

**SEMINÁRIO : DIREITO AUTORAL - UMA REFLEXÃO SOBRE OS 10 ANOS
DA LEI 9.610 / 98**

**Promovido pela Comissão de Direito Autoral, Direitos Imateriais e
Entretenimento da OAB / RJ**

Rio de Janeiro, 6 e 7 de novembro de 2008

PAINEL : A HISTÓRIA DE UMA LEI

Palestrante : João Carlos de Camargo Eboli

Sinto-me à vontade para atuar, como palestrante, em um Seminário que tem por título "*Uma Reflexão sobre os 10 Anos da Lei 9.610/98*", pois, por dever de ofício, passo dos dias a refletir sobre o os preceitos contidos no novo Diploma de regência dos direitos autorais no País.

O advogado que mais conhece os aspectos que envolvem a longa tramitação da Lei 9.610/98, porque a viveu intensamente, é, sem dúvida, o meu querido amigo, parceiro de banca e de painel, João Carlos Müller Chaves. Assim, para benefício dos participantes deste evento, combinei com o Müller que ele daria mais ênfase à história e à filosofia da Lei, ficando por minha conta a análise pontual de seus dispositivos mais relevantes, inclusive estabelecendo comparações entre o atual Diploma autoral e aquele que o precedeu, ou seja, a Lei 5.988, de 1973.

Posso lhes assegurar que temos uma boa Lei autoral, compatível com aquelas em vigor nos países mais avançados. Sob esse aspecto, ocupamos uma posição de vanguarda.

A Lei nº 9.610, de 1998, uma pré-adolescente de 10 anos, que no curso deste trabalho é chamada também de Lei de regência ou Diploma de regência, altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais em nosso País. Altera, é verdade, mas com os fins específicos de atualizar e consolidar as normas pertinentes. Nada além. E, nessa trilha, as alterações foram quase sempre positivas.

Nessa trilha, a Lei atual não representa uma ruptura do sistema que emergiu da Convenção de Berna, de 1886, foi consagrado pelo excelente Código Civil de 1916 e consolidado na Lei 5.988/73. Tanto que a maior parte dos preceitos básicos constantes da Lei anterior foram confirmados pelo legislador de 1998.

Com originalidade, que remonta ao Diploma de 1973, a legislação brasileira se utiliza da expressão “direitos autorais” como denominação genérica, esclarecendo que a mesma compreende tanto os direitos de autor como aqueles que lhes são conexos. Os direitos de autor podem ser de natureza moral ou patrimonial. Os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis, enquanto que os direitos patrimoniais são disponíveis, podendo, pois, ser transferidos a terceiros. Os estrangeiros domiciliados no exterior gozam da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil. Aplica-se o disposto na Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou estrangeiros domiciliados no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais equivalentes. Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis. Os negócios jurídicos sobre direitos autorais interpretam-se restritivamente e se presumem onerosos, razão por que a gratuidade, se existir, deverá ser expressamente declarada no respectivo instrumento contratual. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, bem como de fonogramas, são independentes entre si e a autorização concedida respectivamente pelo autor ou pelo produtor, para determinada modalidade de uso, não se estende a qualquer das demais. O registro de obras intelectuais é facultativo, na medida em que a proteção legal independe da referida formalidade. Felizmente a Lei brasileira não acolhe os institutos da licença legal, compulsória, e do domínio público remunerado (pagante), que podem se prestar ao cerceamento da difusão cultural e ao indesejável controle da criação intelectual pelo Estado. Considero saudável a nova Lei não fazer qualquer referência expressa aos conceitos de lucro direto ou indireto, eliminando com isso uma discussão acadêmica e já agora ociosa. A Lei brasileira deixa claro em seu Artigo 46 e não há espaços para outras interpretações, que, independentemente da existência de lucro direto ou indireto em favor do usuário, só não serão consideradas como públicas, para fins de proteção, as representações teatrais e execuções musicais realizadas no recesso familiar, ou ainda em estabelecimentos de ensino para fins exclusivamente didáticos e, finalmente, as execuções de obras musicais e de fonogramas e as exibição de obras audiovisuais em estabelecimentos comerciais, para simples demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a utilização de tais obras e produções.

Não disponho de tempo suficiente para abordar todos os aspectos pontuais que poderiam decorrer de um estudo comparativo entre a Lei atual e a de 1973. Por isso, ficarei restrito às inovações que me parecem mais relevantes.

Uma das mais significativas está contida no Artigo 11 da Lei de Regência, que limita expressamente a condição de autor às pessoas físicas, o que considero justo e correto. As pessoas jurídicas poderão apenas exercer, como sucessoras, os direitos patrimoniais de autor e, como titulares originárias ou derivadas, os direitos conexos sobre suas produções fonográficas, no caso dos produtores de fonogramas, e sobre suas emissões, no caso das empresas de radiodifusão.

