

Direitos morais

7.1. NATUREZA JURÍDICA: A INTEGRAÇÃO DO DIREITO MORAL DE AUTOR COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Consoante se expôs, em relação à teoria dualista, a mais apropriada para conceituar a natureza jurídica "sui generis" dos direitos de autor, os de direitos morais ("pessoais" ou "de personalidade") de autor devem prevalecer aos patrimoniais. Essa conclusão resulta de serem aqueles modalidade dos direitos de personalidade, uma vez que a obra intelectual, como criação de espírito, se vincula essencialmente à personalidade do seu autor.

Ao adentrarmos nas noções sobre os direitos de personalidade, conforme leciona PONTES DE MIRANDA, deve-se advertir que: "a) no suporte fático de qualquer fato jurídico de que surge o direito, há necessariamente alguma pessoa como elemento do suporte; b) no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é ser humano, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico"¹.

Complementando, o grande jurista brasileiro destaca a importância desse ramo do Direito Civil:

"Com a teoria dos direitos de personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito. Alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica. A princípio, obscura, esgarçando-se em direitos sem nitidez, com certa construtividade de protoplasma, como lhe arguiu KARL GAREIS (*Das Juristische Wesen der Autorrechte, Buchs Archiv fur Theorie und Praxis des Handels- und*

Wechselrechts, 35, 188), mas já permitindo a BLUNTSCHLI, em 1853, nela fundar o direito de autor, teve a servi-la dezenas de escritores que acuradamente procuraram definir os 'direitos da personalidade', em discussão e material assoberbantes (cf. F. M. MUTZENBECHER, *Zur Lehre vom Persönlichkeitsrecht*, 63)².

Assim, os direitos morais de autor, a exemplo dos demais direitos de personalidade, são considerados indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, devido ao seu caráter de "essencialidade": "De fato, qualquer valor concreto seria subtraído à personalidade jurídica, se fosse consentido à pessoa pôr fim a tais direitos por acto de vontade. Na verdade, a personalidade jurídica não pode ser esvaziada, por acto de renúncia, da parte mais importante do próprio conteúdo, pois que a norma jurídica, ao atribuir os direitos da personalidade, tem caráter de norma de ordem pública, irrevogável"³.

Sobre a integração dos direitos morais de autor à área dos direitos de personalidade, ensina, ainda, PONTES DE MIRANDA, que o que se tutela no que denomina "*direito autoral de personalidade*" é a identificação pessoal da obra, a sua autenticidade, a sua autoria: "essa identificação pessoal, essa ligação do agente à obra, essa relação de autoria, é vínculo psíquico, fáctico, inabluível [*sic*], portanto indissolúvel, como toda relação causal fáctica, e entra no mundo jurídico, como criação, como ato-fato jurídico"⁴.

No mesmo sentido, PIOLA CASELLI:

"Se a personalidade do autor acompanha o exercício do direito de autor, é a qualidade da obra – diferentemente de um bem patrimonial comum – que é representativa da personalidade do autor na sociedade. O autor, como tanto já se escreveu, vive na obra. Tendo em vista que a sociedade identifica a natureza e o valor da obra com o dom pessoal e o mérito do autor sua personalidade tanto se engrandecerá em decorrência da obra como, ao contrário, poderá ser – por esta – diminuída ou obscurecida"⁵.

A matéria é, realmente, apaixonante. A sua evolução e complexidade têm sido objeto de exame acurado de inúmeros juristas, destacando-se, como um exemplo desse interesse, pela sua riqueza informativa, basicamente no contexto do direito alemão, francês e escandinavo, a obra *Le Droit*

² Obra citada, p. 6.

³ ADRIANO DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*, Lisboa, Livraria Morais Editora, 1961, p. 53. Relaciona, como direitos de personalidade, além dos direitos morais de autor também o direito à vida e à integridade física, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à identidade pessoal, o direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver.

⁴ Obra citada, p. 143.

⁵ Obra citada, p. 326.

⁶ Edição da P. A. Norstedt & Somers Forlag, Estocolmo, 1967. No Direito brasileiro destaca-se a recente judicosa monografia de RODRIGO MORAES intitulada "Os direitos Morais do Autor—Repersonalizando o Direito Autoral" (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008).

⁷ Conforme ANTONIO CHAVES, em "O Direito Moral de Autor na Legislação Brasileira", artigo publicado na revista *IL Diritto di Autore*, volume Celebrativo do cinquentenário da revista, Milão, Giuffrè Editore, 1979, p. 74.

⁸ Artigo 27 da Lei 9.610/98, que reproduziu textualmente o artigo 28 da Lei 5.988, de 14/12/73. Além desse dispositivo, em se tratando o direito moral de autor de direito da personalidade aplica-se, também, o art. 11 do Código Civil de 2002, em vigor, que estabelece: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária."

⁹ A nova lei de direitos autorais (9.610/98) reproduz, em seu artigo 24, incisos I a VII, o que já constava no artigo 25, incisos I a VI, da Lei 5.988/73, com dois acréscimos: a ressalva da condição em que o autor poderá retirar de circulação ou suspender a utilização de sua obra: apenas "quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação ou imagem" (inciso VI) e o inciso VII, importante conquista que se soma às prerrogativas do autor de obra intelectual.

¹⁰ Apesar de não haver previsões específicas a respeito dos direitos morais de autor no Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal, já em 1950, ou seja, 23 anos antes da Lei 5.988, de 1973, que incorporou a matéria ao Direito Positivo brasileiro, decidia: Composição musical. de dizer a lei que o compositor pode autorizar a reprodução do seu trabalho, sem autorização do autor do texto poético, não se segue que ao segundo se suprima também o direito de ter mencionado o seu nome (Ementa do acórdão de 14/8/1950 proferido no recurso extraordinário 17.378/DF, Primeira Turma, votação unânime, relator o Ministro LUIS GALLOTTI).

¹¹ O direito moral de autor de conservação do ineditismo da obra intelectual mereceu reconhecimento jurisprudencial importante pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte ementa: "Direito Autoral. Dano Moral. Ineditismo. Honorários. Nos termos do art. 25, III, da Lei 5.988/73, o autor de obra intelectual tem o direito de conservá-la inédita, e a ofensa a esse direito leva à indenização do dano moral sofrido. Recurso do autor conhecido e provido parcialmente, para deferir a indenização pelo dano moral. Recurso do réu julgado prejudicado." (Acórdão de 26/2/2002 da Quarta Turma do STJ, votação unânime, relator o Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR – RESP 327000/RJ – DJ 04/8/2003, p. 306.)

¹² Na proteção à integridade da obra, especificamente "à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la como autor, em sua reputação" relevante a recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Dano moral. Alegado o abalo na credibilidade profissional de revisor de obra literária. Livro publicado com vários erros. Demonstrada a publicação de texto com a revisão inacabada e com erros de digitação. Constrangimento evidente para o revisor. Indenização devida, apenas reduzido o valor da mesma. Recurso parcialmente provido" (acórdão de 6/11/2007 proferido na apelação cível 517.964-4/SP, por unanimidade de votos de sua segunda Câmara de Direito privado, relator o Desembargador BORIS KAUFFMANN).

DIREITOS MORAIS

Moral de' l Auteur, de STIG STROMHOLM, desenvolvida em três volumes e 1.500 páginas⁶.

A respeito do tema, que já foi, também, abordado neste trabalho no estudo relativo à evolução histórica e aos direitos de personalidade e será tratado, também, oportunamente, no desenvolvimento dos próximos capítulos, cabe resumir o tratamento jurídico consolidado no Direito Positivo brasileiro.

7.2. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS MORAIS DE AUTOR: PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Em decorrência de sua natureza, portanto, o direito moral de autor é perpétuo, inalienável e imprescritível⁷. Nossa legislação acrescenta, ainda, a característica da irrenunciabilidade⁸, catalogando-o, de acordo com os parâmetros internacionais sobre a matéria, em sete incisos, como os atributos do autor de⁹:

(a) Incisos de I a IV:

"(I) reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra;

(II) ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado como sendo o do autor, na utilização de sua obra;¹⁰

(III) conservar a obra inédita;¹¹

(IV) assegurar a "integridade" da obra, opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la, ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra¹²;

(b) Inciso V:

O direito moral do autor de "modificar a obra, antes ou depois de utilizada", ainda no regime da Lei 5.988, de 14/12/1973, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 1984, em decisão conjunta com violação do direito moral de indicação do

nome do autor na utilização de sua obra (neste caso fotográfica)¹³.

(V) – modificar a obra, antes ou depois de utilizada; e

(c) Incisos VI e VII:

Sobre o direito moral de autor de assegurar a integridade da obra, observa, com inegável pertinência, CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA, a sua preservação – ao lado do direito de paternidade – no que tange a programa de computador pela Lei 9.609, de 19/2/1998 e a criticável omissão, em relação a essa obra, da previsão naquele diploma legal em relação aos demais direitos morais de autor elencados nos incisos II, III, V, VI, e VI da Lei 9.610, da mesma data. Complementa, em lúcida crítica, o jurista que o direito de autor de programa de computador de opor-se a alterações não autorizadas, na preservação da integridade da obra, foi tratado na Lei 9.609/98 (art. 2º, § 1º) de forma mitigada em razão de o exercício de seu direito estar condicionado à “deformação, mutilação ou outra modificação do programa, que acarretem prejuízo para sua honra ou reputação” (obra citada, p. 62).

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

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

Possivelmente, no contexto dessas regras tutelares dos direitos morais de autor, uma das questões mais importantes seja reprimir o uso depreciativo da obra intelectual, em todas as nuances que possa resultar. A respeito, a decisão do Superior Tribunal de Justiça que condenou uma galeria de arte a indenizar artista plástico pela realização de exposição de suas obras “em detrimento do respeito ao seu autor”:

“Embora não se possa negar ao adquirente de uma obra de arte, especialmente em se tratando de galeria de arte, o direito de expô-la, não se pode deixar sem proteção outros direitos decorrentes da produção artística ou intelectual, tais como o da titularidade da autoria e o da intangibilidade da obra. A teleologia da Lei 5.988/73, ao garantir a integridade da obra artística ou intelectual,

¹³ Nesse sentido, ementa: “Direito autoral. fotografia. modificação da obra e omissão do nome do autor, nos termos do art-126 da Lei 5988, de 1973, o autor tem direito a ser indenizado por danos morais e a ver divulgada sua identidade, independentemente da prova tópica de haver sofrido prejuízo econômico, hipótese de não conhecimento do recurso da agência de publicidade, e de provimento do recurso do autor” (Acórdão de 28/2/1984 proferido no recurso extraordinário 99.501 / SP, segunda Turma, relator o Ministro FRANCISCO REZEK – RTJ, v. 109-02, p. 744).

¹⁴ Ementa do acórdão proferido em 29/10/91 no recurso especial 7.550-SP (91.0001018-9), por votação unânime de sua Quarta Turma, relator o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

veda a utilização desta em detrimento do respeito ao seu autor, ensejando reparação do dano causado”¹⁴.

Essa orientação, na verdade, confirmou a que já havia sido adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, exatamente, no mesmo caso, e o judicioso – e inovador – voto do Desembargador LUÍS DE MACEDO, relator do acórdão de 1/12/1987, proferido na apelação cível 93.985-1 por votação unânime da sua Primeira Câmara Cível, que consignou:

“Difícilmente haverá quem possa negar ao adquirente, com efeito, especialmente se ele é uma empresa comumente denominada de ‘galeria de arte’, o direito de expor obra adquirida; presume-se que a aquisição terá sido feita para venda a terceiro e essa só se faz possível com sua prévia exposição ao público. Trata-se de um comércio, como outro qualquer.

No entanto, o mesmo PONTES DE MIRANDA adverte que o parágrafo 25 somente se referiu ao que ele denomina de ‘direito de propriedade intelectual’, não devendo entender-se hajam sido deixados sem proteção outros direitos ligados à criação intelectual, tais como o da titularidade da autoria, a intangibilidade da obra por alterações ou correções não consentidas e outros (obra citada, p. 547 e ss.).

Entre esses outros direitos, que, no Direito Positivo, se encontram em parte enunciados no art. 25 da Lei 5.988/73, sob a denominação de ‘direitos morais de autor’, se há de incluir sem dúvida o de exigir que só se promovam exposições de suas obras com seu consentimento. Não a exposição, portanto, de uma ou um grupo de obras com vistas à venda direta, como se faz com qualquer produto que possa ser comercializado. Mas, sim, exposição no sentido de mostra aberta ao público, em lugar apropriado, de pinturas, esculturas, gravuras, fotografias e obras congêneres, frequentemente com finalidade de venda – conforme citado parecer do Prof. ANTONIO CHAVES, fls. 65 – e sempre se pede vênia para acrescentar, com colorido cultural. Nesse aspecto cultural da exposição, ou mostra, é que se insere em grande parte o direito do autor, que ele não transfere ao adquirente das obras, por isso que é um direito moral, inalienável e irrenunciável (art. 28 da Lei 5.988/73).

Assim é que a ré não tinha o direito, absolutamente, de utilizar-se, na capa do catálogo da exposição, da assinatura que o artista demandante apõe em seus quadros (cfr. alto de fls. 35). E tampouco de inscrever, logo abaixo, a data ‘84’, como a indicar, entre outras

possíveis interpretações por parte do público, que se trata de uma exposição anual, ou de obras daquele período ou fase de produção artística do pintor. Ainda que, pelo seu conteúdo, se verifique no próprio catálogo que as obras expostas são de período muito mais longo, a opção pela capa tal qual produzida está a revelar, no mínimo, desencontro entre o título e o acervo da mostra. Ainda, a prova deixou claro que alguns quadros não tinham seus nomes gravados, ao menos na parte da frente das obras, optando o expositor por denominações próprias, ou que estavam lançadas no verso dos quadros, em evidente e indevida interferência na identidade das peças. Igualmente, não há dúvida de que um tríptico foi desmembrado (fls. 38).

