

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 8

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2011

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Coordenação: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 8 (janeiro/julho 2011)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

PROPRIEDADE INTELLECTUAL

REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS PATRIMONIAIS DE AUTOR NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

REFLEXIONES SOBRE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEL AUTOR EN EL PARADIGMA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Leonardo Macedo Poli
Luciana Costa Poli

Resumo: O trabalho faz uma releitura dos direitos patrimoniais do autor, elencando suas principais características e apontando sua apresentação pela legislação autoral. Apresenta o texto o descompasso entre a legislação autoral vigente que ainda encontra traços inspiradores no liberalismo, a demonstrar que a atual sistematização do direito autoral não atinge sua finalidade de promoção da cultura, por não garantir ao criador uma adequada compensação financeira pelo uso de suas obras, o que desestimula a atividade criativa e obstaculiza o desenvolvimento cultural. Sustenta-se que a delimitação excessiva do uso privado origina-se da tendência em se garantir a exploração econômica da obra, ao invés de se garantir uma adequada proteção do autor. A excessiva proteção gera uma espécie de censura privada: privatiza-se a linguagem, o discurso e a cultura, o que acaba por ferir interesses sociais, razão pela qual se defende que o direito patrimonial do autor não pode mais ser visto sob o prisma exclusivo do interesse do autor, devendo seu exercício harmonizar-se com a funcionalidade da propriedade intelectual.

Resumen: La obra es una reinterpretación de los derechos económicos del autor, detallando sus principales características y señalando su presentación por la ley de derechos de autor. Muestra el texto la brecha entre la ley de derecho de autor que todavía encuentra la huella de la inspiración en el liberalismo, y muestra que la sistematización actual de los derechos de autor no llega a su objetivo de promover la cultura, por no garantizar la compensación adecuada al creador por el uso de sus obras, lo que desalienta la actividad creativa y obstaculiza el desarrollo de la cultura. Se argumenta que la protección de uso privado excesiva se debe a la tendencia a asegurar la explotación económica de la obra en lugar de garantizar una protección adecuada del autor. El exceso de protección crea una especie de censura privada: si privatiza el lenguaje, el discurso y la cultura, que a la larga perjudicaría los intereses sociales. Se argumenta que los derechos patrimoniales del autor no puede ser visto por el prisma exclusivo del autor sino deben actuar en armonía con la funcionalidad de la propiedad intelectual.

Palavras-Chave: Direitos patrimoniais do autor; proteção autoral. Exploração econômica da obra. Funcionalidade da propriedade intelectual.

Palabras-Clave: Derechos patrimoniales del autor; protección autoral. Exploración económica de la obra. Funcionalidad de la propiedad intelectual.

SUMÁRIO: 1.1 – Direitos patrimoniais de autor. 1.2 – Características dos direitos patrimoniais de autor. 1.2.1 – Transmissibilidade. 1.2.1.1 – Expressa manifestação de vontade e forma escrita. 1.2.1.2 – Interpretação restritiva. 1.2.1.3 – Presunção de onerosidade. 1.2.1.3.1 – Direito de sequência. 1.2.2 – Temporariedade e domínio público. 1.2.3 – Economicidade. 2.1 – Limitações aos direitos patrimoniais de autor. 2.1.1 – Uso privado. 2.1.2 – Considerações finais.

1.1 Direitos patrimoniais de autor

Diferentemente do que ocorreu com o direito moral de autor

que só obteve reconhecimento formal em meados do século XIX, o reconhecimento do direito patrimonial é anterior, remontando ao Direito Romano, ainda que de forma indireta e embrionária. Segundo Dock¹, nas Instituições de Justiniano já se podia identificar proteção patrimonial para a obra literária.

Vê-se assim, que, paradoxalmente², apesar de o direito moral de autor possuir hoje uma proteção mais ampla que o direito patrimonial, as repercussões econômicas da criação alcançaram amparo jurídico muito antes de seus aspectos pessoais.

Os direitos patrimoniais de autor são assegurados no art. 5º, inciso XXVII da Constituição da República que garante aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras. No mesmo sentido, o art. 28 da Lei n.9.610/98 (“LDA”) prevê que cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária artística e científica.

Trata-se de conceituação demasiado vaga, considerando-se que o direito exclusivo concedido ao autor restringe-se à sua exploração econômica, uma vez que um direito exclusivo ilimitado de uso possibilitaria ao autor uma ingerência contestável na vida privada alheia.