Outro avanço se deu em relação às definições, mais completas, precisas e atualizadas no Artigo 5º da Lei atual do que no correspondente Artigo 4º da Lei

de 1973. A Lei em vigor define com exatidão as três modalidades básicas de utilização das obras intelectuais : os direitos de reprodução, de distribuição e de comunicação ao público. Quando expõe o conceito de reprodução, a Lei de regência abarca expressamente a cópia por meios eletrônicos, referindo-se a qualquer forma de armazenamento, permanente ou temporário. Já ao estabelecer o conceito de distribuição, contempla o direito exclusivo do respectivo titular de por à disposição do público obras, interpretações fixadas e fonogramas, mediante a venda, a locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse.

Lamento que, em seu Artigo 7º, ao definir obras intelectuais, a Lei atual tenha, como a anterior, omitido o componente “originalidade”, sem dúvida essencial. O conceito seria mais completo se falasse em criações do espírito expressas por qualquer meio original e não apenas por qualquer meio.

Outrossim, a Lei de Regência ampliou o rol, meramente exemplificativo, das obras protegidas, com a inclusão, dentre outras, das bases de dados e dos programas de computador.

Ademais, a defasada expressão “videofonograma”, embora etimologicamente correta, foi bem substituída pela abrangente expressão “obras audiovisuais”.

No que tange à co-autoria das obras audiovisuais, a Lei atual mantém, como co-autores, o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor, mas exclui o produtor. Foi eliminado o preceito do Artigo 37 da Lei anterior, no sentido de que, salvo convenção em contrário, no contrato de produção, os direitos patrimoniais sobre obra cinematográfica pertenceriam ao produtor. Na prática, contudo, essa titularidade persiste, assegurada que é aos produtores por via contratual.

Dentro da mesma filosofia, por pressão da classe artística, foi excluído o preceito do Artigo 36 da antiga Lei, que preceituava que, salvo convenção em contrário, se a obra intelectual fosse produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor pertenceriam a ambas as partes. Assim, com a entrada em vigor da Lei atual, a titularidade dos direitos patrimoniais de autor sobre as obras assim produzidas deverá ser necessariamente definida pelos interessados em contrato. Mais trabalho para os advogados, o que não deixa de ser bom para a nossa classe.

Avanço substancial se deu nas redações dos Artigos 28 e 29 da Lei atual, que têm seus correspondentes nos Artigos 29 e 30 da antiga Lei. O Artigo 28 da lei atual preceitua que cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Inovou em relação ao conteúdo do Artigo 29 da Lei anterior ao acrescentar a palavra “*exclusivo*”, quando dispõe que cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra. Os textos da legislação ordinária, tanto da atual como da pretérita, são tecnicamente muito mais precisos do que o preceito constitucional, que, de forma inadequada, mistura gênero com espécie.

Assim é que o Inciso XXVII do Artigo 5º da Carta Magna declara que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, quando sabemos que publicação ou reprodução são espécies do gênero utilização. Como o da Lei anterior, o correspondente dispositivo da Lei em vigor preceitua que depende de autorização do autor qualquer forma de utilização da obra, para depois, em seus incisos, arrolar, de forma exemplificativa, as diversas espécies do gênero utilização.

Com precisão, a Lei atual incluiu em primeiro lugar no rol das modalidades de utilização descritas em seu Artigo 29 a mais tradicional e emblemática de todas elas, ou seja, a reprodução da obra, preenchendo uma lacuna existente na Lei anterior.

Por outro lado, vale observar que, embora o Brasil ainda não tenha aderido formalmente aos dois Tratados da OMPI sobre a Internet, ambos de 1996, várias de suas disposições, tanto do Tratado sobre Direitos de Autor, como do Tratado sobre Interpretações e Fonogramas, foram recepcionadas pela atual Lei de regência.

Nesse sentido, o citado Artigo 29 do atual Diploma teve, por exemplo, o mérito de adequar a norma jurídica às novas situações criadas pelas modernas tecnologias, em especial no campo da informática, ou mais especificamente diante da crescente e avassaladora utilização de obras através da Internet.

A redação dos seus Incisos VII e IX não nos deixa mentir. Permitimo-nos transcrever os mencionados preceitos, pela importância que têm.

“Art. 29 – Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como :

Inciso VII – a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

.....

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

Agrada-mes também o fato de a Lei atual incluir expressamente na alínea f) do Inciso VIII do Artigo 29 a “*sonorização ambiental*”, deixando claro que essa crescente modalidade de uso das obras musicais dependerá sempre da prévia e expressa autorização do autor.