Ora, todos esses fatos são afrontas aos direitos morais do autor, verdadeiros desvirtuamentos de sua obra, que ninguém, se não ele próprio, poderia autorizar. De resto, ainda que não configuradas tais afrontas, a mostra não poderia ter sido patrocinada pela ré sem autorização do artista, numa demonstração cultural que implica avaliações sobre a obra no seu conjunto e naquilo que, com a venda pura e simples das telas, não obstante o artista, até por força da lei, reservou para si, como integrante de seu patrimônio, de forma, como já se frisou, permanente e inalienável.”

Assim, como demonstra com nitidez o aresto citado, repousa na lúcida construção jurisprudencial de exame cuidadoso das peculiaridades do caso concreto – aliada da melhor orientação doutrinária e das normas já incorporadas ao Direito Positivo pátrio – a evolução efetiva da tutela da personalidade do autor em todas as nuances inerentes à utilização de sua criação intelectual.

7.3. REGRAS SUCESSÓRIAS VIGENTES

Finalmente, em relação às normas de sucessão dos direitos morais de autor, estabelece a lei brasileira a transmissão aos herdeiros do autor dos direitos especificados nos incisos I a IV do dispositivo legal transcrito neste capítulo (*artigo 24 da lei 9.610/98*) e atribui ao Estado a defesa da integridade e autoria de obra caída em domínio público¹⁵, o que objetiva dar efetividade à condição de perpetuidade e imprescritibilidade dos direitos morais de autor, no que concerne à tutela da integridade da obra intelectual.

¹⁵ Parágrafos 1º e 2º do referido artigo 24, conforme orientação do texto legal anterior (parágrafos 1º e 2º do artigo 25 da Lei 5.968/73).

8

Direitos patrimoniais

8.1. NOÇÕES PRELIMINARES

Conforme a teoria dualista, relativa à natureza de direitos de autor, diferentemente da parcela moral – a estreita vinculação entre a pessoa do autor e sua criação intelectual –, a parcela patrimonial se refere à exploração econômica que o autor pode fazer de sua obra.

A expressão “pode” não é acidental, mas proposital, porque é atributo exclusivo do autor a autorização – ou não – (e em que condições) do uso de sua obra¹.

Assim, uma noção é relevante antes da indicação das várias modalidades de utilização – e controle, pelo autor – de obras intelectuais e a retribuição pecuniária advinda desse uso: se considerarmos o direito patrimonial de autor separadamente, ou seja, dissociado dos direitos morais chegaríamos a uma relação de direito real?

Vamos supor, por exemplo, uma escultura, de um lado, e um programa de computador (*software*) de outro, presentes nos dois casos o requisito da originalidade. Os dois são considerados obras intelectuais tuteladas pelo direito de autor.

No pleno e regular exercício de seus direitos de autor, o escultor – ou artista plástico – vende sua escultura a uma instituição bancária e o criador do programa de computador cede seus direitos patrimoniais, de forma integral, a uma empresa prestadora de serviços.

Estaria inaugurada uma relação de direito real entre o adquirente (a instituição bancária no primeiro caso e a empresa prestadora de serviços, no segundo) e o “objeto”² adquirido? Ou seja, poderia ser adotado o mesmo tratamento que o banco

¹ A Constituição Federal vigente estabelece em seu art. 5º, inciso XXVII, que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.” A Lei 9.610/98 regula as condições de exercício desse direito exclusivo.

² A lei brasileira considera a obra intelectual, “para os efeitos legais”, como “bem móvel” (art. 3º da Lei 9.610/98, que reproduz, textualmente, o artigo 2º da Lei 5.988/73).

possa dar a outros objetos de sua propriedade, como uma poltrona, ou que a empresa de serviços a um móvel de arquivo?

Óbvio que não. Mas, por quê?

Sem desmerecer o ofício de quem confeccionou a poltrona ou fabricou o arquivo de aço, quando se trata de obra intelectual o exercício do direito de uso recebe tratamento distinto.

Mesmo no regular exercício de direitos patrimoniais, o cessionário de direitos autorais não tem a autonomia de "proprietário" do bem adquirido em decorrência da impossibilidade de rompimento da ligação existente entre a obra e o seu autor, em todos os momentos – e *diferentes formas* – de utilização daquela.

Os exemplos de "escultura" e de "programa de computador" dão a dimensão e a diversidade de uso que uma obra intelectual pode ter, conforme sua natureza³.

As duas merecem proteção. As duas mantêm ligação com seus criadores intelectuais. Contudo, essa tutela deverá atender às suas características peculiares.

8.2. OS DIREITOS PATRIMONIAIS DE AUTOR: DIREITOS DE REPRODUÇÃO E REPRESENTAÇÃO

Os direitos patrimoniais de autor baseiam-se nos atributos – *exclusivos* – do criador intelectual de utilizar, fruir e dispor de sua obra, bem como o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros⁴.

Na defesa de seu direito exclusivo conferido por lei – constitucional e infraconstitucional – do criador intelectual, VANISA SANTIAGO ensina: "O elemento essencial do direito de autor é o poder absoluto que tem o criador sobre sua obra. Só a ele compete decidir seu destino, autorizar ou proibir seu uso por terceiros, cobrar o preço que lhe parece adequado por esse uso ou renunciar a essa cobrança. Em virtude da atribuição de faculdades de dupla natureza, classificados como direitos morais e patrimoniais, ficam assegurados aos autores, por um lado, direitos personalíssimos como os de paternidade e integridade e, por outro, o direito exclusivo de exploração de um bem móvel que é a obra intelectual, seja qual for a modalidade de utilização, existente ou por existir".

Esse princípio geral – *norteador da natureza privada dos direitos de autor* – está consignado na Constituição Federal Brasileira, conferindo a exclusividade de utilização da obra intelectual ao seu autor⁵.

³ Apesar de a escultura e o programa de computador serem ambos titulados pelo direito de autor, a primeira é regulada pela lei autoral regente (9.610/98) e o segundo pela Lei 9.609/98, específica para regulação de programa de computador.

8.1.

8.2.

⁴ Artigos 28 e 29 da Lei 9.610/98, que suprimiu do texto legal anterior (*artigo 29 da Lei 5.988/73*) a expressão "*no todo ou em parte*" aplicável à obra dependente de autorização do seu autor.

⁵ "O Direito de Autor e o Direito de Remuneração", integrante de *Direitos Autorais – Estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*, organizado por EDUARDO SALLES PIMENTA, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 346.

⁶ Como já referido, a previsão encontra-se no artigo 5º, inciso XXVII da Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988. É interessante observar que o diploma constitucional vigente acrescentou a expressão "reprodução" ao termo genérico "utilização" que começa a ser consignado na Carta Magna de 1967, justamente em judiciosa substituição ao termo "reprodução", mais restrito. Assim, do texto constitucional vigente a partir de 1988, consta que ao autor pertence o direito exclusivo de "utilização, publicação e reprodução" de suas obras quando apenas "utilização" (como já vinha sendo consignado anteriormente) já seria suficiente. A crítica é merecida ainda mais tendo em vista que, já em 1977, ou seja, 11 anos antes da Carta de 1988, o Supremo Tribunal Federal já orientava: "1. Constituição de 1946, art. 141, Par. 19. Constituição de 1967 com a emenda n. 1/89, Art. 153, Par 25. A obra literária e o direito de o autor utilizá-la. Esse direito abrange o de reproduzi-la. A segunda norma supracitada alterou a redação da primeira." (Ementa - transcrição parcial - do acórdão de 31/5/1977 proferido no recurso extraordinário 75.889/RJ, por maioria de votos de sua Primeira Turma, relator o Ministro ANTONIO NEDER -RTJ, v. 83-01, p. 100.)

⁷ A Lei 9.610, de 19/2/1998, em seu art. 31, em reedição, com alterações, da regra geral anterior (art. 35 da Lei 5.988, de 1973), estabeleceu que "As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer dos demais."

⁸ Na orientação de que a utilização extracontratual (ou que venha a infringir contrato) de obra intelectual importa em ato ilícito com repercussão de ofensa constitucional já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: "Civil. Direito Autoral. Edição de Obra Estrangeira. Reconhecendo o acórdão recorrido que se publicara um segunda edição não numerada e uma terceira edição sem autorização e infringente de contrato, caracteriza-se a ofensa ao artigo 153, § 25, da Constituição Federal e aos artigos 21, 29, 30 e 64 da Lei 5.988, de 14/12/1973. Recurso conhecido e provido em parte." (acórdão de 4/9/1984 proferido no recurso extraordinário 102.563/SP, por unanimidade de votos de sua Segunda Turma, relator o Ministro DÉCIO MIRANDA). Digno de registro é que compunha a Turma, com participação decisiva neste julgamento, o Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, autor da lei regente autoral de 1973.

⁹ Artigos 184 e 186 do Código Penal brasileiro, com a redação aprovada pela Lei 6.895, de 17/12/1980, que tipifica como crime a "violação de direito autoral" e modificações incorporadas - ao mesmo artigo 184 e seus parágrafos - pela Lei 8.635, de 16/3/1993 posteriormente, pela Lei 10.695, de 1/7/2003.

Assim, temos, em primeiro plano, os dois elementos essenciais:

- (a) a obrigatoriedade de autorização⁶ ou licença (concessão) ou cessão de direitos;
- (b) a delimitação das condições de uso - nos dois casos: de concessão ou cessão - da obra pelo licenciado ou cessionário dos direitos autorais correspondentes⁷.

Observe-se que essa autorização é necessária mesmo que se trate de utilização sem fins lucrativos (*ressalvando-se as limitações dos artigos 46 e 48 da Lei 9.610/98*) ou que o usuário seja o Poder Público. Nesse sentido, tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça como, por exemplo, no primeiro caso, o acórdão de 20/3/2003 proferido no recurso especial 471110 /DF, por unanimidade de sua Terceira Turma, relator o Ministro ARI PARGENDLER (*DJ 19/5/2003, p. 228*), com a seguinte ementa: "Direitos Autorais. Prevalece, na Egrégia segunda Seção, o entendimento de que os direitos autorais são devidos ainda que a execução de obras musicais seja promovida sem fins lucrativos. Recurso especial conhecido e provido" e, no segundo caso, o acórdão de 26/6/2003 proferido no recurso especial 468.097 /MG, por unanimidade de sua Terceira Turma, relator o Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (*DJ 1/9/2003, p. 281*), com a seguinte ementa: "Direitos autorais. Festa popular de carnaval realizada em logradouro público, promovida pelo Município. Precedente da Corte. 1. Precedente da Corte assentou que o Poder Público não pode escapar do pagamento de direitos autorais quando organiza espetáculos públicos, salvo se de caráter beneficente, com a colaboração espontânea dos respectivos titulares, o que não ocorre neste feitos. 2. Recurso especial conhecido e provido."

Portanto, se o licenciado ou cessionário ultrapassa, no uso da obra autorizada, os limites contratados, estará não só descumprindo aos termos do acordo (*inadimplemento contratual*), mas, principalmente, praticando ato ilícito pela inexistência da autorização para o uso extracontratual⁸, o que é muito mais grave, uma vez que a violação de direitos autorais consiste não só ilícito civil (*de consequência indenizatória, como ocorre na órbita do Direito Civil*), mas ilícito penal⁹.

Em razão disso, é fundamental que as condições de uso da obra intelectual e a consequente remuneração do autor, a título de direitos patrimoniais de autor, constem

adequadamente do contrato de licenciamento – ou termo de autorização – e, mesmo no caso da cessão de direitos, que conste do instrumento, detalhadamente, qual o seu alcance, pois a interpretação de suas cláusulas será sempre restritiva¹⁰, ou seja, as condições de uso que não estiverem abrangidas pela licença ou cessão serão consideradas como não autorizadas e, portanto, importarão em violação aos direitos de autor.

Assim, além do referido princípio de que a interpretação seja sempre restritiva (*em benefício do autor*) e – até – da impossibilidade jurídica de cessão de direitos autorais – da impossibilidade jurídica de cessão de direitos autorais no tocante aos atributos personalíssimos ou morais do criador intelectual, e, ainda, dos impedimentos legais vigentes, como é o caso do ator, artista e demais titulares abrangidos pela regulamentação profissional disposta na Lei 6.533, de 24/5/1978¹¹, a legislação brasileira em vigor, estabelece, em capítulo próprio¹², as condições em que a cessão de direitos patrimoniais de autor poderá ocorrer:

- (a) os direitos do autor podem ser, total ou parcialmente, transferidos a terceiros por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representante com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou outros meios admitidos em Direito;
- (b) somente se admitirá transmissão total ou definitiva dos direitos (de autor) “mediante estipulação contratual escrita”¹³;
- (c) poderá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o artigo 19 da Lei 9.610/98 (*registro de obras intelectuais, de natureza presuntiva e não constitutiva de autoria*)¹⁴;
- (d) constarão do instrumento de cessão como elementos essenciais seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar, e preço;
- (e) a cessão de direitos do autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos.

O regime legal brasileiro vigente inovou o anterior ao estabelecer, principalmente, quatro regras de proteção ao titular originário (*incisos III, IV, V e VI do artigo 49 da Lei 9.610/98*):

- a) na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

¹⁰ Conforme o artigo 4º da Lei 9.610/98, que estabelece que “interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre direitos autorais” (anterior artigo 3º da Lei 5.988/73).

