

São Paulo, 31 de julho de 2010.

Anteprojeto de Lei à revisão da Lei 9.610 de 1998

Colaboração Ivana Có Galdino Crivelli (advogada), Presidente da Associação Paulista da Propriedade Intelectual – ASPI – icrivelli@crivellicarvalho.com.br

No campo dos direitos intelectuais vivemos um dos mais ricos e frutíferos períodos de debates sobre direitos de autor os que lhe são conexos.

O Ministério da Cultura deve ser saudado por ouvir a todos os atores sociais e pela condução de forma democrática dos debates nos seminários de sua responsabilidade.

Um breve retrospecto é fundamental para se olhar para o futuro. Em 1998, entrou em vigência a Lei 9.610 que abriga um marco humanista relevante – valorização do ato-fato jurídico de criação para legitimar um criador intelectual. Somente a pessoa física passou a ser reconhecida como autor. Excluídas as possibilidades de reconhecimento de uma pessoa jurídica ser considerada autor, nem mesmo por força contratual, em face da restrição legal do caput do artigo 11 da Lei 9.610 de 1998.

Por outro lado, a Lei em vigência atribui ao organizador da obra coletiva a qualidade jurídica de titular de direitos patrimoniais, coerente a seu aporte administrativo e financeiro à produção. Revogou-se o dispositivo da Lei de 1973 que atribuía autoria ao organizador da obra coletiva o qual de forma equivocada visava a segurança jurídica do investidor.

A Lei 9.610 de 1998 trás expresso em seu artigo 11 que somente pode ser autor a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica, sem que tal disposição interfira no exercício de direitos patrimoniais por pessoas jurídicas, na forma contemplada pelo parágrafo único do artigo 11, o qual confere a efetividade da lei autoral para o que couber às pessoas jurídicas.

As pessoas físicas ou jurídicas não são impedidas de negociar com os autores e/ou sucessores as modalidades de exploração econômica interessantes para sua atividade empresarial.

Nesta esteira, seguiu-se a exclusão do produtor do rol dos co-autores da obra audiovisual, pois a segurança jurídica almejada para a exploração econômica do filme pode ser estabelecida contratualmente. A titularidade patrimonial da obra coletiva se não melhor regulamentada em contrato deve ser interpretada de forma restritiva à finalidade imediata do contrato¹.

A obra coletiva tem um regime próprio no sistema jurídico brasileiro desde a promulgação da CF em 1988 – é obrigatório o reconhecimento das participações individuais. Ora, se é obrigatório o reconhecimento das participações individuais, como se pode, ainda, depois de 22 anos de vigência da Constituição, temer-se a obra coletiva como aquele instituto jurídico de outrora que permitia a diluição das autorias, impedindo-se a identificação das contribuições individuais, ou seja, do reconhecimento e remuneração aos autores das obras formadoras da

¹ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Editora Saraiva, Vol. 03, p. 456. Considera-se objeto imediato pela teoria geral do direito o objeto da relação jurídica, que é a prestação devida pelo sujeito passivo, por ter o credor a permissão jurídica de exigir uma obrigação de dar, fazer ou não fazer.

obra coletiva?² A jurisprudência pode ser pesquisada a fim de se exaurir dúvidas quanto a distintas interpretações.

Por outro lado, a despeito de todo o clamor social e comercial do acesso a conteúdos intelectuais, o anteprojeto não poderá contrariar a natureza protecionista da Lei de Direito Autoral.

A hipossuficiência nas relações de trabalho e nas relações de consumo

Relações de Consumo

O Código de Defesa e do Consumidor tem por objetivo resguardar a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I), como a hipossuficiência daqueles cuja vulnerabilidade é superior a média, tais como os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como daqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo.

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores enquanto a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores.

A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática³.

² Várias decisões do CNDA registram este momento.

³ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari. – 9ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Pp 381 e 382

(Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto – 9ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Pp 381 e 382)

Explica Fernando Vasconcelos que por “vulnerabilidade do consumidor” entende-se a situação que fragiliza ou enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Existem três espécies de fragilidade do consumidor: técnica, jurídica e fática. O autor explica ainda que “o princípio da vulnerabilidade é considerado como elemento essencial de proteção ao consumidor, tendo em vista que não existem dúvidas de que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo diante do poder econômico”. Esta vulnerabilidade é tratada inclusive pela Constituição Federal que prevê, em seu art. 5º, XXXII, a defesa do consumidor promovida pelo Estado.