Ainda que, em ambas as Leis, as enumerações sejam exemplificativas, a Lei atual, de forma bem mais clara do que a anterior, deixa isso patente ao dispor, no Inciso X do citado Artigo 29, que dependerão de prévia e expressa

autorização do autor quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

O Artigo 46 da Lei atual disciplina de forma bem semelhante à do Artigo 49 da Lei anterior as limitações ao exercício dos direitos de autor. A lista das exceções é exaustiva e taxativa.

Entretanto, o Inciso II do Artigo 46 da nova Lei, com mais rigor do que a Lei anterior, declara só ser tolerável a “*reprodução em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro*”. Já a Lei de 1973, no Inciso II do seu Artigo 49, referia-se também à “*reprodução em um só exemplar*”, sem limitar, contudo, esse uso, à reprodução apenas de “*pequenos trechos*” da obra.

Ao inovar em relação à legislação autoral pretérita, representada pela Lei nº 5.988, de 1973, limitando, no caso, o denominado “*fair use*” à reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos da obra, a Lei atual, divorciada da realidade, escancarou a porta da utopia, por certo no desejo de agradar os autores e demais titulares de direitos intelectuais. Só que estabeleceu uma restrição impraticável e incontrolável.

Não se pode esperar que, em estrito cumprimento à norma vigente, um jovem estudante, por exemplo, se limite a copiar, através de máquina xerox ou via Internet, apenas um curto trecho de um trabalho didático que lhe possa ser útil. Ou que alguém se contente em reproduzir os primeiros quinze segundos de uma obra lítero-musical de três minutos ou os primeiros dez minutos de uma película cinematográfica com a duração de duas horas. Ficamos a imaginar a hipótese, quase impensável, de alguém, para atender ao pé da letra o mandamento do Inciso II do Art. 46 da Lei de regência, realizar apenas a cópia manuscrita dos três primeiros versos de um curto soneto...

Há, portanto, uma distância abismal entre esse “romântico” preceito restritivo da legislação pátria e aquilo que efetivamente ocorre no mundo real, não só no Brasil, como nos demais países civilizados que, em sua maioria, abrigam na categoria dos “*fair uses*” a cópia restrita a um único exemplar da obra como um todo - e não apenas a pequenos trechos da mesma - para uso pessoal do copista, justamente por reconhecerem que essa prática usual é praticamente irremediável.

Será mais realista e eficiente se retornar à redação de 1973, adotando-se no Brasil a chamada “lei da cópia privada”, nos moldes do que já existe em algumas das principais nações européias, com larga tradição na proteção aos direitos intelectuais, como são os casos de França, Itália, Alemanha e Espanha, que adotam, em suas avançadas legislações, normas que asseguram aos titulares de direitos autorais uma retribuição equitativa, não tributária, pelo uso crescente da “cópia privada”.

A mecânica da lei que se propõe é relativamente simples. Trata-se da criação de uma justa compensação pecuniária, de natureza autoral, incidente sobre os resultados econômicos da venda de suportes virgens, bem como de aparelhos

de som e de vídeo e de outros meios de reprodução de obras intelectuais, tais como “CD – Players”, micro-computadores etc

De resto, declaro-me, no momento, contrário a qualquer outra modificação do Artigo 46 da Lei nº 9.610, de 1998. Definitivamente não se pode debilitar a Lei de regência a pretexto de flexibilizá-la.

Reconheço que um dos grandes dilemas do mundo moderno consiste na busca pela equalização dos conceitos de proteção autoral e acesso à cultura, sobretudo após o advento da Internet. Mas nada justifica o uso abusivo e incontido da propriedade imaterial alheia. É verdade que o direito de acesso à criação intelectual reveste as normas que disciplinam a propriedade imaterial de um certo viés publicista, o que não lhe retira, contudo, a condição de propriedade, objeto de um direito eminentemente privado, tão passível e merecedor de proteção quanto o direito à propriedade dos bens materiais.

Como bem conceitua João Carlos Müller Chaves, “... a Internet não é senão um caminho novo, uma nova via para a utilização de obras intelectuais. Em si, ela é juridicamente neutra, trata-se apenas de uma nova tecnologia, como o foram a fonografia, o cinema, a fotografia, a televisão etc.”

Voltando ao estudo comparativo das Leis atual e pretérita, destaco o aumento do prazo básico de proteção dos direitos autorais de 60 anos, conforme previsto no Artigo 42 da Lei de 1973, para 70 anos, por força do disposto no Artigo 41 da Lei atual. O simples aumento da expectativa de vida no País já seria suficiente para justificar um prazo de proteção mais dilatado.

No que concerne aos Direitos Conexos, merece destaque o fato de que a Lei atual dispõe de forma bem consistente e abrangente em relação à faculdade dos artistas intérpretes e executantes, que, nos termos do Artigo 95 da Lei pretérita gozavam apenas o direito de impedir o uso de suas interpretações e execuções, mas que, graças aos termos do Artigo 90 da Lei em vigor, passaram a ter a prerrogativa mais ampla de autorizar e proibir os mencionados usos, inclusive qualquer outra modalidade de utilização, distinta daquelas enumeradas, de forma exemplificativa, nos quatro primeiros incisos do referido Artigo 90.