¹¹ Desenvolvemos este tema – *regime legal da proibição de cessão ou transferência de direitos autorais* – no capítulo 11, item 11.4.1.4.

¹² Capítulo V. “Da Transferência dos Direitos do Autor” integrado pelos artigos 49 a 52 da Lei 9.610/98 (reedita, com modificações, o anterior Capítulo V, artigos 52 a 56 da Lei 5.988/73: “Da Cessão dos Direitos de Autor”).

¹³ A exigência legal de “estipulação contratual escrita” para admissão da “transmissão total ou definitiva” de direito de autor não se aplica às hipóteses de concessão de autorização de utilização de obra intelectual. Com efeito, a lei autoral vigente estipula que “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades (...)” (artigo 29, *caput*), ou seja, a autorização deve ser anterior ao uso da obra e, também, clara, inconfundível, categórica e específica – e não implícita – para determinado uso mas não necessariamente por escrito. Nesse caminho, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo com a seguinte ementa: “Direitos autorais – violação – trabalho música – e reprodução de imagem em disco (lp) – obra encomendada pelo réu e na qual se faz evidente alusão à sua imagem e ao seu nome, a fim de promoção política. Prova testemunhal a corroborar a tese de que o autor concordou com a utilização da obra – ação de indenização julgada improcedente – recurso improvido” (*acórdão de 19/2/2002 proferido na apelação cível 120.282-4, por votação unânime de sua Primeira Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador ELLIOT AKEL*).

¹⁴ No regime legal anterior, (*Lei 5.988/73*) a averbação era obrigatória sob pena de ineficácia, contra terceiros, da cessão de direitos. A nova lei brasileira de direitos autorais vigente (*9.610/98*), no parágrafo primeiro de seu artigo 50, considera-a facultativa e deixa, como opção de registro de averbação (“*não estando a obra registrada*”), o Cartório de Títulos e Documentos.

¹⁵ Outros pontos de evolução da proteção ao autor – sob o aspecto da cessão de direitos patrimoniais de autor – dignos de destaque consistem: (a) a supressão do artigo 56 da Lei 5.988/73 que dispõe que “a tradição do negativo, ou meio de reprodução análogo, induz à presença de que foram cedidos os direitos de autor sobre a fotografia”, e (b) a modificação do texto legal anterior (artigo 80 da Lei 5.988/73) que estabelece que (salvo convenção em contrário) “o autor da obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la, ou de expô-la ao público” para: “Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la” (artigo 77 da Lei 9.610/98).

¹⁶ A lei que instituiu o *copyright* no campo literário, na Inglaterra, em 1710.

¹⁷ Decreto 13, de 19/1/1971 da Assembleia Constituinte da Revolução Francesa, que mencionamos no Capítulo 3 (item 3.1.3), p. 55 a 57.

¹⁸ No Brasil, por exemplo, como relatamos no Capítulo 12, item 12.2.1, a primeira “sociedade de autores” foi a SBAT (Sociedade Brasileira de Autores Teatrais) fundada no Rio de Janeiro em 27/9/1917, que visava contratar condições (emitir licenças) para representação de obras dramáticas e promover a consequente arrecadação das remunerações autorais (normalmente um percentual da receita) junto às bilheterias dos teatros cariocas.

- b) a cessão, caso não haja estipulação em contrário, será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato;
- c) a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; e
- d) não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato¹⁵.

Nesse contexto, quais seriam as possibilidades de utilização de obras intelectuais? A doutrina clássica ensina que são, basicamente, duas: a reprodução e a representação.

Consideradas em sua origem, não é difícil entender por que do termo genérico e abrangente “utilização” extraem-se apenas essas duas espécies, uma vez que o direito de reprodução (*copyright*) consistiu na origem conhecida de proteção legal aos direitos de autor¹⁶ e o direito de representação, instituído legislativamente na França em 1791, se referia às obras dramáticas (ou teatrais)¹⁷, cuja proteção ou arrecadação de direitos patrimoniais motivou as primeiras iniciativas associativas entre autores¹⁸.

Assim, embora justificadas essas duas abrangentes vertentes como espécies do gênero “utilização”, é necessário que se dê aos termos “reprodução” e “representação” uma elasticidade improvável para que possam conter não só as várias espécies de utilização de obras intelectuais que emergiram do início do século até agora mas, também, o que ainda está para surgir com o incremento da evolução tecnológica e dos meios de comunicação.

Existe, na doutrina, influenciada pelo sistema adotado pelo Direito Positivo francês, o entendimento de que reprodução seria a comunicação “indireta” ao público da obra intelectual e a representação a comunicação “direta”.

A comunicação indireta decorreria de estar a obra intelectual incorporada em um suporte material: um livro, por exemplo (uma “reprodução” da obra) e a comunicação direta resultaria da representação (ou interpretação) da obra, o que não chega a justificar o critério: por que seria, por exemplo, “direta” a audição da leitura (interpretada) de uma história e “indireta” a sua leitura pelo próprio destinatário final? Não seria o contrário: a leitura da obra consiste na sua comunicação direta ao leitor e sua dramatização em uma

comunicação indireta do texto e direta da obra dramática ou da interpretação? A diferenciação não resultaria – nesse caso – mais da natureza da obra (*literária, de um lado e dramática ou teatral do outro*) do que da forma de comunicação ao público?

Com essa ressalva, examinemos as acepções correspondentes a essas duas modalidades de uso de obra intelectual¹⁹:

- (a) direitos de reprodução: decorrem da reprodução, em qualquer suporte, de obra intelectual; e
- (b) direitos de representação: decorrem da *"interpretação (ou execução) de uma obra mediante ações, tais como a encenação, recitação, canto, dança ou projeção, realizados na presença do espectador ou transmitindo a interpretação através de mecanismos ou processos técnicos, tais como microfones, radiodifusão ou televisão por cabo"*²⁰.

Mesmo no contexto dessas definições, vamos imaginar duas situações, retiradas de possibilidades concretas – e atuais – de utilização de obras intelectuais:

primeira – um determinado verso original retirado de um poema é utilizado em campanha publicitária de um produto, um refrigerante, por exemplo, que envolve filme publicitário para TV, *outdoors*, anúncios em emissoras de rádio, revistas e jornais; e

segunda – uma obra musical, registrada em partitura, é *"lida"* e executada por um computador.

Quais seriam os direitos de reprodução e quais os direitos de representação?

Possivelmente, uma primeira conclusão nos levasse a considerar que os dois estariam presentes na primeira hipótese e o segundo (*representação*), na segunda hipótese, tendo em vista, neste caso, que a execução musical está contida, junto com a interpretação, no conceito de representação.

Nos dois casos a conclusão seria passível de dúvida. A questão é: quando a utilização da obra, total ou parcialmente, deixa de ser *"reprodução"* e passa a ser uma *"representação"*?

O verso transcrito em um anúncio de revista, jornal ou *"outdoor"* gera direito de reprodução. E se for *"lido"* (sem

¹⁹ No regime jurídico francês, essas duas modalidades de utilização de obra intelectual integram o gênero *"comunicação de obras ao público"* e *"toda a forma de exploração (de obras intelectuais) estão contidas necessariamente nessas duas prerrogativas"* (conforme MARIE-FRANÇOISE MARAIS E THIBAUT LACHACINSKY em *L'Applications Des Droits de Propriété Intellectuelle – Recueil de Jurisprudence*, Genebra, publicação OMPI, 2008, p. 212).

²⁰ Glossário da OMPI citado, p. 178.

que seja "interpretado") ao fundo de um filme publicitário – com imagens do produto anunciado – ou um anúncio de rádio? Geraria, nesse caso, "direito de representação" ou continuaria a ser ainda reprodução da obra utilizada, consoante o interesse comercial do anunciante que, possivelmente, não seria coincidente com a representação (ao menos, em relação à sua finalidade artística) da obra?

A questão é pertinente. Mais evidente, ainda, é a segunda hipótese: seria "representação" a mera leitura e execução mecânica de uma partitura musical por um computador? É, realmente, muito difícil concordar com tal conclusão, sendo mais viável considerá-la como "reprodução", na acepção ampla do termo, mas, certamente, mais adequada a se aproximar da hipótese.

Além desses, muitos outros exemplos poderiam ser lembrados para resultar na conclusão de que as duas vertentes ou espécies de direitos patrimoniais de autor comentadas podem não dar vazão ao imenso rol de possibilidades de utilização de obras intelectuais do mundo atual.

Por isso, em face das imprecisões dessas diferenciações, mais apropriado seria considerar os direitos patrimoniais de autor em seu significado genérico: a faculdade do autor de autorizar, mediante a remuneração e condições que este estabeleça, a utilização de sua obra através de sua comunicação (distribuição ou transmissão) ao público por qualquer meio ou processo, como reproduções, adaptações, representações, execuções por radiodifusão ou qualquer outra modalidade de comunicação.

Portanto, no contexto dessas duas principais ramificações dos direitos patrimoniais de autor convivem um variado conjunto de atividades, que passaremos a examinar, ressaltando, preliminarmente, que a lei brasileira de direitos autorais vigente (9.610/98) estabelece, ao final (inciso X) do seu artigo 29, a regra geral de que são dependentes de autorização do titular "quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas" exemplificadas, com destaque, em nove incisos e dez subitens.

Além dessas especificações do artigo 29 da Lei 9.610/98, acrescente-se a modalidade de direito patrimonial de autor denominada "direito de sequência", que constitui atributo do autor, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado²¹.

²¹ Art. 38, caput, da Lei 9.610, de 1998. Anote-se que o parágrafo único desse dispositivo legal dispõe que "Caso o autor não perceba o seu direito de sequência no ato da revenda, o vendedor é considerado depositário da quantia a ele devida, salvo se a operação for realizada por leiloeiro, quando será este o depositário". regra que foi adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no acórdão de 24/10/2004, proferido na apelação cível 298.942/4/SP, por unanimidade de votos de sua Sexta Câmara de Direito Privado, relatora a Desembargadora ISABELA GEMA DE MAGALHÃES, que confirmou a responsabilidade do leiloeiro como depositário da quantia correspondente a direito de sequência.

Nos termos da lição de FÁBIO MARIA DE MATTIA, historicamente, "a ideia do instituto surgiu em decorrência de um episódio ligado a um quadro de Millet, o *Angelus*; alguns dos seus amigos reunidos num bar comentavam, pesarosos, a penúria em que viviam a viúva e filhos, e o valor dos lances que a obra havia alcançado. Falava-se que a primeira venda deste quadro fora por 1.200 francos, em seguida foi revendido por 70.000 francos a Secrétan, depois por 550.000 para a Fine Arts Association e, finalmente, alienado por 1.000.000 de francos para Chauchard"²². Essa interessante exposição histórica é medida da defesa da juridicidade do instituto pelo mesmo jurista:

"O Direito de sequência sobre as obras intelectuais é um tema da mais alta relevância. Torna-se uma necessidade que o instituto apareça na legislação brasileira. Exatamente porque não é justo que o autor ou seus herdeiros fiquem compulsoriamente alheios quando da transferência de uma obra de arte. Os autores vendem as obras de arte por um preço muito baixo e não seria certo que da valorização econômica da obra apenas os proprietários venham a se beneficiar"²³.

Finalmente, cabe ressaltar a crítica, que entendemos procedente, em relação ao tratamento da lei autoral vigente, de 1998, para o tema, que apesar de inovar positivamente o regime legal anterior ao considerar o "vendedor" ou "leiloeiro" como depositário da remuneração correspondente ao direito de sequência (parágrafo único do art. 38), por outro lado, minorou substancialmente a participação do autor ou titular do direito de autor em relação ao que previa o art. 39 da Lei 5.988, de 1973. Nesse sentido, o jurista, atualmente Desembargador do Tribunal de São Paulo LUIZ FERNANDO GAMA PELLEGRINI, declara: "Com a devida vênia, 'trocou-se seis por meia dúzia', ou melhor, nem mesmo os reclamos da doutrina de há muito fez com que o legislador adotasse, v.g. a lei francesa em que a incidência se dava pura e simplesmente sobre cada venda"²⁴.

No tocante à duração, a legislação brasileira vigente estabelece que o prazo de proteção dos direitos patrimoniais de autor perdurará por toda sua vida, sendo exercidos, por sucessão *causa mortis* pelos seus sucessores, perdurando por setenta anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente do falecimento do autor, "obedecida a ordem sucessória da lei civil"²⁵.

²² *Estudos de Direito de Autor*, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 92.

²³ Obra citada, p. 91. Prossegue, fundamentando: "Porque a obra intelectual não passa de uma emanção da própria personalidade, razão pela qual mesmo após a transferência do chamado 'direito pecuniário da obra intelectual', permanece aí o chamado 'direito moral de autor sobre a sua obra'. Então vemos que há uma vinculação constante entre o autor e a sua obra". Complementa o jurista ponderando que, mesmo após a transferência do direito patrimonial, deve se manter um vínculo que seria "o único remanescente de direito pecuniário a favorecer o autor ou seus herdeiros e legatários" (obra citada, pp. 91 e 92).

²⁴ *Direito Autoral do Artista Plástico*, São Paulo, Oliveira Mendes, 1998, p. 90. Prossegue o jurista com sua justificada crítica: "Essa nova relação apenas diminuiu o percentual de 20% pra 5%, mantendo-se quanto ao resto a mesma estrutura da lei revogada" (obra citada, p. 90).