Os instrumentos da inversão do ônus da prova e da responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, utilizados para a proteção do consumidor nasceram deste princípio⁴. Sugiro um estudo análogo para os processos que cuidarem sobre direitos autorais.

De acordo com Paulo Valério Dal Pai Moraes⁵, “vulnerabilidade é um conceito que expressa relação, somente podendo existir tal qualidade se ocorrer a atuação de alguma coisa sobre algo ou sobre alguém”, para o autor este é o princípio pelo qual o sistema brasileiro reconhece a qualidade ou condição do sujeito mais fraco na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de este ser ofendido ou ferido na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação.

A hipossuficiência e aspectos processuais

⁴ Vasconcelos, Fernando Antonio de. Brandão, Fernanda Holanda de Vasconcelos. Direito do consumidor e responsabilidade civil, perguntas e respostas. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. Pp 5 e 15.

⁵ Moraes, Paulo Valerio Dal Pai. Código de defesa do consumidor, o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais. 3ª Ed. – Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2009. PP 125, 129, 130 e 131

Os critérios de hipossuficiência e vulnerabilidade, para as relações de consumo, são de relação, cabendo ao magistrado a definição no caso concreto, de acordo com a realidade que circunda uma demanda judicial. O magistrado deve levar em consideração os sujeitos da relação processual entre si, a fim fazer uma hierarquização valorativa da posição de cada parte do modo a distribuir de maneira justa o ônus da prova. Sugiro um estudo análogo para os conflitos de direitos autorais onde se questione o abuso de direitos.

Outro ponto importante com relação ao hipossuficiente é o fato de a norma consumerista não estar orientada somente para o consumidor individual, cabendo o critério de hipossuficiência ser também apreciado nos casos de substituição processual, quando associações ou órgãos de defesa do consumidor são obrigados a demandar na defesa da coletividade. Situação que pode ser análoga a representação das associações de gestão coletiva e Ecad perante os respectivos membros e associados.

Relações de Trabalho

A Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 acarretou uma considerável ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, como se pode depreender da nova redação atribuída ao artigo 114, da Constituição Federal. Considera-se relação de trabalho toda relação jurídica cujo objeto residir na atividade profissional e pessoal de pessoa física para outrem, o que abrangerá não apenas as relações de emprego, mas outras relações jurídicas ou contratos de atividade profissional de trabalhadores embora a outro título⁶. São requisitos básicos para a configuração da relação de trabalho a existência de trabalho profissional ou remunerado, a profissionalidade (afastados

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. Editora Saraiva, 24ª Edição: 2009, pp. 219.

serviços gratuitos ou prestados com finalidade não profissionais), a pessoalidade, a indissociabilidade entre o trabalhador e o trabalho que presta (o objeto é a própria atividade da pessoa), o de personalidade do trabalhador e o objeto do trabalho e o espírito de colaboração entre trabalhador e empregador ou tomador de serviços.

Esta ampliação tem uma repercussão significativa nas relações jurídicas decorrentes de atividades intelectuais, uma vez que “a transferência da competência para a Justiça do Trabalho nela concentra o trabalho profissional e pessoal, atendendo a um imperativo de sistematização”, sustenta o renomado Professor Amauri Mascaro do Nascimento⁷.

O doutrinador esclarece em sua obra que “profissão é a aplicação ordenada e racional de parte da atividade do homem destinada aos fins que devem ser alcançados para prover a própria subsistência ou a de outras pessoas, não compreendidas, nessa categoria, as atividades que não estão dirigidas para essa finalidade econômico-alimentar, como o cultivo da música por mero deleite pessoal.”

Quando a Justiça do Trabalho tornou-se competente para julgar os conflitos referentes a todo e qualquer tipo de relação de trabalho, esta justiça especializada passará a aplicar os princípios do Direito do Trabalho sob as lides de sua competência.

Na relação trabalhista o empregado ou o trabalhador agora em sentido lato é considerado hipossuficiente, uma vez que há uma desigualdade econômica entre empregador e empregado, entre tomador de serviços e eventual, avulso, autônomo ou temporário, sendo o trabalhador o pólo mais fraco na relação laboral. Para equilibrar esta desigualdade, há no Direito do Trabalho o princípio da

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. Editora Saraiva, 24ª Edição: 2009, pp. 216 e 223.

proteção. Renato Saraiva⁸ explica que este é o princípio de maior amplitude e importância no direito trabalhista, pois ele cria mecanismos, regras e presunções próprias, visando diminuir a desigualdade existente, conferindo ao empregado uma superioridade jurídica em relação à outra parte, que lhe garanta os direitos mínimos previstos na legislação trabalhista. Traz também o autor que tal proteção “é uma forma de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, possibilitando a melhoria das condições de vida dos trabalhadores, e permitindo o bem-estar social dos obreiros.” Entre estes, estão os obreiros intelectuais.