Segundo Manso³, a utilização a que se refere a Lei restringe-se ao aspecto patrimonial, e estendê-la à utilização intelectual contrariaria o propósito de incentivar a cultura que é a razão de atribuição do direito autoral. Neste sentido, foi mais precisa a definição trazida na legislação italiana que atribui ao autor o direito exclusivo de utilizar economicamente a obra.⁴

1 DOCK, Marie Claude. *Étude sur le droit d'auteur*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963. p. 10-16.

2 O direito patrimonial é considerado por muitos como mutação econômica do direito moral (SAVATIER, René. *Le droit de l'art et des lettres*, p. 27).

3 MANSO, Eduardo Vieira. *Direito autoral*. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 32.

4 Art. 12 da Lei n. 633 de 22 de abril de 1941.

No mesmo sentido, Ascensão⁵ o define como o direito exclusivo de exploração econômica da obra, e Lipszyc⁶ como a garantia de obtenção pelo autor de um benefício econômico decorrente de sua utilização. É este também o entendimento da Corte Suprema Argentina.⁷

A restrição se justifica porque, como leciona Savatier⁸, a finalidade do direito patrimonial de autor é propiciar ao autor um meio de vida, um sustento.

No aspecto patrimonial, referem-se às faculdades reconhecidas ao autor tanto no singular como no plural.

A expressão singular, direito patrimonial de autor, refere-se ao direito exclusivo de exploração econômica da obra, englobando-se aí todas as modalidades de utilização, tais como reprodução, tradução, publicação, etc.

No plural, a expressão refere-se à decomposição do direito de exploração econômica em tantos direitos quantos sejam as modalidades de utilização da obra, tendo-se assim, o direito patrimonial de reprodução, de tradução, de publicação, etc.

Inicialmente, vê-se a proteção do aspecto patrimonial da criação por essa concepção pluralista. Como ressalta Debois⁹, no Direito Francês a proteção foi gradual, inicialmente se protegeu o direito de representação (1791), seguido do direito de reprodução (1793). Colombet¹⁰, acrescenta à lista o direito de sequência¹¹.

5 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 164.

6 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 50.

7 EMERY, Miguel Angel. *Propiedad intelectual*, Astrea: Buenos Aires, p. 62.

8 SAVATIER, René. *Le droit de l'art et des lettres*. Paris: Librairie Générale de Droit, p. 25.

9 DEBOIS, Henri. *Le droit d'auteur*, Paris: Dalloz, p. 307.

10 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 250.

11 O direito de sequência será objeto de análise detalhada no item 3.2.1.3.1.

É lógico que a restrita proteção inicial não é mais suficiente à garantia do exclusivo do autor, tendo-se em vista a grande variedade de modalidades de utilização da criação que se pode empreender nos dias atuais, principalmente após a revolução digital experimentada pela sociedade contemporânea.

Neste sentido, o art. 29 da LDA prevê uma série de modalidades de utilização protegidas pelo exclusivo autoral, tais como:

- Reprodução parcial ou integral;
- edição;
- adaptação, arranjo musical e quaisquer outras transformações;
- tradução para qualquer idioma;
- inclusão em fonograma ou produção audiovisual;
- distribuição, inclusive para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção mediante interatividade ou pagamento pelo usuário;
- representação, recitação ou declamação;
- execução musical;
- emprego de alto-falante ou sistemas análogos;
- radiodifusão sonora ou televisiva;
- captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
- sonorização ambiental;
- exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
- emprego de satélites artificiais;
- emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
- exposição de obras de artes plásticas e figurativas;
- inclusão em bases de dados, armazenamento em computador, microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero.

Apesar de extensa, a enumeração legal das modalidades de utilização não poderia ser restritiva, sob pena de se tornar brevemente

te obsoleta, tendo em vista a atual velocidade do desenvolvimento tecnológico. Assim, o legislador, no inciso X do art. 29 deixa claro o caráter meramente exemplificativo da enumeração legal, considerando englobadas pelo exclusivo autoral quaisquer outras modalidades de utilização, de existência atual ou futura.

Neste mesmo sentido repousa o entendimento de Lipszyc¹², que defende a idéia de que os direitos patrimoniais de autor não estão sujeitos a *numerus clausus*, sendo tantos quantos forem as formas de utilização factíveis da obra, tanto no momento de sua criação como durante todo o tempo em que ela permanecer no domínio privado.

1.2 Características dos direitos patrimoniais de autor

1.2.1 Transmissibilidade

Diferentemente dos direitos morais, os direitos patrimoniais são transmissíveis por atos *inter vivos* ou *causa mortis*. Isto se dá porque, como já dito anteriormente, o objetivo do direito patrimonial de autor é garantir-lhe o exclusivo de exploração econômica da obra, o que não significa que ele deva ou mesmo que possa fazê-lo pessoalmente. Assim, os direitos patrimoniais atribuem a seu titular uma faculdade de disposição, em sentido objetivo.