²⁵ Artigo 41 da Lei 9.610/98 que alterou o exercício vitalício (vigente no regime da Lei 5.988/73) de direitos patrimoniais de autor pelos herdeiros do autor. O novo regime legal aplica a forma padronizada para todos os casos de sucessão ou transmissão, no caminho da recente Diretiva Europeia de harmonização dos prazos de proteção de direito de autor - de setenta anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor, sendo que, em relação às "obras audiovisuais e fotográficas", os mesmos setenta anos serão contados a partir "de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação" (art. 44). Estabelece, também, a lei autoral vigente, que a obra já caída em domínio público (por força da aplicação do regime legal anterior) não terá o prazo de proteção de direitos patrimoniais ampliado, por força do artigo 41 (artigo 112 da Lei 9.610/98). Em relação a programas de computador, a Lei aplicável é a 9.609, de 19/2/1998, que estabelece em seu artigo 2º, parágrafo 2º, que a proteção legal se dará pelo prazo de cinquenta anos, "contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação".

8.3. A DIVERSIDADE DE FORMAS DE UTILIZAÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS E O EXERCÍCIO DO DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR

8.3.1. AS FORMAS DE UTILIZAÇÃO LÍCITA DE OBRAS INTELECTUAIS

Conforme já abordado, as utilizações lícitas de obras intelectuais, em suma, serão aquelas regularmente autorizadas pelo seu autor (e demais titulares de direitos autorais) e que estejam cumprindo os limites e as condições estabelecidas no licenciamento²⁶ e não estejam sendo violados, nessa utilização, quaisquer dos direitos morais de autor.

Em caso contrário, consistirá utilização ilícita, com graves sanções de ordem civil²⁷ e penal²⁸.

A respeito das modalidades dessas utilizações, reportamo-nos ao item 8.2 deste capítulo em seu binômio "reprodução e representação", originário do Direito francês e sua predominância nas normas internacionais, especialmente os da Europa Continental e o trinômio "reprodução, distribuição e comunicação ao público" adotado em nosso país, especialmente com o advento da lei autoral de 1998²⁹.

No amplo contexto dessas acepções genéricas, portanto, as possibilidades de utilização regular de obras intelectuais são inúmeras. Preliminarmente, destacamos as seguintes:

- (a) a gravação ou fixação de obra intelectual ou de sua interpretação ou execução;
- (b) a transcrição, sincronização e inclusão de obra intelectual em outra obra ou produto;
- (c) a tradução ou adaptação;
- (d) a extração de cópias por qualquer forma ou processo, para fins de venda, locação e outros usos, com ou sem fins lucrativos;
- (e) a distribuição;
- (f) representação ou execução, comunicadas diretamente ao público ("ao vivo"); e
- (g) a execução através da comunicação indireta: por radiodifusão, por cabo, a transmissão por satélite e pelo sistema de computadores.

Nesse passo, examinaremos essas possibilidades de utilização e seus sistemas de controle.

²⁶ É necessário observar, com rigor, os limites da autorização de uso de obra intelectual, tendo em vista que as condições do licenciamento (ou autorização) devem ter interpretação restritiva (favorável ao titular do direito), nos termos do artigo 4º da Lei 9.610/98 que reeditou o artigo 3º da Lei 5.988, de 14/12/73.

²⁷ A Lei 9.610/1998 reserva um capítulo para as "sanções civis" aplicáveis à utilização indevida de obras intelectuais (artigos 102 a 110). Examinamos este tema mais detalhadamente nos dois últimos capítulos (12 e 14) deste livro (violações, danos autorais e reparações).

²⁸ Os artigos 184 e 186 do Código Penal brasileiro, com a redação da Lei 10.695, de 1/7/2003. Tratamos das violações, de natureza criminal, e respectivas sanções penais, nos Capítulos 13, item 13.4., pp. 329 a 333, e 14, item 14.4.1., pp. 379 a 381.

²⁹ Artigo 5º da Lei 9.610, de 19/2/1998, basicamente, incisos IV, V e VI. Destaque-se, também, a "publicação", que no regime legal da Lei 5.988, de 1973 encontrava-se inserida no gênero "comunicação da obra ao público, por qualquer forma ou processo" (artigo 4º, I), foi alterada pela lei autoral vigente para "oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público" (artigo 5º, I, da Lei 9.610/98 - transcrição parcial).

8.3.2. A GRAVAÇÃO OU FIXAÇÃO DE OBRA INTELECTUAL

Não é raro que esta modalidade de utilização – a gravação ou fixação de obra intelectual – seja desconsiderada como possibilidade de utilização passível – *por si só* – de, além de necessitar a autorização do autor, também gerar remuneração a título de direitos patrimoniais de autor.

Não é difícil de entender por quê. Vamos supor a situação de um espectador tomando nota (*até quase que literalmente de determinados trechos*) de uma determinada conferência. Seria uma "utilização indevida" de obra intelectual?

É claro que se dessas notas fossem, depois, extraídas cópias e vendidas restaria evidente a necessidade de autorização do autor da conferência (*remunerada ou não*). Mas, e se forem as notas – *como normalmente o é* – apenas para uso pessoal e particular do espectador que é, afinal, o destinatário imediato da obra oral? Normalmente, não dependeria de autorização do autor (*conferencista*)³⁰.

Assim, por que a mera "fixação" de obra intelectual – *antes de serem extraídas cópias ou outra forma de utilização pública* – poderia ser considerada utilização dependente de autorização do autor e ter características remuneratórias em benefício deste?

Essa necessidade de autorização decorreria do "direito ao inédito" que o autor tem de impedir a publicação da obra³¹? Não necessariamente. No exemplo mencionado, a obra foi comunicada ao público pela via oral e, assim, não seria mais inédita.

Então, vamos imaginar outro exemplo. Um determinado cantor (intérprete) deseja, através de um produtor de fonogramas (*uma gravadora*), fixar fonograficamente uma determinada composição lítero-musical que ouviu em uma apresentação pública (um "show") ser interpretada pelo próprio compositor.

Contudo, o compositor nega – *a princípio* – a autorização para esse fim, uma vez que este irá incluí-la em seu próximo disco e pretende ser o primeiro a publicá-la dessa forma (fixada em fonograma).

Ocorre que o produtor de fonogramas (*cessionário dos direitos de interpretação do cantor que solicitou a autorização*) acredita que a gravação, por este, deverá gerar substanciais benefícios econômicos e, conseqüentemente, propõe uma remuneração ao compositor para que este autorize a fixação fonográfica desejada.

³⁰ Mesmo em relação a este exemplo (*das anotações de uma conferência*), a legislação somente excepciona a obrigatoriedade de autorização "o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada, porém, sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou" (artigo 46, IV da Lei 9.610/98, que reproduziu o inciso IV do artigo 49, IV da Lei 5.988/73, com o acréscimo da expressão "prévia" à autorização expressa).

³¹ Além de consagrado internacionalmente, o "direito ao inédito" consiste em uma das modalidades de direitos morais de autor abrigados pela lei brasileira (artigo 24, inciso III, da Lei 9.610/98, que reproduziu o inciso III do artigo 25 da Lei 5.988/73).

Dessa forma, estará evidente a obrigatoriedade de haver autorização (*que, neste caso, será remunerada*) para fixação fonográfica, independentemente dos valores que serão recebidos pelo compositor a título de direito de autor (*habitualmente, uma remuneração percentual sobre as vendas do disco que incluir a obra, além dos direitos de execução pública*) que receberá *a posteriori*.

E é essa a regra geral. Mesmo que não haja a praxe da remuneração exclusivamente para o ato de gravar ou fixar obra intelectual (ou sua interpretação ou execução), não deixa de ser uma forma de uso da obra e, assim, não prescinde de autorização do autor.

É o caso, também, das atualmente corriqueiras captações sonoras ou audiovisuais de apresentações públicas (*como os shows musicais*) por espectadores, mesmo em seus pequenos gravadores, câmaras ou até telefones portáteis (*"celulares"*) que contenham esse recurso de gravação, normalmente de natureza audiovisual: dependem, da mesma forma, de autorização dos titulares de direitos autorais envolvidos.

8.3.3. A TRANSCRIÇÃO, SINCRONIZAÇÃO OU INCLUSÃO DE OBRA INTELECTUAL EM OUTRA OBRA OU PRODUTO

Alguns dos princípios expostos no item anterior (*gravação ou fixação*) não deixam de valer, também, para este. A necessidade de autorização do autor da obra transcrita, sincronizada ou incluída, total ou parcialmente, em outra obra ou produto é, também, a regra geral³².

Diferentemente, contudo, já há, em alguns casos, a praxe de que a autorização possa ser concedida mediante remuneração específica para esse uso, independentemente das demais receitas decorrentes da comercialização da obra ou produto que contenha a transcrição, sincronização ou inclusão autorizada.

Examinemos um exemplo de cada.

Em primeiro lugar, cabe observar que o termo "*transcrição*", que embora possa ter uma conotação de "*adaptação*", quando usado o termo para significar a mudança da instrumentação em relação à versão original de uma obra musical³³, aqui será considerado, como exemplo, como a citação literal de trecho descrito.

³² Artigo 29 da Lei 9.610, de 1988. Nesse sentido, a orientação do Superior Tribunal de Justiça: "Civil. Direitos autorais, composição musical incluída em obra cinematográfica. Direitos devidos ao autor da música, seja ela preexistente ao filme, seja resultado de encomenda. Recurso especial conhecido e provido." (*acórdão de 21/9/2000 proferido no recurso especial 189.045/SP, por votação unânime de sua Terceira Turma, relator o Ministro ARI PARGENDLER - DJ 13.111.2000, p. 142*).

³³ Conforme o *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 2. ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986, p. 1.700, que exemplifica: "Bach fez transcrições para o órgão dos concertos para violino de Vivaldi".

Nesses casos, e uma vez respeitados os direitos morais de autor (especialmente o da indicação do nome do autor e do título da obra e informações sobre a sua publicação), o princípio da obrigatoriedade da autorização do autor somente não será adotado quando se tratar de "citação, em livros, jornais, revistas ou quaisquer outros meios de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica³⁴ na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra" e nas demais hipóteses legalmente admitidas. Nos demais casos, a autorização é indispensável.

Em segundo lugar, examinemos a "sincronização". Nesse caso, embora não haja, propriamente, a transformação da obra originária, ocorre uma espécie de adaptação em relação à outra obra ou produto: não se trata, propriamente, de uma adaptação convencional, na sua natureza intrínseca de transformação da obra originária (*adaptada*), mas costuma gerar uma sensação de fusão entre a obra sincronizada (*habitualmente de natureza musical*) e o objeto da sincronização (*habitualmente de natureza audiovisual*), além do termo poder significar, também, a integração de som dos diálogos (e outros sons) com as imagens do filme ou outra obra audiovisual³⁵.

Portanto, a autorização prévia também é imprescindível e, normalmente, o objeto dessa modalidade de utilização é um fonograma e este irá integrar, habitualmente, uma obra ou produto audiovisual.

Tomemos como exemplo um filme publicitário que exiba apenas um produto comercial sendo manipulado: uma furadeira elétrica acionada e um "fundo musical" de uma canção no estilo agitado de rock, com ou sem uma locução simultânea (um "locutor" ressaltando, em voz grave, as vantagens operacionais do equipamento).

Trata-se, no caso, de uma "sincronização" sonora em relação à determinada imagem e não em relação a uma outra obra intelectual. Não é difícil de concluir quanto à obrigatoriedade de haver autorização prévia do autor (e demais titulares de direitos envolvidos) pois, em muitos casos, a autorização – mesmo que envolva uma remuneração atraente – poderá não ser concedida pelo autor e demais titulares de direitos autorais envolvidos.

Nas hipóteses de publicidade com finalidade política, ideológica ou religiosa, a utilização não autorizada poderá ser ainda mais grave, pois pode representar (mesmo que indiretamente) o endosso do autor a posicionamento político, ideológico ou religioso diverso da sua convicção pessoal.

³⁴ Artigo 46, inciso III da Lei 9.610/98, que reeditou, basicamente, orientação do inciso III do artigo 49 da Lei 5.988, de 14/12/73. As demais hipóteses são as constantes do mesmo dispositivo legal vigente, incisos I – a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; e VIII – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes práticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. (Examinamos esse tema, *limitação de direito autoral*, no capítulo 9, item 9.3. p. 180 a 191.)

³⁵ Ressalve-se que o termo "sincronização" significa "a adição de palavras faladas ou outros efeitos sonoros a uma fixação audiovisual (*dublagem*) de maneira que sejam exatamente simultâneos com os correspondentes movimentos dos lábios e demais ações apresentadas. Um tipo especial de sincronização é o que consiste em dotar uma obra audiovisual de diálogos traduzidos, pronunciados por pessoas distintas dos atores participantes da obra" (*Glossário OMPI*, citado, p. 251). Conforme a orientação de NEHEMIAS GUEIROS JÚNIOR "sincronização é a definição técnica da junção de sons com imagens em um único produto audiovisual", complementando que "a origem do termo se assenta na necessidade de sincronia entre os quadros que passam na frente da lente e da luz (no cinema atual a velocidade é de 24 fps – frames per second, ou 24 quadros por segundo) e os sons das falas dos atores e dos músicos que fazem parte da trilha sonora do filme." (*Direito Autoral no Show Business*", Rio de Janeiro, Gryphus, 1999, pp. 203 e 204).

³⁶ A Lei 9.610, de 1998, prevê como modalidade de utilização de obra intelectual "a inclusão em fonograma ou produção audiovisual" (artigo 29, V).

Finalmente, a "inclusão"³⁶ de obra intelectual em outra obra ou produto vai merecer tratamento jurídico semelhante ao da sincronização. Nesses casos, não há propriamente uma "sincronização" (*de sons e imagens, por exemplo*), mas, sim, o ato da obra intelectual ser incluída, no todo ou em parte, em determinado contexto: como música de abertura de um programa de rádio, por exemplo, como um verso ou estrofe de um poema em um *outdoor* publicitário, uma obra fotográfica que ilustre um artigo escrito para uma revista, e outras situações do gênero. Naturalmente, a exemplo das outras modalidades de utilização de obra intelectual, não prescindirão de autorização prévia e expressa dos respectivos titulares de direitos autorais.