No mesmo entendimento, traz Carlos Henrique da Silva Zangrando⁹ que o princípio da proteção é a intervenção do Estado nas relações de trabalho¹⁰, limitando a autonomia da vontade e atraindo uma melhor equiparação entre as partes na relação de emprego “compensando a desigualdade econômica com uma desigualdade jurídica”. O princípio da proteção pode ser dividido em subprincípios, pelo princípio “*in dúbio, pro operário*”, quando uma mesma norma comportar várias interpretações, ou quando esta for dúbia, deve ser aplicada a interpretação mais favorável ao empregado, observando a primazia do interesse público e do bem-estar social. Pelo princípio da “norma mais favorável”, quando houver mais de uma norma jurídica aplicável à relação trabalhista, deve ser aplicada aquela que assegurar a melhor

⁸ Saraiva, Renato. Direito do trabalho, versão universitária. 2ª Ed. - São Paulo: Ed. Método. p 39.

⁹ Zangrando, Carlos Henrique da Silva. Curso de direito do trabalho, tomo I. São Paulo: Ed. LTr. Pp 311 e 312.

¹⁰ É importante resgatar-se a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda 45 de 2004, e seus efeitos no sistema jurídico brasileiro. Os dissídios individuais sobre relações de trabalho abrangem: situações de emprego, algumas formas semelhantes às relações de emprego; contratos de atividade laboral do Código Civil. Originariamente o artigo 114 da CF atribuía à Justiça do Trabalho competência para decidir, na forma da lei, outras controvérsias de correntes da relação de trabalho. Agora, em face da EC 45, houve uma ampliação da competência da Justiça do Trabalho: não só o empregador poderá figurar no pólo passivo das reclamações trabalhistas, mas também outros tomadores de serviços. E, conseqüentemente, no pólo ativo, a ação poderá ser proposta tanto por um empregado, como por um avulso, eventual, temporário e até mesmo pelo autônomo. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. Editora Saraiva, 24ª Edição: 2009, pp. 213 e 216.

condição para o trabalhador. Há também o princípio da “condição mais benéfica”, onde existindo uma norma anterior que já foi aplicada, e sendo ela mais benéfica, ainda que sobrevenha outra norma, esta deve ser respeitada, justamente por ser mais proveitosa.

A Lei de Direito Autoral regula as relações envolvidas no trabalho intelectual, portanto disciplina a relação entre os sujeitos de atos de criação intelectual (art. 11, LDA/98) e a sociedade, todavia as relações são bilaterais (sujeitos de atos de criação intelectual e empreendedores; empreendedores e usuários; mais raramente, sujeitos de atos de criação intelectual e usuários).

Nas relações entre sujeitos de atos de criação intelectual e empreendedores, em regra o hipossuficiente é pessoa física criadora, intérprete ou executante.

Na relação entre sujeito de atos de criação intelectual e usuário o hipossuficiente é em regra o autor, o artista, e não o usuário, visto a dependência econômica daqueles perante o usuário, fato que não interfere na necessidade de regulamentação das limitações e exceções aos direitos exclusivos de autor, artistas, intérpretes, executantes, produtores de fonograma e radiodifusores.

O usuário, consumidor dos denominados “produtos culturais” tem o Código de Defesa e do Consumidor para abalizar os direitos e obrigações nas relações de consumo, e, nos parece não serem necessárias novas justificativas para a coibição de abusos pelo Poder Judiciário, que também pode se amparar quando for o caso, no arcabouço jurídico nacional, incluindo-se neste a legislação consumerista, os direitos fundamentais consagrados pela CF, bem como no Direito de defesa à concorrência e livre iniciativa.

É com preocupação que analisamos algumas propostas no anteprojeto que de forma indireta, e certamente, involuntária, podem equiparar obras intelectuais, interpretações e produções a produto, ainda que o chamado “produto cultural”. Sugerimos que o anteprojeto venha a ser melhor analisado quanto a seus efeitos dentro de todo o arcabouço jurídico, inclusive dentro dos propósitos do Estado brasileiro em defender seu capital intelectual no mercado internacional.