A faculdade de disposição pode ser vista sob dois aspectos, um subjetivo e outro objetivo. Subjetivamente se confunde com a capacidade jurídica de seu titular e objetivamente como uma característica intrínseca ao próprio direito.¹³

Na transmissão *causa mortis* será obedecida a ordem sucessória da Lei Civil.¹⁴ Garante-se, assim, uma dilação do domínio privado

12 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 175.

13 PUGLIATTI, Salvatore. *Diritto civile* — saggi. Milão: Giuffrè, 1951. p. 7.

14 Art. 41 e seguintes da LDA.

sobre a criação para os herdeiros do autor. Caso o autor faleça sem deixar sucessores, a obra cairá automaticamente em domínio público.¹⁵

A transmissibilidade por ato *inter vivos* depende de autorização do autor e via de regra se faz mediante licença de uso ou cessão de direitos.

O negócio jurídico autoral além de se submeter aos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral,¹⁶ deve observar alguns requisitos específicos previstos na LDA.

1.2.1.1 Expressa manifestação de vontade e forma escrita

Segundo Pugliati¹⁷, os atos de disposição de direitos são constituídos por dois elementos: a faculdade de disposição e a manifestação de vontade.

A manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos, em regra, pode ser expressa, tácita ou presumida. Será expressa se for feita por meio de palavras, da escrita ou de mímica. Tácita quando puder ser deduzida do comportamento inequívoco do agente e presumida quando a Lei assim estabelecer.

O art. 29 da LDA exige a manifestação expressa de vontade para a validade do negócio jurídico autoral. Isto significa que a vontade do autor, como regra, pode ser declarada verbalmente, mimicamente ou por escrito, seja em um instrumento formal, seja por meios informais como cartas impressas ou eletrônicas (*e-mails*), mas jamais poderá ser deduzida ou presumida.

15 Art. 45, inciso I da LDA.

16 Art. 166 do Código Civil.

17 PUGLIATTI, Salvatore. *Diritto civile* – saggi, Milão: Giuffrè, 1951 p. 7.

A regra do art. 29 da LDA aplica-se, todavia, exclusivamente aos negócios jurídicos que tenham por objeto apenas a licença de uso da obra. É importante ressaltar que a propriedade imaterial, assim como a propriedade material, possui em seu conteúdo várias faculdades que podem ser transferidas em conjunto ou separadamente.¹⁸

Para Enneccerus¹⁹, estas faculdades diferem da propriedade por seu conteúdo. Aquelas permitem apenas um domínio parcial sobre o bem (determinado) enquanto que esta corresponde ao domínio máximo possível (indeterminado).

Utilizando a divisão clássica dos direitos do dono:²⁰ em usar, fruir, dispor e reivindicar, nas licenças de uso o negócio jurídico incide apenas sobre o primeiro elemento.

É importante frisar, ainda, que a licença de uso não limita o direito autoral, uma vez que não confere direito real de uso (*ius in re*), mas simplesmente direito pessoal de uso (*ius in rem*).

Assim, nestes casos, o autor permite a terceiros a utilização da obra sem transferir-lhes a titularidade sobre ela.²¹ Neste sentido o julgamento da Apelação Cível n. 352.565-5 realizado em 28 de fevereiro de 2002 pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que reconheceu que a propriedade intelectual de programa de computador não se exaure pela transferência da cópia.

Direito de uso é o direito de servir-se do bem. É lógico que, apesar de distintas as noções de usar e fruir, tem-se que o uso, mesmo limitado por seus fins econômicos e sociais, não exclui em absoluto a fruição do bem. Segundo Pontes de Miranda²², a noção de uso englo-

18 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 115.

19 ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1944. v. 1, t. III, p. 298.

20 Os direitos autorais reputam-se bens móveis para efeitos legais.

21 Art. 37 da LDA.

22 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. XIX. p. 349.

ba certos frutos, uma vez que o usuário pode, em regra, usar o bem como poderia fazê-lo o proprietário.

Por outro lado, nos casos de cessão de direitos referidos na LDA, o negócio jurídico pode incidir sobre todos, alguns ou um dos elementos do domínio, (usar,²³ fruir, dispor e reivindicar) transferindo-os a terceiros.²⁴ Nestes casos, se a transferência se der em caráter definitivo, a exigência legal é de que o ato se revista da forma escrita, particular ou pública.²⁵

Esta exigência aplica-se tanto aos casos em que forem cedidos todos os direitos patrimoniais, quanto aos casos em que apenas um ou alguns destes direitos forem cedidos, a teor do art. 50 da LDA.