8.3.4. A TRADUÇÃO, ADAPTAÇÃO E OUTRAS TRANSFORMAÇÕES DA OBRA INTELECTUAL ORIGINÁRIA

Embora tratada em um mesmo inciso na lei brasileira³⁷ como modalidades de "transformação" da obra intelectual originária, essas duas formas de utilização de obras intelectuais são diferentes em sua essência.

A tradução, que é "o processo de converter uma linguagem em outra"³⁸, mesmo que não seja literal e seja "livre" (*não se atenha às palavras do texto original*), não alcança a amplitude das possibilidades criativas de uma "adaptação".

Portanto, a tradução, para que consista "obra derivada", ou seja, criação autônoma resultante da transformação de uma obra originária e, assim, possa ser considerada como obra intelectual passível de proteção no campo dos direitos de autor, deverá atender aos requisitos estabelecidos na lei brasileira: "(...) desde que, previamente autorizadas e não lhes causando dano, se apresentarem como criação intelectual nova"³⁹.

Por outro lado, a "adaptação" poderá não consistir – necessariamente – em uma "criação intelectual nova", como é o caso do arranjo musical, por exemplo, na hipótese de não conter elementos criativos originais (*distintos da composição musical objeto do "arranjo"*).

É importante frisar que transformação não significa "modificação" (*um dos atributos de natureza moral – e, portanto, intransferíveis – de titularidade do autor*) da obra originária.

³⁷ Inciso XI do artigo 7º da Lei 9.610/98, que reeditou a orientação do inciso XII do artigo 6º da Lei 5.988, de 14/12/73.

³⁸ Conforme o *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa* já citado, p. 1.696.

³⁹ Ainda o inciso XI do artigo 7º citado.

Nesse sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO orienta:

"A transformação distingue-se assim da modificação. Esta visa substituir a obra existente por uma nova versão, que contém diferenças da original, mas não representa por si uma criação. A transformação coloca ao lado da obra primitiva outra obra, que representa a obra primitiva adaptada a um novo meio de expressão"⁴⁰.

De qualquer forma, tanto na hipótese de tradução quanto na de adaptação (ou outras transformações), é indispensável a autorização do autor da obra originária que – também – poderá ou não ser remunerada.

E aqui se impõe a mesma questão: o simples ato de traduzir ou adaptar implica ser remunerado o autor da obra originária ou a remuneração em benefício deste só se concretizará a partir da publicação dessas "transformações" da sua obra?

A situação é mais evidente em relação ao tradutor ou adaptador (*arranjador, versionista, roteirista, em caso de adaptação cinematográfica de obra literária* etc.) que, normalmente, já recebe remuneração para realização da tradução ou adaptação independentemente de sua publicação, que poderá – ou não – ocorrer, gerando, em caso positivo, nova remuneração ao autor da obra derivada. Muitas vezes, trata-se de remuneração fixa para quitação do trabalho efetivado ou a título de cessão definitiva de direitos de autor (*esta na hipótese de consistir, realmente, em criação intelectual autônoma*).

Mas, e o autor da obra originária? Ora, se é indispensável sua autorização, a remuneração poderá ser uma das condições para sua concessão⁴¹.

Acrescente-se, finalmente, que o fato de o autor da obra originária autorizar a sua adaptação não representa – uma vez que não sejam utilizados elementos criativos (originais) desta – que outras adaptações possam ser, também, autorizadas em relação à mesma obra intelectual já adaptada. Nesse sentido, é categórica a orientação do Supremo Tribunal Federal no acórdão proferido em 8/6/84 no recurso extraordinário 102.086-SP, por votação unânime de sua Primeira Turma, relator o Ministro SOARES MUNÔZ:

"Ementa

Direito Autoral. Desenho.

– O autor de adaptação de obra original devidamente autorizada somente pode impedir a exata reprodução do seu trabalho; não tem legitimidade para

⁴⁰ Obra citada, p. 170.

⁴¹ Por exemplo, no caso do escritor que autoriza a adaptação cinematográfica de sua obra, e recebe remuneração para esse fim, independentemente de estabelecer, também, nova remuneração para a hipótese de se concretizar a efetiva publicação e comercialização do filme.

⁴² *Direito Autoral – Série Jurisprudência*, já citada, p.70.

se opor a outras adaptações, visto que tal faculdade é reservada exclusivamente ao criador da obra original. Interpretação razoável do art. 6º, XII, da Lei 5.988/73 (Súmula 400). Recurso extraordinário não conhecido⁴².

8.3.5. A REPRODUÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS

Nos termos da legislação autoral vigente, reprodução é: " a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido"⁴³.

⁴³ Artigo 5º, VI da Lei 9.610/98.

Em síntese, a definição legal de "reprodução" abrange a cópia física e o armazenamento por meios eletrônicos (*arquivos digitais que costumam ser constituídos pela prática de downloads de conteúdos disponibilizados na rede de computadores, a internet*), que vai depender, sendo essa reprodução de obra intelectual integral ou parcial, de prévia e expressa autorização do autor⁴⁴.

⁴⁴ Artigo 29, I da Lei 9.610/98.

Como já visto, a extração de cópias (ou o copyright na sua acepção primígena, na Inglaterra do século XVIII) consiste na utilização de obra intelectual que primeiro mereceu tratamento legal (a lei da Rainha Ana, de 1710), no campo de direito de autor.

A respeito da inquietante questão atual – *para a proteção dos direitos de autor* – do desenvolvimento tecnológico no campo da extração de cópias pela via da reprografia, acrescida às possibilidades trazidas pelo sistema de computação e sua popularização, HILDEBRANDO PONTES NETO alerta:

"Se a cultura da disseminação das cópias reprográficas já impossibilitava o controle dos autores sobre as obras de sua criação e afetava seus respectivos investidores, o que pensar hoje dos reflexos da digitalização? Não é mais possível deter a proliferação das fotocopiadoras digitais integradas em redes de computadores, responsáveis pelo incessante processo de reprodução eletrônica das mais diferentes produções literárias"⁴⁵.

⁴⁵ "Cópia ou Crime", artigo publicado em *Presença Pedagógica* v. 2, n. 12 nov/dez 1996, p.82.

A mesma apreensão é manifestada por HENRIQUE GANDELMAN:

"A propriedade intelectual, por suas características eminentemente imateriais, vem sofrendo um grande desafio na Internet, o que provoca comentários de especialistas preocupados com a sobrevivência do *copyright*.

São vários os aspectos do ciberespaço (*bits*) que atingem frontalmente os conceitos básicos do direito autoral:

- a extrema facilidade de se produzir e distribuir cópias não-autorizadas de textos, música, imagens;
- a execução pública de obras protegidas, sem prévia autorização dos titulares;
- a manipulação não-autorizada de obras originais digitalizadas 'criando-se' verdadeiras obras derivadas;
- apropriação indevida de textos e imagens oferecidos por serviços 'on line' para distribuição de material informativo para clientes"⁴⁶.

Tal preocupação – de controle de direitos autorais – na utilização de obras intelectuais pela "internet" é plenamente justificada. Basta atentarmos para as esclarecedoras considerações sobre esse sistema fornecido por ANTONIO CHAVES:

"A melhor imagem para descrevê-la é a de uma infovia, uma estrada digital por onde trafegam riquezas devidamente transformadas em *bits*. Transformar átomos em *bits* significa digitalizar, reescrever a informação contida na voz, na cor, nas luzes, nas letras, nos filmes e nas formas, colocando tudo isso para viajar de uma tela para outra. O membro da Internet é o radioamador dos anos 90, falando com o mundo todo de um escritório no fundo de casa, só que seu instrumento de comunicação está para o radiotransmissor assim como o Boeing está para a carroça. Viaja-se em ambos, claro. Canções podem ser digitalizadas – como já são nos CDs musicais –, e assim passeiam pela Internet; jornais inteiros são igualmente transformados em *bits* e postos à disposição de assinantes. Dinheiro pode também trafegar como mensagem cibernética, na forma de números de cartão de crédito. Os *bits* são a maior riqueza deste fim de século ou sua mais completa tradução. As possibilidades de se exibir são infinitas. De repente, qualquer um pode ser um *best-seller* mundial. Uma página de texto colocada por qualquer membro da Internet pode ser lida por milhões de pessoas"⁴⁷.

A respeito da extrema facilidade – também – de reprodução de programas de computador, observa MARCELO DIAS VARELLA:

⁴⁶ *De Gutenberg à Internet – Direitos Autorais na Era Digital*, Rio de Janeiro, Record, 1997, p. 158.

⁴⁷ *Direitos Autorais na Computação de Dados*, São Paulo, LTR, 1996, p. 240.

⁴⁸ *Propriedade Intelectual de Setores Emergentes*, São Paulo, Atlas, 1966, p.181.

⁴⁹ *Internet et la Loi*, Paris, Dalloz, 1997, p. 144.

⁵⁰ "Designação corrente da propaganda não declarada feita através da menção ou aparição de um produto, serviço ou marca durante um programa de televisão ou de rádio, filme, espetáculo teatral, etc." (conforme o *Novo Dicionário da Língua Portuguesa* de AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, 2. ed. revista e aumentada, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1986, p. 1.121). EDUARDO VIEIRA MANSO, na p. 147 da sua obra a seguir especificada, observa que o "merchandising" pode se relacionar com o direito de propriedade industrial (como na hipótese de artes aplicadas), direito à imagem (como quando um artista recomenda determinado produto ou serviço), ou direito autoral (quando se vale de uma obra intelectual ou de uma atuação artística).

⁵¹ *Contratos de Direito Autoral*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 148. Interessante observar que no âmbito da "internet" ou qualquer outro, não tem direito à reprodução de "obra de arte plástica" o seu adquirente a não ser por expressa disposição do autor nesse sentido. Nesse caminho é categórico o art. 77 da Lei 9.610/98: "Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la." Essa autorização do autor deve ser por escrito e presume-se onerosa (art 78).

DIREITOS PATRIMONIAIS

"Ao contrário das máquinas ou dos livros, é possível copiar um programa de computador com milhões de letras e números em poucos segundos, o que se dá graças à própria evolução tecnológica. Para tanto, transfere-se o conteúdo do suporte físico em que se encontra para outro, que pode ser ou não da mesma natureza do primeiro. Assim, copia-se de uma memória interna para um disquete, entre disquetes, entre memórias fixas por via de conexão em rede etc."⁴⁸.

Em relação aos direitos de reprodução, relevante a ressalva de THIERRY PIETTE-COUDOL e ANDRÉ BERTRAND, que examinam a fundo – sob o prisma da atual legislação francesa – o sistema da "internet", de que o uso estritamente pessoal de obra intelectual não necessitará de autorização do seu autor somente se não permitir o acesso ao público "via internet" e, assim, de maneira geral, toda reprodução de obras intelectuais protegidas e colocadas à disposição de pessoas conectadas com a "internet" deve estar "expressamente autorizada pelo titular ou cessionários desses direitos"⁴⁹.

A título de formas atuais de uso de obras intelectuais, EDUARDO VIEIRA MANSO destaca, também, a utilização pela via peculiar do *merchandising*⁵⁰ que, em qualquer hipótese de sua realização, mediante a utilização de obras intelectuais, ou de qualquer elemento delas, "sempre ocorre reprodução de suas formas: ou se reproduz sua forma intrínseca, ou sua forma extrínseca". Prossegue o jurista:

"É a forma – e isso é um truísmo em Direito Autoral – que merece e recebe toda proteção, com que se conferem, ao autor e demais titulares de direitos autorais, prerrogativas jurídicas envolvendo faculdades positivas e negativas, que lhes reservam todos os poderes para utilização econômica de obra intelectual"⁵¹.

Não há como negar as dificuldades que essas novas modalidades de utilização (*reprografia, internet e outras novas tecnologias e estratégias de comunicação*) de obras intelectuais vêm causar ao efetivo controle de direitos autorais. A proteção legal, no entanto, permanece sólida e sua implementação eficiente deverá demandar a criação de sistemas de controle adequados a esses novos meios e processos de uso desses bens.

No tocante, especificamente, à reprodução de obras musicais fixadas em fonograma, incluídas ou não em obras audiovisuais fixadas em videofonogramas ou outros suportes, BOBBIO subdivide as reproduções de obras musicais em duas modalidades: a edição gráfica e a fonomecânica. De-

fine como as reproduções da obra "*per corpora mechanica*" os processos preparatórios da realização sonora da criação musical. Dentre eles, o mais antigo seria o da edição gráfica, que consiste na publicação de transcrições da obra nos sinais convencionais representativos do som e se destina à realização sonora por meio de instrumentos musicais acionados pelo homem, ou da voz humana. Complementa esclarecendo que a edição gráfica pode ser realizada diretamente, pelo autor, ao encomendar, por conta própria, a reprodução do manuscrito por ele preparado ou mandado preparar e que a publicação assim feita, em que figure o nome do autor e o distintivo da obra, poderá ser posta em comércio pelas formas usuais⁵².

A respeito da acepção de "edição" e "reprodução" da obra musical, HERMANO DUVAL professa o entendimento de que "a reprodução de obra musical em disco constitui edição, porque a gravação e a exposição e venda de exemplares do disco colocam a obra à disposição do público (Cód. Civil. art. 657). É a colocação da obra à disposição do público e não sua execução pública que caracteriza a edição da obra musical gravada na matriz e multiplicada em discos"⁵³.