Já o Artigo 92 tutela, pela primeira vez e expressamente, os direitos morais dos artistas intérpretes e executantes em relação à integridade e à paternidade do seu desempenho profissional. Destarte, suas interpretações não poderão ser desfiguradas, embora possam continuar sendo aditadas, suprimidas, reduzidas ou dubladas pelo produtor, sem que essas alterações caracterizem violação aos direitos morais dos artistas.

Agora, tecerei breves considerações sobre as associações autorais, o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição e o extinto CNDA – Conselho Nacional de Direito Autoral.

Preceituum os Incisos XVIII e XIX do Artigo 5º da Constituição Federal, que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, *in verbis* :

“XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas, independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado.”

Em obediência a essas disposições, foram abolidas da Lei atual as normas constantes dos Artigos 105 a 114 da Lei de 1973, que disciplinavam as sociedades de titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos. Da mesma forma, o já desativado CNDA, constituído por força do Artigo 116 da Lei anterior, não foi ressuscitado pela Lei atual.

Há um movimento notório no Brasil, incentivado pelo Ministério da Cultura, no sentido de se criar no País uma agência reguladora da gestão dos direitos autorais, especialmente no campo da execução pública de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas. Nada tenho, em tese, contra agências do gênero, que, por sinal, existem em alguns outros países e podem até ser úteis ao sistema de gestão dos direitos de execução pública de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas. O nosso temor é com relação às ações e intenções das pessoas responsáveis pelo exercício das atividades desses órgãos. Por ignorância, despreparo ou má-fé, poderão abandonar a postura pretorial, desvirtuar os objetivos da agência e transformá-la num cabide de empregos e, o que é pior, num instrumento político de ingerência arbitrária, indevida e danosa na administração interna das associações autorais e do próprio ECAD, ao arpejo dos preceitos constitucionais já enunciados.

O legislador de 1998 teve o bom senso de manter o sistema unificado e centralizado de arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas. Assim é que o Artigo 99 da Lei em vigor determina que as associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais. O ECAD, criado pelo Artigo 115 da Lei de 1973, foi, pois, preservado pela Lei atual.

Convém destacar que a cobrança centralizada e unificada é adotada com sucesso na França, na Itália, na Suíça, na Espanha, em Portugal, na Argentina, no Uruguai, na Alemanha, nos Países Escandinavos, na Grécia, no Japão, dentre muitos outros países civilizados. Não se trata, pois, de uma invenção brasileira, como muitos equivocadamente imaginam.

Farei agora uma rápida análise da prescrição em matéria autoral. Poucos são os pecados da Lei de 1998. Um deles, a meu ver, foi haver sepultado o preceito do Artigo 131 da antiga Lei, que estabelecia em 5 anos o prazo de

prescrição da ação civil por ofensa a direitos patrimoniais do autor ou conexos, contado o período da data em que se deu a violação.

Ao tornar a matéria lacunosa na Lei especial, o legislador de 1998 gerou dúvidas e inseguranças, sendo certo que ainda não existe uma jurisprudência consolidada sobre a questão.

Prefiro ficar com a lição de Eliane Abrão, que assim leciona nas páginas 186 e 187 de sua festejada obra “Direitos de Autor e Direitos Conexos” – 1ª edição, lançado pela Editora do Brasil em 2002. Diz Eliane :

“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 5 anos. A partir da vigência da nova lei, o quadro é outro.

Revogada a norma do inciso VII do Parágrafo 10º do art. 178 do código anterior, dispõe genericamente o novo legislador civil no art. 205 : “A prescrição ocorre em 10 anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.” E nos incisos IV e V do Parág. 3º do art. 206, comanda a prescrição baseada tanto em enriquecimento sem causa, como na pretensão reparatória civil a 3 anos.

.....

Como a grande maioria das ações por violação de direitos autorais é de natureza indenizatória, essas ações passam a prescrever em 3 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 9610/98 deverão prescrever em 5 ou 10 anos, o que a jurisprudência deverá definir.

Já as ações cíveis de cobrança de dívidas fundadas em quebra de contrato, pelo uso lícito de obra autoral, prescrevem em 5 anos (art. 206 parág. 5º, I), não indicando o legislador civil seu termo inicial.”

Ao concluir esta palestra, recomendo aos interessados, obviamente aos iniciados em Direito, uma leitura atenta dos Artigos 101 e seguintes da Lei de Regência, que trata das sanções às violações dos direitos autorais. Será o suficiente para um satisfatório entendimento dos referidos preceitos, cujos enunciados são redigidos de forma clara e objetiva, deixando pouco espaço para eventuais dúvidas de interpretação.