Caso a obra tenha sido levada a registro pelo autor ou titular originário, a cessão poderá ser averbada à margem do registro respectivo ou, caso contrário, poderá ser registrada no Cartório de Títulos e Documentos.

O art. 50, § 2º, da LDA exige que conste do instrumento de cessão os seguintes elementos essenciais:

- Objeto;
- Prazo;
- Local de exercício;
- Preço.

A inobservância desta exigência não gera, contudo, a invalidação do ato. No caso de não haver estipulação quanto ao prazo con-

23 Nestes casos o direito de uso é direito real limitado.

24 Há alguns países, a exemplo da Espanha, que não admitem que a transmissão do direito patrimonial importe em perda do mesmo pelo autor, gerando uma espécie de co-propriedade ou condomínio (LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, p. 276). Há, ainda, os que sustentam sua inalienabilidade, a exemplo da Alemanha (PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 304).

25 Art. 49, inciso I da LDA.

tratual, a Lei o fixa em cinco anos. No caso de não haver previsão de preço, o contrato será presumidamente oneroso aplicando-se a remuneração de mercado.²⁶ Por fim, não havendo previsão quanto ao objeto do contrato ou quanto ao local de exercício, o contrato será interpretado restritivamente.

1.2.1.2 Interpretação restritiva

Segundo Amaral²⁷, interpretar o negócio jurídico é a busca pelo conteúdo das normas jurídicas que nascem da declaração de vontade.

O negócio jurídico é ato de regulamentação de condutas. Os participantes estabelecem normas que deverão seguir. O instrumento de que se utilizam para estabelecer o conteúdo dessas normas é a sua declaração de vontade.

A identificação do conteúdo da declaração de vontade depende de fatores linguístico-semiológicos, sociais, históricos e pessoais, o que faz da atividade de interpretação questão importante na busca pela segurança negocial, principalmente nos casos em que há desen-tendimento das partes quanto ao seu conteúdo.

É importante frisar que o que se busca não é a vontade individual (subjéti-va/interna) das partes, mas a vontade negocial (objéti-va/externa), que seria a fusão das vontades individuais das partes, que se encontrando, perdem cada uma a sua autonomia própria.²⁸

Apesar de a atividade de interpretação ser uma espécie de intervenção externa sobre o negócio jurídico, é importante frisar que o intérprete deve buscar a vontade das partes e não tentar impor a sua

²⁶ Art. 57 da LDA.

²⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil*, 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 418.

²⁸ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 305.

própria, nem tampouco sobrepor algum interesse externo ao interesse negocial.²⁹ A finalidade da interpretação não é modificar o negócio jurídico mas defini-lo.

Daí a importância de regras que conduzam a atuação do intérprete. Segundo Lisboa³⁰, as regras de interpretação contratual dividem-se em objetivas e subjetivas. As regras subjetivas ocupam-se da investigação da vontade das partes e as regras objetivas buscam esclarecer o seu sentido, as primeiras baseiam-se na teoria da responsabilidade (boa-fé subjetiva) e as demais na teoria da confiança (boa-fé objetiva).

Dentre as regras legais que buscam nortear tal interpretação tem-se a regra da prevalência da vontade real sobre a declarada, a interpretação restritiva dos contratos gratuitos, a interpretação contratual em favor do aderente, a regra de lealdade, a conservação do negócio jurídico, etc.

Há também importantes regras doutrinárias consolidadas³¹:

- Os costumes locais estão subentendidos nos contratos;
- A interpretação deve ser segundo a natureza e o objeto do contrato;
- A interpretação deve ser menos onerosa para o devedor (*in dubio, pro debitore*);

Além dessas regras, aplicam-se aos negócios jurídicos autorais, gratuitos ou onerosos, a regra da interpretação restritiva.³²

A atividade de interpretação, de acordo com a extensão de seus efeitos, pode ser classificada em declarativa, extensiva ou restritiva.

29 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 169-174.

30 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. III, p. 200-202.

31 FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*, 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 410-411.

