” do autor no contexto de suas relações com parceiros de negócio só fará mal ao setor cultural como um todo. Ao negar ao autor a capacidade civil de ceder seus direitos patrimoniais, no todo ou em parte, da forma como melhor lhe aprouver, o Estado está na verdade privando este autor de parte de sua propriedade, que é a utilidade econômica dos direitos que detém sobre suas obras. Na maioria dos

casos, é de se prever que o valor de mercado da cessão parcial seja menor que o da cessão total da mesma obra, pois a utilidade econômica da cessão total tende a ser maior que da cessão parcial. O poder de barganha do autor acompanha esta tendência. No curto prazo, proibir ou dificultar a cessão de direitos originários pode até forçar o investidor a se submeter a termos de transação menos favoráveis. No longo prazo, no entanto, a escolha do investidor não será entre buscar a cessão parcial ou total, mas entre investir neste setor da economia ou em qualquer outro, com maior retorno e/ou menos risco. Seria pior para o Brasil e sua extraordinariamente competitiva indústria cultural.

Tecidas as considerações acima, a ABPI recomenda:

- (a) transformar em faculdade a obrigação prevista no art. 50, parágrafo 1º;
 - (b) excluir o parágrafo 3º do art. 50;
 - (c) excluir o parágrafos 1º do art. 53 ou deixar expressamente consignada a possibilidade de que a cessão, ainda que no contexto de uma relação de edição, pode se dar em um instrumento à parte;
 - (d) excluir o parágrafo 3º do art. 53;
 - (e) excluir o parágrafo único do artigo 86 ou, alternativamente, alterá-lo para que os proventos pecuniários resultantes das exposições públicas de obras audiovisuais, ainda que cobrados por entidade de gestão coletiva, sejam distribuídos para os titulares do direito patrimonial de autor, que podem ser os profissionais elencados no artigo 16 ou outra(s) pessoa(s) física(s) ou jurídica(s) para quem os direitos tenham sido contratualmente transferidos ou ainda, no caso de obra coletiva, o organizador da obra; e
- (d) excluir o inciso VI, do parágrafo 10, do art. 52-A.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2010.

Luiz Henrique O. do Amaral
Presidente

Eduardo Paranhos Montenegro
4º Vice-Presidente e representante do Comitê Executivo no Comitê Empresarial

Maitê Cecilia Fabbri Moro
Diretora Relatora

Gisele Levy
Presidente do Comitê Empresarial e Membro do Conselho Diretor da ABPI

Cláudio Lins de Vasconcelos

Coordenador do Grupo de Revisão e Co-coordenador da Comissão de Direitos Autorais e Direito da Personalidade - RJ

Sonia d'Elboux

Co-coordenadora da Comissão de Direitos Autorais e Direito da Personalidade - SP