A despeito da observação terminológica de DUVAL – atualmente, o termo "reprodução fonográfica" é mais utilizado – é relevante observar que, no âmbito dos direitos de reprodução de obra musical, consiste essa a utilização que costuma gerar uma retribuição mais satisfatória aos titulares de direitos autorais.

Assim, terá o titular um percentual no preço de venda-gem de exemplares. Tais participações vão atingir números muito mais significativos do que a comercialização de partituras musicais, principal atividade inerente à reprodução eminentemente gráfica da obra musical.

Deve-se considerar – em complemento – que, atualmente, já começa a ter expressão a remuneração autoral decorrente não só da reprodução e comercialização de fonogramas (*englobadas nessa expressão não só os discos, mas também, as fitas cassetes e os novos suportes sonoros desenvolvidos pela tecnologia*) mas, também, da obra audiovisual, definida na nova legislação brasileira como a que resulta da fixação de imagem, com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação⁵⁴.

⁵² Obra citada, p. 25.

⁵³ Obra citada, p. 181.

⁵⁴ Artigo 5º, inciso VIII, letra "i" da Lei 9.610/98. A lei anterior, 5.988/73, estabelece em seu artigo 4º, inciso VIII, simplesmente: "videofonograma – a fixação de imagem e som em suporte material".

⁵⁵ Artigo 46, inciso II, da Lei 9.611/98, que reedita a orientação do inciso II do artigo 49 da Lei 5.988/73 com o acréscimo da expressão "pequenos trechos" e que a reprodução tenha sido "feita por este" (o copista). Examinamos esse tema (*limitações ao direito autoral*) mais detalhadamente no capítulo seguinte.

⁵⁶ Obra citada, p. 50. O princípio referido por VIEIRA MANSO, constante do artigo 35 da Lei 5.988/73, da independência entre as diversas formas de utilização de obras intelectuais, foi reeditado pelo artigo 31 da nova lei brasileira de direitos autorais (9.610/98).

⁵⁷ Em artigo intitulado "Reproduzione Sonora e Visiva de Opere Dell' Ingegno per Uso Personale", publicado no Volume Celebrativo do Cinquentenário da Revista *Il Diritto di Autore*, Editora Giuffrè, 1979, pp. 111 e 112.

Cabe ressaltar, contudo, as limitações legais – e, também, expressadas por alguns doutrinadores – ao "direito exclusivo" outorgado ao autor e demais titulares de direitos autorais em algumas situações especiais. É o caso, por exemplo, do tratamento que a legislação brasileira dá à "reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista. Essa reprodução, desde que feita por este sem intuito de lucro", não constitui ofensa ao direito de autor⁵⁵.

Por outro lado, quanto à reprodução fonomecânica, dois aspectos devem ser considerados: o da gravação efêmera e o da reprodução para uso privado. A primeira questão é examinada por EDUARDO VIEIRA MANSO no sentido de que, não obstante a lei 5.988/73 a tenha incluído na parte reservada aos direitos conexos, a gravação efêmera das interpretações artísticas seria uma hipótese de reprodução de obra intelectual que, como verdadeira limitação do direito autoral, escaparia do poder que o autor tem de impedir a fixação sem sua prévia e expressa autorização. Mas, em seguida, é o mesmo jurista que pondera que a França, por exemplo, não admite que a gravação efêmera se faça sem o consentimento dos titulares do direito de reprodução e aconselha que:

"As empresas de radiodifusão façam constar dos contratos que firmarem com os autores condições expressas a respeito dessa fixação. Isso porque, a rigor, um contrato que autorize apenas a representação da obra, pela radiodifusão, ainda que efêmera, em razão da total independência existente entre as diversas formas de utilização econômica da obra intelectual (segundo um princípio de direito intelectual que o artigo 35 da lei 5.988/73 consagrou), e especialmente porque, pelo menos formalmente, a gravação efêmera, na lei 5.988/73, refere-se apenas à interpretação e, pois, aos direitos conexos"⁵⁶.

Finalmente, a respeito da reprodução para uso privado ou pessoal, TADDEO COLLOVÁ, admitindo que o conceito de uso pessoal nesse caso é determinado na fronteira que delimita o uso lícito do ilícito da obra intelectual, pondera que a utilização, enquanto realização de um meio substitutivo ao industrial, deverá ser levada em conta se envolver o interesse do autor e o prejuízo que pode ser causado a este⁵⁷.

A questão da reprodução sonora privada e, atualmente, também a de natureza audiovisual, assume dimensões incalculáveis atingindo – *indiretamente* – os interesses pecuniários dos titulares dos direitos autorais das obras copiadas,

reduzindo-lhes, sensivelmente, a remuneração que adviria da comercialização regular de fonogramas é videofonogramas. Nesse passo, J. PEREIRA lembra que a reprodução parcial ou total de obras com a utilização dos equipamentos atuais causa, com efeito, prejuízo a seus autores. É que não se trata mais de uma ou de duas cópias. São milhões de pessoas apertando botões e copiando, em poucos minutos, obras musicais, literárias ou cinematográficas. Ressalta que a solução estaria na decisão do Supremo Tribunal Federal, no caso da norma do inciso I do artigo 666 do Código Civil: a reprodução é consentida como uma espécie de licença legal, mas o autor tem direito à remuneração por tal uso⁵⁸.

No tocante à solução do problema – o que deve ser considerado como uma maneira de sua atenuação, ao menos – destaca PEREIRA a orientação do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) de que se cobre do fabricante remuneração na saída da fita virgem do estabelecimento que a industrializou, ou do importador, no caso de fita estrangeira. Essa cobrança, feita coletivamente, beneficiaria a todos os titulares de direitos autorais, competindo ao CNDA homologar o valor da remuneração e aprovar os critérios de distribuição de seu montante entre os titulares de direitos autorais. Finaliza:

“Durante a discussão da matéria no CNDA muitas questões de ordem jurídica foram levantadas, todas convenientemente dirimidas, inclusive uma delas que ainda serve de argumento para os que se opõem ao respeito aos direitos autorais: como cobrar direitos autorais sobre uma fita magnética virgem se nela nada há gravado, no momento da compra? O que acontece é que, pela legislação austríaca em que se calcou o projeto em causa, não se está cobrando direito autoral, mas uma licença legal, uma autorização dos autores das obras que nelas vão ser reproduzidas, pois outra finalidade não tem as fitas magnéticas senão gravar e reproduzir manifestações artísticas e literárias resguardando-se assim, inclusive, os direitos de quem comprou a fita e nela gravou originalmente, a obra intelectual”⁵⁹.

O sistema de remuneração autoral, de natureza compensatória, a esse quadro generalizado de extração de cópias no ambiente privado foi equacionado pelo legislador no curso da evolução, no Congresso Nacional, do projeto da Lei 9.610, de 1998. No entanto, os dispositivos que continham essa salutar previsão, infelizmente não vingaram. Embora constasse essa matéria na versão original do Substitutivo de Projeto

⁵⁸ A respeito desse instituto – *cópia privada* – que resultaria em licença compulsória nos atrelando à remuneração compensatória ao titular de direito autoral, VANISA SANTIANO comenta: “O sistema de remuneração pela cópia única para uso do copista, que resulta de uma limitação ao direito de reprodução, foi criado para compensar o fator acumulativo e multiplicador dessa limitação, que, com o avanço da tecnologia, se havia convertido em uma ofensa ao artigo 9.2. do Convênio de Berna, conhecido como a “*Regra dos três passos*”. Criado na Alemanha em 1965 e introduzido paulatinamente na legislação dos países europeus, o sistema da cópia privada representa uma expressiva fonte de riqueza para o autor e para a própria indústria, funcionando por meio de fixação de um cânon compensatório pago pelos fabricantes de suportes (*fitas, CDs virgens e similares*) e por meio do exercício obrigatório e conjunto, por associações de gestão coletiva” (*O Direito de Autor e o Direito de Remuneração*, citado, p. 347).

⁵⁹ Em artigo publicado no periódico *O Estado de S. Paulo*, de 3/6/1984, p. 48. A referência ao Conselho Nacional de Direito Autoral é mantida na forma expressada por J. PEREIRA, com a ressalva de que o órgão foi desativado em 1990 e extinto em 1998, conforme já anotado.

de Lei, que se constituiu na nova lei brasileira de direitos autorais (9.610/98), infelizmente foram os dispositivos rejeitados na votação, em sessão plenária, da Câmara dos Deputados, postergando, assim, essa importante conquista na defesa dos direitos autorais em nosso país. Consignava o projeto que: "os titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos domiciliados no país, cujas obras, produções, interpretações e execuções hajam sido publicadas em fonogramas e videofonogramas terão direito a remuneração de natureza autoral, como compensação à possibilidade de sua reprodução privada na forma do inciso II do art. 49 da presente lei, mediante o uso de aparelhos reprodutores e de suportes materiais virgens".

Dentro desse conceito, estabelece, principalmente, que: "(a) a remuneração será devida pelo fabricante ou importador, no ato da saída do estabelecimento, à razão de 5% (cinco por cento) sobre o preço de venda dos aparelhos reprodutores e 10% (dez por cento) sobre o preço de venda das fitas magnéticas, ou quaisquer outros suportes materiais virgens; (b) a cobrança da remuneração será feita coletivamente, por entidade organizada para este fim, pelas associações a que se refere o art. 100, ou mediante mandato por elas outorgado ao escritório a que se refere o art. 102 desta Lei; (c) caberá às associações de titulares de direitos autorais decidir os critérios de distribuição aos titulares das quantias arrecadadas, respeitados os direitos de cada um; (d) na falta de acordo entre as associações, quanto à distribuição da remuneração correspondente às fixações exclusivamente sonoras, essa será somada ao montante da execução pública a distribuir, cabendo metade do valor aos titulares de direito de autor e a outra metade aos de direitos conexos; e (e) à falta de acordo entre as associações quanto à distribuição da remuneração correspondente às fixações audiovisuais, caberá a metade ao produtor, e a outra será repartida, em partes iguais, aos demais coautores, ou autor da obra adaptada e aos intérpretes nominados nos letrados"⁶⁰.

⁶⁰ Parágrafo primeiro e terceiro a sexto do artigo 104 do Substitutivo do Projeto da Lei 9.610, de 19/2/1998, que foram suprimidos do texto legal definitivo.

8.3.6. A DISTRIBUIÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS

A conceituação de distribuição encontra-se, principalmente, em dois dispositivos da Lei 9.610/98: (a) no inciso IV do artigo 5º: a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execução fixadas em fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência ou posse; e (b) no inciso VII do artigo 29 que dispõe sobre a necessidade

de autorização prévia expressa do autor a modalidade de utilização consistente em "distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra óptica, 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"⁶¹.

A norma geral – para as utilizações lícitas, ou seja, regularmente autorizadas – é que a remuneração do autor seja condicionada a um percentual sobre as receitas decorrentes da comercialização da obra.

A base média percentual gira em torno de 10% (é assim, normalmente, em relação aos livros – sobre o preço de capa. Em relação a obras musicais esse percentual – atualmente de 9, 17% – é aplicado sobre o preço de faturamento da gravadora ao revendedor).

FÁBIO MARIA DE MATTIA, ao examinar a remuneração do escritor, fornece elementos importantes para o entendimento da regra em sua acepção genérica:

"O sistema do pagamento de direito do autor baseado numa porcentagem sobre o preço de venda é suscetível das modalidades as mais diversas. Pode ser estipulada uma remuneração simplesmente proporcional mas, também, pode ser incluído na convenção o princípio da progressão, ou seja, a porcentagem atribuída ao autor aumentará à medida que as tiragens alcançarem cifras mais elevadas"⁶².

Embora essa seja a regra geral de remuneração na utilização da obra intelectual através da distribuição e comercialização de cópias, naturalmente não é a única.

A remuneração poderá seguir o critério do valor fixo na hipótese, por exemplo, de distribuição de determinado número de cópias como brindes promocionais ou outros sistemas similares.

Essas regras gerais, contudo, somente poderão ser aplicadas na hipótese de reprodução devidamente autorizada. Com o advento da evolução tecnológica torna-se indispensável certificar-se que a modalidade de reprodução pretendida encontra-se, efetivamente, abrigada no instrumento de autorização ou licença concedida pelo titular do direito. A respeito, pronunciou-se o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em acórdão de 27/2/1992, na apelação cível 3.819/91, por votação unânime de sua Segunda Câmara Cível, relator o Desembargador THIAGO RIBAS FILHO, com a seguinte ementa:

⁶¹ Em sua alentada e elucidativa monografia *Direito da Internet e da Sociedade de Informação* (Rio de Janeiro, Forense, 2002), o jurista português JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO elogia a solução legislativa brasileira sobre a acepção adotada para a "distribuição" de obra intelectual, para adequá-la ao campo informático: "No Substitutivo do Projeto de Lei dos Direitos Autorais do Deputado ALOYSIO NUNES FERREIRA que está na base da Lei nº 9.610, a redação do art. 29 VII era a seguinte 'a transmissão de uma reprodução consiste na distribuição por qualquer meio técnico ou processo digital mediante o qual uma cópia de obra ou produção, é fixada fora do lugar de onde foi enviada'. Era, claramente, a 'distribuição informática' que se tinha em vista: por isso se fala até na fixação da cópia, fora do local para onde a obra ou prestação foi enviada. Continua a ser este o problema de que se ocupa o mesmo inciso, embora com redação alterada. Há uma verdadeira distribuição, que se estende aos casos em que a própria produção do exemplar é realizada no terminal do utente. Essa situação não podia deixar de ser integrada na distribuição verdadeira e própria – ainda que implicasse ajustamento no conceito de distribuição. Por isso se aplaude a posição da lei brasileira" (*obra citada*, p. 11). Ainda no terreno da informática, NEWTON SILVEIRA ressalva a distinção entre o tratamento legal, a lei autoral vigente de "distribuição" e "armazenamento", os seus reflexos jurídicos quanto ao licenciamento do respectivo uso de obra intelectual, consignando que a "autorização para inclusão em base de dados, e armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero (art. 29, IX) não compreendem a distribuição (art. 29, VI), nem a distribuição para oferta (art. 29, VII), nem qualquer outra forma de comunicação ao público, como execução musical, radiodifusão, emprego de satélites artificiais, sistemas ópticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares (art. 29, VIII, b,d,h,i)". Conclui o jurista que "Assim, se um provedor de conteúdo contrata tão-somente o direito de armazenamento (o qual constitui uma reprodução conforme definição do inc. VI do art. 5º) não está automaticamente autorizado à comunicação ao público, exceto se intrínseca ao contrato firmado." ("Os Direitos Autorais e as Novas Tecnologias da Informação conforme a Lei 9.610/98", que integra a obra *Direitos Autorais – Estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*, organização EDUARDO SALLES PIMENTA, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 273.)