32 Art. 4º da LDA.

Na primeira, o intérprete afirma a coincidência entre a linguagem e seu sentido. Na segunda, o intérprete amplia o sentido da linguagem e na última, o diminui, constatando que a linguagem estaria mais ampla do que a vontade real das partes.³³

Assim, os negócios jurídicos autorais não se estendem de pessoa a pessoa, de coisa a coisa, nem de tempo a tempo. Não havendo especificações, o negócio estará limitado ao país e à língua em que foi firmado, às modalidades de utilização existentes à data de sua celebração e às que forem indispensáveis ao cumprimento de sua finalidade.

Um bom exemplo é o caso do *software* livre, que é muitas vezes confundido com *software* gratuito, mas não precisa necessariamente sê-lo. *Software* livre é aquele cujo código fonte é aberto, disponível ao público, de forma irrevogável, tanto em sua versão original como nas ulteriores. Para o cumprimento de sua finalidade, no silêncio da licença de uso, a interpretação restritiva deve garantir ao usuários, no mínimo, as seguintes formas de utilização:

- Liberdade de execução do programa;
- Liberdade de distribuição de cópias das derivações;
- Liberdade de transformação, adaptação ou aperfeiçoamento do programa;
- Liberdade de acesso ao código fonte das derivações realizadas.³⁴

Tratando-se de obra de arte plástica, a alienação do objeto em que ela se materializa transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la.

Tratando-se de edição, entende-se que o contrato versa sobre uma edição, que se constitui de três mil exemplares, se não houver

33 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 417.

34 É neste ponto que o *software* livre ou aberto se distingue do domínio público. Um programa de computador em domínio público pode ser aperfeiçoado e comercializado posteriormente na forma fechada ou proprietária (sem acesso a seu código fonte). No caso do *software* livre a licença de uso dada originariamente é dotada de pós-eficácia diferida.

cláusula expressa em contrário. Por fim, a autorização concedida pelo autor para uma modalidade de utilização da obra não se estende a qualquer das demais.

É lógico, contudo, que a regra da interpretação restritiva não tem aplicabilidade absoluta, devendo amoldar-se à regra de boa-fé³⁵, bem como à funcionalidade do direito autoral.

1.2.1.3 Presunção de onerosidade

Quanto à reciprocidade de prestações os negócios jurídicos dividem-se em gratuitos e onerosos. O critério distintivo, neste caso, é a correspondência entre prestação e contraprestação, ou seja, se ambas as partes suportam o ônus correspondente à vantagem que obtêm. A cessão de direitos patrimoniais de autor pode ser gratuita ou onerosa. Será onerosa, se o autor receber remuneração pela cessão dos direitos e será gratuita, se o fizer por ato de liberalidade. A gratuidade da cessão depende de convenção neste sentido. Caso contrário, será presumidamente onerosa.

A cobrança da remuneração do autor, habitualmente denominada de royalties³⁶, *pode ser a preço fixo ou variável, proporcional ao número de exemplares vendidos, podendo ser feita pessoalmente pelo próprio autor, por seus herdeiros, nos casos previstos em lei, ou por seus representantes, legais ou convencionais.*

Segundo o art. 98 da LDA, as associações de gestão coletiva de direitos autorais e conexos são mandatárias de seus associados para a defesa de seus direitos e para a cobrança dos *royalties*. Isso não

35 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I, p. 325.

36 Frise-se que os royalties não são direitos autorais, mas direitos creditícios decorrentes do exercício do direito autoral aplicando-se-lhes a disciplina dos direitos de crédito em geral. Para ver mais: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, p. 539.

significa que o titular não possa fazê-lo pessoalmente. Para tanto, basta comunicá-lo previamente à associação a que estiver filiado³⁷.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 101812/SP, realizado em 16 de setembro de 2004, julgou inconstitucional a resolução n. 136/87 do Conselho Nacional de Cinema (CONCINE), considerando-o parte ilegítima para tomar as providências legais contra os infratores de direitos autorais.³⁸

Por exigência legal, as associações mantêm um escritório central (ECAD) para a arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas e da exibição de obras cinematográficas e audiovisuais que as incluam. Incluem-se aí a transmissão cinematográfica, radiofônica e televisiva, inclusive via cabo, e a retransmissão radiofônica cinematográfica e televisiva feitas por estabelecimentos comerciais como hotéis, motéis, bares, restaurantes, academias, etc.³⁹

A cobrança de direitos autorais é indevida, porém, se é o próprio autor que faz o *show*, conforme entendimento da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que em julgamento da apelação cível 364.599-2, realizado em 05 de setembro de 2002, considerou ilegítima a pretensão do ECAD de recolher direitos autorais do titular do estabelecimento em que se deu evento musical realizado pelo cantor e compositor Jorge Benjor, exclusivamente com músicas suas. É também indevida se houver renúncia do autor da obra musical ao recebimento do que lhe é devido, como ficou decidido pela Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 211621/RS, realizado em 17 de junho de 1999.