A importante discussão da exceção cultural (a qual determina que produtos considerados como bens culturais não devem ser submetidos às regras do livre comércio, obedecendo a uma legislação específica) promovida pela França junto à OMC é um exemplo louvável a merecer melhor estudo.

A discussão sobre o anteprojeto é importantíssima, vem sendo desenvolvida de forma bastante acirrada, polarizada entre ideologias, preconceitos, perdendo-se, por vezes, em determinados seguimentos, a forma razoável e salutar a um resultado profícuo ao aperfeiçoamento da Lei de Direito Autoral.

Os contratos têm um importante papel nas relações sociais e é por meio deste instrumento que uma lei pode ou não ser aplicada.

O Estado é no Brasil um grande mecenas da cultura nacional em face das leis de renúncia fiscal, dos editais das estatais e demais concursos subsidiados com dinheiro público. O Estado deve se atentar para a aplicação exemplar da lei, por meio do desenvolvimento de um sério e rígido controle e penalidade à observância dos direitos autorais em suas secretarias, autarquias, fundações e bem como por todos aqueles que receberem dinheiro público.

A Lei 9.610 de 1998 é passível de críticas, deve ser aprimorada ante a experiência de seus doze anos, por outro lado, se a lei em vigência fosse realmente aplicada pelo menos nos contratos subsidiados direta ou indiretamente pelo Estado, o tão criticado desequilíbrio entre autores e titulares poderia ser atenuado.

O Estado brasileiro pode, assim, como suas agências regulamentar procedimentos para a fiel observância da Lei de Direito Autoral, como requisito e condição de habilitação para renúncia fiscal.

Sugerimos uma melhor regulamentação dos princípios norteadores do Código Civil de 2002, bem como dos princípios do Direito do Trabalho nos negócios jurídicos amparados pela Lei 9.610 de 1998 em face da natureza jurídica de trabalho intelectual.

A gestão coletiva de direitos autorais é fundamental para a efetividade da Lei de Direito Autoral, o ECAD como órgão arrecadador deve ser submetido a mais cristalina fiscalização de forma democrática e eficiente para que seus associados e toda a sociedade brasileira melhor participem do modelo brasileiro de gestão coletiva. Todo e qualquer abuso deverá ser coibido, caso a caso, pelo Poder Judiciário, todavia, em prol do equilíbrio de forças entre sociedade e Ecad, o Estado deverá zelar por não coibir a liberdade plena de associação, e, sim fomentar o associativismo e sua mais plena legitimidade de representação.

É importante lembrar que há muito o mundo inteiro enfrenta a crise dos movimentos sindicais e de associação, dado as mudanças sociais e as pressões dos detentores da produção, outrora majoritariamente concentrados nas indústrias, agora, por sua vez, concentradas na produção intelectual.

Estamos vivendo esta realidade no campo da Propriedade Intelectual, quando somos cobrados a refletir sobre as questões sociais x direitos exclusivos de propriedade intelectual.

A sociedade, especialmente a Geração Y, busca respostas e não se satisfaz com os conceitos ortodoxos. O Direito deve acompanhar os fatos sociais, e a transformação da sociedade, porém, de forma cuidadosa a evitar retrocessos.

É de suma importância que o Estado tenha plena consciência de seus direitos-deveres perante a sociedade, como da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e, não apenas para aqueles que já garantiram sua independência na sociedade. Cabe ao Estado zelar, inclusive de forma preventiva, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, sobretudo contra as agressões provenientes de particulares e Estados estrangeiros. Esse dever do Estado importa na sua obrigação de adotar medidas de diversas naturezas, com o objetivo de proteger de forma efetiva, o exercício dos direitos fundamentais¹¹.

Sendo o que nos cumpria neste momento, em face de circunstâncias não favoráveis a um maior detalhamento, tampouco aprofundamento desta modesta contribuição.

Ressalto, oportunamente, que a contribuição da Associação Paulista da Propriedade Intelectual – ASPI não pode ser apresentada durante o prazo de consulta pública em função da impossibilidade do tema ter sido discutido exaustivamente entre associados, bem como pela

¹¹ VASCONCELOS, Armando Cruz. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de subordinação. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aspWid=12395>

necessidade do trâmite regular do documento para o conhecimento e comentários da Diretoria e Conselho.

Ivana Có Crivelli

Presidente

Associação Paulista da Propriedade Intelectual - ASPI