⁶² *Obra citada*, p. 247.

⁶³ *Direito Autoral – Série Jurisprudência*, citada, p.35.

“Obra cinematográfica – Direito autoral e direito de imagem – Acerto da sentença que entendeu como não autorizada a exploração, em videocassetes, de película cinematográfica, quando, à época do contrato com a artista, era incomum a reprodução através de tal instrumento e o pacto só previa seu uso em cinema, admitindo reproduções fotográficas ou cinematográficas em televisões, jornais, revistas ou semelhantes com a finalidade exclusiva de angariar publicidade para o filme. – As diversas formas de utilização da obra intelectual são independentes entre si, e os negócios referentes a elas devem ser interpretados restritivamente”⁶³.

Outra forma de utilização que tem se desenvolvido acentuadamente é a locação de cópias (atividade habitual das “videolocadoras”, por exemplo, normalmente em relação às obras cinematográficas fixadas em videofonogramas ou “CDs” – compact discs no campo fonográfico), a reprografia (extração de fotocópias ou xerocópias) podem, também, consistir variantes do sistema tradicional de remuneração percentual, dependendo do caso.

Sobre a questão da obrigatoriedade de autorização do autor (e, eventualmente, demais titulares de direitos autorais) na locação, assevera EDUARDO VIEIRA MANSO:

“Não pode haver dúvida de que a utilização da obra intelectual, que se fizer mediante empréstimo remunerado ou locação, será uma ‘utilização econômica’, que, não estando expressamente excluída da exclusividade autoral, seja por derrogação, seja por limitação do direito (art. 49 da Lei 5.988/730), apenas pode ser realizada pelo autor, ou seus sucessores, por todo o tempo em que a lei conservar na sua titularidade essas prerrogativas, ou mediante autorização desses titulares”⁶⁴.

A título de precedente jurisprudencial, HENRIQUE GALDELMAN destaca sentença do Juiz PEDRO ARRUDA PINTO DE FRANÇA, da 28ª Vara Cível do Rio de Janeiro (confirmada, por unanimidade, pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em acórdão proferido na apelação cível 40.793), que declara que o aluguel de videocassetes sem expressa autorização das produtoras titulares “constitui violação de seus direitos autorais”⁶⁵.

E essa orientação é pacífica. Nesse sentido – da indispensabilidade de autorização na locação, também, de “com-

⁶⁴ *Direito Autoral – Série Jurisprudência*, citada, p.35.

⁶⁵ *De Gutenberg à Internet – Direitos Autorais na Era Digital*, Rio de Janeiro, Record, 1997, p. 85.

DIREITOS PATRIMONIAIS

compact discs (CDs)" a posição de ELIANE JUNDI e JOÃO CARLOS MULLER CHAVES⁶⁶.

Em face da penúltima alteração do Código Penal Brasileiro⁶⁷, na área de direitos autorais, pela Lei 8.635, de 16/3/1993, foi introduzido na tipificação como crime (artigo 184, parágrafo 2º), também, o "aluguel" (ou locação), com intuito de lucro, de "original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral". A mesma lei introduz na tipificação do delito o "empréstimo" ou "troca", com intuito de lucro, de original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral⁶⁸.

Não há como negar as dificuldades que essas novas modalidades de utilização (reprografia, internet e outras novas tecnologias e estratégias de comunicação) de obras intelectuais vêm causar ao efetivo controle de direitos autorais. A proteção legal, no entanto, permanece sólida e sua implementação eficiente deverá demandar a criação de sistemas de controle adequados a esses novos meios e processos de uso desses bens.

A respeito, relevantes observações de SILVIA GANDELMANN de que "A boa notícia, nesse imbroglío de conceitos e de diversos tipos de direitos em jogo ou ameaçados é que, a cada nova modalidade de utilização proporcionada pelas novas tecnologias, surge mais uma oportunidade para os autores/artistas comercializarem suas obras e divulgá-las a baixo custo. O exemplo maior é a comercialização dos chamados ringtones ou toques de campanha dos celulares, um mercado estimado em muitos milhões de reais, que vem gerando receita adicional para os autores e seus editores"⁶⁹.

8.3.7. A COMUNICAÇÃO (AO PÚBLICO) DE OBRAS INTELECTUAIS

Conceitua a nossa lei, como "comunicação ao público de obras intelectuais o ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares"⁷⁰. No contexto deste amplo espectro, examinemos as principais utilizações de obras intelectuais consideradas "comunicação ao público".

⁶⁶ Conforme artigo intitulado "Especialistas dizem não ao aluguel de CDs", de ROGÉRIO VICTORINO, publicado na seção "Legislação" da revista *Ver Vídeo* n. 16, de novembro de 1994, p. 128.

⁶⁷ A última alteração se deu com a Lei 10.695, de 1/7/2003, que manteve a tipificação referida.

⁶⁸ A respeito do delito de "troca", PAULO JOSÉ DA COSTA JR. em seus *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 4. ed., reformulada e atualizada, 1996, p. 629, pondera: "Com relação à troca, quer-nos parecer dúbio o acréscimo. Isto porque dificilmente se comprovará o intuito de lucro numa simples troca".

⁶⁹ ("Convergência de Mídias e os Ringtones - Direito de Inclusão e Distribuição", integrante de *Direitos Autorais - Estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*, já citado, p. 345). ELIANE JUNDI complementa que "outras formas de utilização de obras musicais também foram criadas, tais como os chamados *Caller tones* ou *ring back tones*. Trata-se do toque de chamada que o assinante poderá disponibilizar em seu aparelho, para a pessoa que o está chamando escutar uma música, substituindo o toque tradicional de telefone. Nesse caso também são necessárias as imprescindíveis autorizações dos titulares dos direitos autorais e dos direitos conexos aos do autor". Conclui adiante, que: Nos *ring tones*, *true tones* e *ring back tones*, acontece a distribuição da obra musical para o telefone móvel privativo do usuário" (artigo "Ringtones Gera Direitos de Execução Pública? Direitos de Distribuição", publicado na *Revista de Direito Autoral III*, São Paulo, Edição ABDA / Lumen Juris, 2005, pp. 32 e 35, respectivamente). Interessante, também, a observação de MICHEL NICOLAU NETTO sobre a distribuição "gratuita" de música pela Internet, que qualifica como de simples lógica: "a música gravada distribuída gratuitamente é o modo de negócio em que as empresas de tecnologia e fonográfica conseguem um grau de concordância; são estas empresas que possuem a exclusividade na oferta de música gravada; tal oferta precisa ser financiada, pois faz parte de uma lógica de mercado; tal financiamento deve se dar por anunciantes; tais anunciantes, por fim, determinarão as músicas que lhes interessam ofertar. Se todas as etapas de nosso pensamento estão corretas, podemos concluir que quanto mais este tipo de negócio se fortalece, mais condicionada aos interesses dos anunciantes a oferta de música estará." ("Quanto custa o gratuito? Problematizações sobre os novos modelos de negócio na música", em *ArtCultura: Revista de História, Cultura e Arte*, v. 10, n. 16, Uberlândia, Edufu/Fape-mig/CNPq, jan-jun 2008.)

⁷⁰ Tanto a "comunicação ao público" quanto a "distribuição" são espécies do gênero "publicação de obra intelectual que a lei autoral vigente define como "o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo" (artigo 5º, I da Lei 9.610/98).

8.3.7.1.

8.3.7.1 A REPRESENTAÇÃO E A EXECUÇÃO PÚBLICA: A CONVENÇÃO DE BERNA

A obra intelectual representada, exibida ou executada em apresentações "ao vivo" (quando os intérpretes ou executantes estão atuando pessoalmente, normalmente sobre um palco), exige a autorização do autor.

Da mesma forma em relação aos autores (e demais titulares de direitos de autor e conexos) na representação, exibição ou execução de obras em comunicação indireta ao público: por radiodifusão, por cabo, transmissão por satélite, pelo sistema de computadores ou outros meios.

Essa obrigação, sob o prisma internacional, é estabelecida no artigo 11, 11bis e 11 ter da Convenção de Berna, em relação ao termo amplo "obras literárias e artísticas" destacando, como sujeitos ao controle, nesse item, as seguintes utilizações:

"1) a radiodifusão ou a comunicação pública dessas obras por qualquer outro meio que sirva à difusão sem fios dos sinais, sons ou imagens; e

2) qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando essa comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem; a comunicação pública, por alto-falantes ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens, da obra radiodifundida"⁷¹.

Especificamente, também em relação à obrigatoriedade de autorização do autor, estipula a mesma Convenção⁷²:

"(i) em relação às obras dramáticas, dramático-musicais e musicais:

1) a representação e a execução pública dessas obras, por todos os meios ou processos; e

2) a transmissão pública por todos os meios da representação e execução das suas obras.

(ii) em relação às obras literárias:

1) a recitação pública por todos os meios ou processos; e

2) a transmissão pública, por qualquer meio, dessas recitações.

8.3.7.2. O REGIME LEGAL BRASILEIRO DE REPRESENTAÇÃO E EXECUÇÃO PÚBLICA DIREITA ("AO VIVO") OU INDIRETA (RADIODIFUSÃO, CABO, SATÉLITE, COMPUTADOR)

Na esteira da orientação normativa internacional, o Direito Positivo brasileiro dispõe:

⁷¹ Artigo 11 bis.

⁷² Artigos 11 e 11 ter.

8.3.7.2.

*"Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas"*⁷³.

Prossegue o mesmo dispositivo legal considerando apresentação pública "a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica" e execução pública "a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica"⁷⁴.

Complementa, ainda, o mesmo dispositivo exemplificando "locais de frequência coletiva": "os teatros, cinemas salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas"⁷⁵.

Observe-se, louvável supressão na nova lei brasileira da condição do "lucro direto ou indireto" e nas apresentações públicas "com participação de artistas" que estejam sendo "remunerados" para caracterizar a obrigatoriedade de autorização (essas expressões constam do texto legal anterior: artigo 73 caput e seu parágrafo primeiro da Lei 9.988/73).

A jurisprudência, contudo, mesmo no período de vigência da Lei 5.988/73, já vinha aplicando essa disposição legal de forma a evitar o desatendimento da norma constitucional de direito exclusivo de uso, pelo autor, de sua obra intelectual. O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de 20/2/90 de sua Quarta Turma, relator o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, consignou, didaticamente:

"Ementa

Direitos autorais – Música ambiente em estabelecimento comercial – Retransmissão de emissoras de rádio – Pagamento devido.

1- A utilização de música em estabelecimento comercial captada de emissoras de rádio sujeita-se, nos termos da lei, ao pagamento dos direitos autorais.

⁷³ Artigo 68 caput da Lei 9.610/98. Tratamos a gestão coletiva de direitos autorais, regime habitualmente empregado no controle dessa modalidade de utilização de obra intelectual, no Capítulo 12, pp. 248 a 318.

⁷⁴ Parágrafos 1º e 2º do artigo 68 da Lei 9.610/98. A respeito da exibição pública cinematográfica como modalidade independente das demais utilizações de obra cinematográfica e, portanto, condicionada à autorização distinta por parte dos titulares de direitos autorais, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal anteriormente, ainda, à lei autoral de 1973, com a seguinte ementa: "Obra cinematográfica. Cópia adquirida em leilão da alfândega. Direito a projeção no âmbito privado, que não se confunde com o direito de exibição pública" (acórdão de 30/8/1971 proferido no recurso extraordinário 71.594 / DF, Segunda Turma, relator o Ministro BILAC PINTO – RTJ v. 59-01, p. 234).

⁷⁵ Parágrafo 3º do artigo 68 da Lei 9.610/98.

⁷⁶ *Direito Autoral – Série Jurisprudência*, já citada, p. 147.

2 – O pagamento dessa verba decorre não apenas do lucro, indireto ou potencial, pela captação e predisposição da clientela em consequência da sonorização do ambiente, mas pela opção legislativa em valorizar o trabalho e o talento do artista.

3 – O progresso tecnológico na reprodução dos sons não pode ensejar a apropriação do labor alheio e da criação intelectual, mercedores da proteção jurídica⁷⁶.

Esse posicionamento foi sintetizado na Súmula 63 do mesmo Tribunal, que consignou serem “*devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais*”.