A arrecadação pelo ECAD é arbitrada com base nos seguintes critérios⁴⁰:

37 Trata-se, assim, de legitimidade extraordinária concorrente.

38 Sobre CONCINE ver decreto n. 93.881/86.

39 Ver súmula 63 do STJ e apelações cíveis 327.469-9, 371.780-4 e 380.172-1 do TA/MG.

40 ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. *Critérios de arrecadação*. Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível em: <http://www.ecad.org.br>. Acesso em: 23 ago. 2005.

- Grau de importância da obra (primária ou secundária);
- Atividade exercida pelo usuário;⁴¹
- Periodicidade (permanente ou eventual)⁴²;
- Forma de apresentação da obra (mecânica ou ao vivo);⁴³
- Obras utilizadas.⁴⁴

A cobrança poderá ser feita de duas formas, mediante percentual da receita bruta ou por parâmetro físico. Neste caso aplica-se unidade de valor criada pelo ECAD, a UDA.

Em linhas gerais a distribuição da arrecadação feita pelo ECAD é feita da seguinte forma: 18% do valor arrecadado é retido pelo ECAD, 7% é distribuído para as associações que o compõem e 75% dos valores são repassados para os titulares de direitos autorais (2/3) e conexos (1/3) filiados. Neste último caso a distribuição é feita com base no número de execuções da obra captadas (ponto autoral).

Não sendo autorizada a execução ou sendo realizada sem o pagamento dos *royalties*, os responsáveis estarão sujeitos ao pagamento de multa no valor de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago.

1.2.1.3.1 Direito de sequência

No caso de alienação do original de obra de arte ou manuscrito, além dos *royalties* contratados, cabe ao autor o direito de perceber

41 No caso de eventos beneficentes o valor da arrecadação será reduzido em até 25%.

42 No caso de usuário permanente, a Quarta Turma do STJ, no julgamento do REsp 238226/RS, realizado em 20 de abril de 2004, considerou a inversão do ônus da prova, cabendo-lhe a obrigação de solver as mensalidades caso não comprovasse fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral.

43 Se a execução das obras for exclusivamente ao vivo haverá redução de 1/3 do valor da arrecadação, pois não haverá arrecadação de direitos conexos.

44 Se houver execução de obras protegidas e obras não protegidas, o cálculo da arrecadação observará apenas aquelas.

no mínimo cinco por cento sobre o aumento do preço verificável em cada revenda da obra. A valorização da obra é verificada pela diferença entre o preço da última venda e daquela imediatamente precedente.

Caso o autor ou titular não receba seu direito de sequência no ato da revenda, o vendedor ou leiloeiro, se for o caso, será considerado depositário da quantia àquele devida.

O direito de sequência, diversamente dos demais direitos patrimoniais de autor, é inalienável e irrenunciável, sendo, por esta razão, considerado por alguns autores como um direito híbrido.⁴⁵

O direito de sequência foi criado pelo Direito Francês em 1920 com a finalidade, segundo Colombet⁴⁶, de reparar uma injustiça: os autores iniciantes e sem notoriedade normalmente vendiam suas obras a baixos preços, e a valorização da obra decorrente do reconhecimento de seu trabalho era auferida pelos comerciantes de artes. Assim, pareceu razoável que o autor também recebesse uma parte, ainda que modesta, dessas valorizações posteriores. Trata-se de um direito de participação geral que visa proteger o autor das especulações de mercado.

Na LDA adotou-se a idéia de percentual legal único. Na legislação italiana o percentual legal é variável. De início, só será devido o direito de sequência se houver uma valorização significativa da obra, casos em que o percentual devido ao autor variará de 1% (um por cento) a 10% (dez por cento), dependendo da valorização alcançada pela obra.⁴⁷

Os rendimentos decorrentes da exploração econômica da obra percebidos pelo autor na constância do casamento comunicam-

45 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 236.

46 COLOMBET, Claude. *Propriété littéraire et artistique*, Paris: Précis Dalloz, p. 174.

47 Art.144 e seguintes da Lei Italiana.

se, independente do regime de bens⁴⁸, a teor da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF).⁴⁹ Comunicam-se também se percebidos na constância de união estável.⁵⁰

1.2.2 Temporariedade e domínio público

Não há uniformidade na legislação internacional para o prazo de proteção autoral, variando de vinte e cinco a noventa e nove anos. A maioria dos países adotou o prazo geral de cinquenta anos. No entanto, verifica-se haver uma tendência à ampliação da duração da tutela.

No Direito brasileiro essa tendência já se mostrava presente quando da edição da Lei 3.126 de 18 de abril de 1957, sancionada pelo Presidente Juscelino Kubitschek, que dilatou por um decênio o prazo para fruição dos direitos autorais das obras do Maestro Antônio Carlos Gomes, por seus herdeiros. Posteriormente, a Lei 5.558 de 11 de dezembro de 1968, sancionada pelo Presidente Costa e Silva dilatou-o por mais cinco anos.

Neste sentido a Comunidade Européia adotou diretiva de harmonização da proteção autoral nos países membros pelo prazo de setenta anos.⁵¹ Prazo também escolhido pelo legislador brasileiro na LDA.

Neste ponto, verifica-se que muitas vezes o direito se mostra como um remédio inócuo e tardio. A sociedade da informação não requer mais prazos de proteção tão extensos, visto que a velocidade da informação já permite que um autor se faça conhecer e ser reconhecido em tempo hábil a usufruir dos frutos da autoria. Mas, para-

48 MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 223.

49 Ver também art. 1.660, inciso V e art. 1.669 do Código Civil.

50 Art. 1725 do Código Civil.

51 DE SANCTIS, Vittorio M. *I soggetti del diritto d'autore*, Milano: Giuffrè, p. 269.

doxalmente, os prazos de proteção têm-se tornado cada vez mais extensos. Tem-se hoje o direito de ontem.

Via de regra, em nosso ordenamento, os direitos patrimoniais perduram por setenta anos contados do 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor.

O mesmo prazo aplica-se às obras póstumas, anônimas, pseudônimas, audiovisuais, fotográficas e obras criadas em co-autoria, sendo que, neste último caso, o prazo contar-se-á a partir da morte do último dos co-autores sobreviventes. Nas obras anônimas e pseudônimas a contagem do prazo inicia-se no 1º de janeiro do ano imediatamente posterior à sua publicação⁵². Nas obras audiovisuais e fotográficas o prazo contar-se-á a partir do 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

Quanto aos programas de computador o prazo de proteção é de cinquenta anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente a sua publicação, ou, na ausência desta, da sua criação.⁵³

Enquanto perdura o prazo de proteção, a obra está sob domínio privado. Expirado o prazo de proteção, a obra cai em domínio público.

A finalidade de se limitar o prazo de proteção autoral está na necessidade de se permitir à sociedade a fruição gratuita das obras como forma de preservação e fomento cultural. A proteção autoral mostra-se, assim, como uma privação forçada e, portanto, essencialmente temporária. Essa temporariedade funcionaria como a válvula de segurança da sociedade.⁵⁴ Segundo Patterson⁵⁵, o monopólio autoral não encontra sua origem no costume, mas na censura.

52 Desde que assim permaneçam até a morte do autor. Caso contrário contar-se-á o prazo a partir de seu falecimento.

53 Art. 2º § 2º da LDS.

54 DE SANCTIS, Vittorio M. *I soggetti del diritto d'autore*, Milano: Giuffrè, p. 267.

55 *apud* PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra: Coimbra, 2001 p. 441.

Segundo Lipsyc⁵⁶, os principais argumentos em favor da limitação são:

- Ao criar, o autor se alimenta do patrimônio cultural coletivo, razão pela qual a obra deve, em algum momento, retornar a este patrimônio comum;
- Depois de certo tempo, fica praticamente impossível encontrar todos os herdeiros e mesmo obter um consenso entre suas vontades;
- A perpetuidade custa caro à coletividade, dificultando a circulação e o acesso às obras.

O domínio público pode ser originário ou derivado. Será originário quando a proteção sequer chegar a ser concedida. É o caso das obras ilícitas, das obras não alcançadas e das obras de autor desconhecido. Será derivado quando decorrer o prazo de proteção ou quando o autor falecer, se não deixar herdeiros.

Em relação às obras de autor desconhecido é importante fazer-se a ressalva relativa às obras folclóricas. O art. 48 da legislação autoral que precedeu a LDA previa expressamente que integravam o domínio público as obras de autor desconhecido transmitidas pela via oral, onde sóia incluir as obras folclóricas.

Realmente as obras folclóricas escapam à tutela autoral, pois com o passar do tempo, mesmo que tenham sido inicialmente criadas por um indivíduo, perdem essa individualidade e se transformam em expressão cultural coletiva. Nada impede, por outro lado, a concessão da tutela autoral a obras derivadas de obras folclóricas ou a proteção dos direitos conexos dos artistas, intérpretes e executantes. Acertada, também, a posição de nosso legislador na LDA no art. 45, inciso II, que substituiu o referido art. 48 que adotou a posição de considerá-las como domínio público, ressaltando a possibilidade de

56 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 250.

proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais à margem da tutela autoral.