Em acórdão posterior (1/10/1996), ainda no Superior Tribunal de Justiça e sendo o relator novamente o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA reeditou essa orientação:

“Direitos Autorais – Música em ônibus – Retransmissão – Contrato firmado pelas agravantes – Caracterização do lucro direto – Enunciado 5 da Súmula/STJ – Na lição autorizada do Professor ANTONIO CHAVES, acolhida em precedente desta Corte (RESP 983/RJ) não interessa, na verdade, a existência de um rendimento direto ou indireto por parte de quem o execute ou de outro modo tire proveito da obra alheia. A gratuidade não é a razão para isentar quem quer que seja do pagamento devido: assim como não há lei que obrigue alguém a fazer caridade, não existe dispositivo que faculte prestar favores à custa dos eventuais proventos de outrem⁷⁷.”

⁷⁷ *Boletim da AASP (Associação dos Advogados de São Paulo)*.

Ainda no campo da execução pública de obras musicais, é relevante destacar a argumentação lançada por alguns usuários de que, para utilização (mesmo que pela via de execução pública em televisões abertas ou a cabo) de obras cinematográficas, novelas ou programas de televisão, consideradas como “*obra coletiva*” e, assim, aplicáveis os termos do artigo 15 da Lei 5.988/73 que atribui à “*empresa singular ou coletiva*” a sua “*autoria*”, bastaria a autorização desta para que a execução pública das obras musicais contidas na obra coletiva estivesse regularmente liberada.

Contudo, essa posição não merece prevalecer, mesmo com o advento do novo regime constitucional, em 1988, que em seu artigo 5º, inciso XXVIII, letra “a” estabelece que é assegurada “*a proteção às participações individuais em obras coletivas*”⁷⁸ e, no mesmo dispositivo, na letra “b”, dis-

⁷⁸ Esse princípio é reeditado na nova lei de direitos autorais (artigo 17 *caput* da Lei 9.610/98).

DIREITOS PATRIMONIAIS

põe que pertence "o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais ou associativas".

A mesma linha de argumentação conduz à assertiva de que consistiria, a inovação constitucional de proteção do "direito de fiscalização do aproveitamento econômico", em enfraquecimento ou – até – derrogação do direito exclusivo, do autor, de utilização de sua obra consagrada no texto constitucional vigente, em reafirmação aos anteriores⁷⁹.

É nítida a improcedência do argumento. A ressalva da proteção da "participação individual" em obra coletiva reforça – e não restringe – o direito exclusivo do autor sobre sua obra. O fato de a obra poder ou não ser denominada "coletiva" não pode – *por si só* – resultar na expropriação dos direitos autorais sobre a obra – ou participação – passível de individualização nesse contexto.

Por outro lado, a titularidade de direitos patrimoniais do "produtor cinematográfico" não é considerada autonomamente na lei, mas, sim, vinculada à existência de "contrato de produção", o que a caracteriza – a titularidade do produtor – como derivada e não originária. Assim, a atribuição desses direitos pecuniários ao produtor (*no que tange à obra cinematográfica, como um todo*), estes sim, dependerão de contrato, diferentemente dos direitos, não só de natureza patrimonial, mas, também, moral, cuja titularidade – *originária* – do autor nasce com a criação da obra, sem a sujeição do autor à prática de qualquer outro ato formal constitutivo de direito (*como é exigido no campo da propriedade industrial*).

Fora do âmbito contratual, o direito positivo anterior (de 1973) brasileiro considerava – *regra revogada pela lei autoral vigente* – o produtor como coautor da obra cinematográfica em conjunto com os demais coautores: o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor, este titular exclusivo dos direitos morais sobre a obra⁸⁰.

No tocante às obras musicais incluídas em filme, inclusive, os direitos autorais devidos pela sua execução pública – *especialmente pela via de exibição cinematográfica* – são ressalvados por expresse dispositivo legal:

"Os direitos autorais de execução musical relativos a obras musicais, lítero-musicais e fonogramas incluídos

⁷⁹ Artigo 5º, inciso XXVII da Carta Magna de 1988, artigo 153, parágrafo 25 da Constituição Federal de 1967 e artigo 149, parágrafo 19, da Constituição de 1946.

⁸⁰ O artigo 16 da Lei 5.988 consignava expressamente, o "produtor" como um dos coautores da obra cinematográfica. Essa imprecisão foi corrigida pelo artigo 16 da nova lei de direitos autorais vigente (9.610/98), que considera coautores da obra audiovisual apenas: o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor. Acrescente-se, ainda, que a exemplo do diploma anterior (Lei 5.988/73), a Lei 9.610/98 consigna no parágrafo único do artigo 16 a existência também, da coautoria dos que "criam os desenhos" nos desenhos animados utilizados na obra audiovisual e que "cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual" (artigo 25 da Lei 9.610/98 que reedita a orientação do art. 26 da Lei 5.988/73).

⁸¹ Artigo 86 da Lei 9.610/98. O parágrafo 3º do artigo 68 mencionado no dispositivo legal transcrito especifica, como já referido, os seguintes locais e estabelecimentos: "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, funcionais ou estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem, recitem, interpretem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas". No mesmo sentido da orientação legal anterior: "Os direitos autorais relativos a obras musicais, lítero-musicais e fonogramas incluídos em filmes serão devidos a seu titulares pelos responsáveis dos locais ou estabelecimentos a que alude o parágrafo 1º do artigo 73, ou pelas emissoras de televisão que o exibirem" (artigo 89 da Lei 5.988 de 14/12/78).

⁸² Conforme já registramos, este e tema – gestão coletiva de direitos autorais – abordaremos adiante, no Capítulo 12, em especial o item 12.1.2, pp. 252 a 315.

⁸³ *Dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 132 e 179.

⁸⁴ No relativo à satélites: artigo 5º, II e XII e art. 29, VIII "h" da Lei 9.610/98 e, no atinente a computadores ou meios eletrônicos: artigo 5º, VI e artigo 29, VII, IX do mesmo diploma legal.

DIREITOS PATRIMONIAIS

em obras audiovisuais serão devidos aos seus titulares pelos responsáveis dos locais ou estabelecimentos a que alude o parágrafo 3º do artigo 68 desta lei, que a exibirem, ou pelas emissoras de televisão que as transmitirem"⁸¹.

Em reforço a essa orientação, tanto a anterior Lei 5.988/73 (artigo 115) quanto o texto legal vigente (artigo 99 da Lei 9.610/98) estabelecem que o "o escritório central de arrecadação e distribuição" deverá controlar os direitos autorais decorrentes da execução pública de obras musicais, "inclusive" através da "radiodifusão e da exibição cinematográfica" (Lei 5.988/73), ou "por meio de radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais" (Lei 9.610/98)⁸².

É imprescindível, assim, que o usuário de direitos autorais pela via da execução pública cumpra as exigências legais, tendo em vista, inclusive, que – *além das normas de direito civil* – é aplicável, também, a tutela penal pois, conforme observa EDUARDO SALLES PIMENTA: "a execução pública com fins lucrativos de tais obras intelectuais, sem o prévio pagamento pela utilização dos direitos autorais, tipificará a ação criminosa de violação de direito autoral", orientação que se consolida no precedente jurisprudencial que indica:

"Violação de direito autoral – Estabelecimento comercial que, por meio de disco fonográfico, executa música sem autorização do titular de direito autoral – Delito, em tese, configurado – Voto vencido.

Configura, em tese, infração do artigo 184 do CP a execução pública de música por meio de disco fonográfico em estabelecimento comercial, sem autorização do titular do direito autoral (Recurso 42.033 – Santos – 2ª Câmara Criminal – Por maioria em 11.472 – Rel. MATTOS FARIA – Rolo 25, flash, 18, do serviço de microfilmagem do T. de Alçada Criminal de São Paulo)"⁸³.

Embora as especificações das diversas formas de comunicação de obras intelectuais, tanto na regra internacional como na do direito interno brasileiro citados, sejam apenas exemplificativas e não de caráter restritivo, cabe anotar que há, no regime legal vigente, referência expressa à comunicação por satélites e utilização de sistemas de computação⁸⁴.

(nestes casos não só em relação à representação ou execução de obras como, também no que se refere à reprodução - armazenamento por meios eletrônicos - de obras intelectuais, como já visto).

Dessa época até hoje, os estudos e conclusões a respeito das utilizações de obras intelectuais por esses novos meios de comunicação se avolumaram no campo dos direitos de autor.

A questão da tecnologia de satélite - quando, conforme BITTAR, "na emissão originária deve ser, previamente, colhida a autorização autoral, para a remuneração devida ao titular dos Direitos"⁸⁵ - deve ser abordada em relação aos tipos de transmissão de programas:

- (a) satélites "ponto a ponto"
- (b) satélites de distribuição, e
- (c) satélites de radiodifusão direta⁸⁶.

O jurista inglês S.M. STEWART explica que o primeiro tipo é utilizado em comunicações "ponto a ponto" entre longas distâncias, normalmente entre dois pontos, mas também, entre um ponto transmissor e vários pontos receptores. Nas duas extremidades, é necessário haver poderosas estações receptoras em terra.

No segundo caso, "satélites de distribuição", a recepção pode ser realizada por equipamentos menores e menos poderosos do que o tipo "ponto a ponto". O aspecto comum entre esses dois sistemas é que ambos necessitam de duas estações em terra: a estação originária (que emite o sinal que carrega o programa) e a estação que recebe o sinal e faz seu transporte para transmissores em terra, que, por sua vez, fazem a transmissão na forma habitual.

A questão mais delicada na defesa de direitos autorais é advinda do sistema de "satélites de radiodifusão direta", pois, nesse caso, a emissão por satélite de sinais - que transportam os programas - podem ser captados diretamente pelo público interessado (em suas casas por exemplo)⁸⁷.

A respeito da comunicação por satélites - e abordando, em seguida, pelo sistema de televisão a cabo -, CARLOS ALBERTO BITTAR enfatiza o reconhecimento e "a sagração prática" dos direitos autorais "em todos os países em que se discutiu o assunto, como, aliás, de preceito (então no regime de cabo, ou 'cabovisão')". Prossegue o jurista:

⁸⁵ O Direito de Autor nos Meios Modernos de Comunicação, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 93.

⁸⁶ S.M. STEWART, obra citada, p. 250.

⁸⁷ Obra citada, pp. 250 e 251.

⁸⁸ O artigo 35 da lei brasileira, referido, estabelece que "as diversas formas de utilização da obra intelectual são independentes entre si". A mesma orientação consta do texto legal vigente sobre a matéria (artigo 31 da Lei 9.610/98), que acrescenta, ainda, em reforço à tutela autoral: "e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a qualquer das demais" (utilizações).

⁸⁹ *Contornos Atuais do Direito do Autor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 174.

⁹⁰ Acórdão de 11/9/85, proferido na apelação cível 40.969-1, com unanimidade de votos de sua Sétima Câmara Civil, relator o Desembargador NELSON HARADA (compilado por CARLOS ALBERTO BITTAR, em *A Lei dos Direitos Autorais na Jurisprudência*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 79).

⁹¹ Ementa do acórdão de 2/5/1996, proferido na apelação cível 260.772-1/3, com unanimidade de votos de sua Quinta Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador JORGE TANNUS.

"Ora, o raciocínio então desenvolvido aplica-se perfeitamente à 'TVA', em que o uso novo representa processo autônomo e distinto de utilização de obra intelectual (Lei 5.988/73, art. 35)⁸⁸, de sorte que se encarta, perfeitamente, ao regime autoral e da correspondente remuneração do criador, incluída também a defesa dos sinais quanto aos direitos da empresa emissora"⁸⁹.

A distribuição por cabo – embora no âmbito das transmissões geradas em estúdio de rádio e não de televisão – já em 1985 era considerada, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, como passível de pagamento de direitos autorais decorrentes das obras musicais utilizadas:

*"Música – Transmissão gerada pela ré, em seus estúdios, e levada à central telefônica por cabo, sendo através deste distribuído com intuito de lucro – Ação do ECAD procedente – Recurso não provido"*⁹⁰.

O mesmo Tribunal, mais de dez anos após, reiterava esse entendimento na transmissão, dessa feita especificamente pelo sistema de televisão a cabo:

*"Direito Autoral – transmissão – aos assinantes de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, por programação musical ou películas cinematográficas – Utilização não autorizada – Concessão do interdito proibitório ajuizado pelo ECAD mantida – Preliminares de ilegitimidade de parte e ausência de representação ou mandato legal rejeitadas – Lei 5.988/73 – Recurso da ré improvido"*⁹¹.

Outra questão de crucial importância para a proteção aos direitos de autor, que já abordamos anteriormente, é a utilização de obras intelectuais através dos sistemas de computação, cuja evolução tecnológica é de rapidez – e amplitude – vertiginosa e que envolve, além da reprodução, também a execução pública (*principalmente de obras musicais*), reprodução de obras literárias e exibição de obras audiovisuais, além do armazenamento por meios eletrônicos dessas obras.

ANTONIO CHAVES, explicando "como é que a nova tecnologia digital entra no mundo da propriedade intelectual", cita MARIO FABIANI para concluir que "a informação digital permite separar o conteúdo da obra do suporte que

tradicionalmente constitui seu meio de comunicação: a música, a obra visual, ou literária não têm mais necessidade de um *corpus específico*" e complementa:

"A tecnologia digital permite, assim, influir sobre reprodução e distribuição de obras já existentes, utilizá-las para criar outras ou para retirar informações, a serem acrescentadas a outras informações e constituir dados temáticos de amplo espectro. O acesso a essas tecnologias será cada vez mais facilitado ao grande público graças aos novos achados com a realização de aparelhos mais sofisticados, mais potentes e de menor custo"⁹².

⁹² Conforme, ainda, MARIO FABIANI, citado por ANTONIO CHAVES em *Direitos Autorais na Computação de Dados*, São Paulo, LTR, 1996, pp. 84 e 85, conclusões que podem, também, abranger a utilização de obras intelectuais pela via de representação ou execução pública.