A concretização de uma efetiva tutela legal desses conhecimentos seria uma importante medida de prevenção e repressão à pirataria cultural internacional que espolia países sul-americanos, africanos e asiáticos. É comum o registro, principalmente nos países do sistema de *copyright* da produção cultural de tribos indígenas ou grupos aborígenes sem lhes reservar qualquer espécie de remuneração.⁵⁷

A idéia de domínio público a que se refere a LDA, em seu art. 45, não é a de que a obra se tornaria um bem público. Em outras palavras, com a entrada em domínio público, a obra não passa a pertencer ao Estado, não significando que ele também não seja beneficiado com a queda do monopólio.

Segundo Savatier⁵⁸, com o domínio público a obra passa a pertencer à civilização humana, com ela se põe em comunhão.

Apesar de poética a idéia, ela faz confundir as noções de domínio público e patrimônio intelectual comum.

O patrimônio intelectual comum seria o conjunto cultural da humanidade formado através dos séculos e constituído pelas várias idéias, impressões, intuições e demais contribuições intelectuais dadas pelos indivíduos em todos os campos das artes e das ciências. É comum a todos e qualquer um pode livremente usá-lo.⁵⁹

Domínio público, por outro lado, é a ausência ou a perda da exclusividade de exploração econômica da obra. A partir de então qualquer um poderá fazê-lo, até mesmo os herdeiros do autor podem continuar fazendo-o, só que sem exclusividade.

57 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 54.

58 SAVATIER, René. *Le droit de l'art et des lettres*, Paris: Librairie Générale de Droit, p. 28.

59 ALGARDI, Zara. *Il plagio letterario e il carattere creativo dellopera*, Milano: Giuffrè, p. 604.

A natureza jurídica do domínio público gera algumas discussões acadêmicas. Para alguns, o domínio público seria a situação normal de uso das obras intelectuais, sendo o direito exclusivo de exploração econômica nada mais que uma restrição legal de uso. Para outros a exclusividade de exploração econômica seria a situação normal de uso e o domínio público seria uma restrição legal ao direito individual.⁶⁰

O domínio público pode ser gratuito ou oneroso. No domínio público gratuito, a utilização da obra é livre e gratuita, o que significa que a utilização da obra não depende mais de autorização do autor, nem requer o pagamento de qualquer espécie de remuneração. No domínio público oneroso, a utilização da obra é livre, mas não é gratuita, isto é, apesar de não ser mais necessária a autorização do autor, a utilização da obra caída em domínio público é cobrada pelo Estado.

Há também o domínio público impróprio, em que a utilização da obra pressupõe autorização e pagamento da quantia cobrada pelo Estado, o que pode ser usado como pretexto para a censura ou para o dirigismo intelectual,⁶¹ não tendo guarida em nosso ordenamento jurídico.⁶² Este sistema não pode sequer ser considerado como quebra do exclusivo autoral, mas tão-somente como transferência desse exclusivo do autor para o Estado.

É importante frisar, ainda, que o domínio público atinge os direitos patrimoniais de autor e alguns dos direitos morais de autor, mantendo incólumes os direitos morais à autoria e à integridade da obra.⁶³

Segundo Debois⁶⁴, o objetivo deste direito moral *post mortem*

60 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 265.

61 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 266.

62 Art. 5º, inciso IX da CF/88.

63 Art. 24, § 2º da LDA.

64 DEBOIS, Henri. *Le droit d'auteur*, Paris: Dalloz, p. 650.

é assegurar a defesa do que se poderia chamar de interesses póstumos do autor.

Segundo Lipszyc⁶⁵, no direito comparado, há três tratamentos diferentes para os direitos morais de autor após a sua morte:

- O direito moral é perpétuo;
- O direito moral tem a mesma duração do direito patrimonial;
- Os direitos morais se extinguem com a morte do autor.

A LDA adotou parcialmente as três concepções. Os direitos morais de acesso, de retirada e de modificação da obra se extinguem com a morte do autor, o direito ao inédito tem a mesma duração do direito patrimonial⁶⁶ e os direitos à autoria e à integridade são perpétuos.

É importante lembrar que no exercício do direito de assegurar a integridade da obra só se justifica a oposição às modificações da obra que possam prejudicá-la ou atingir o autor em sua reputação ou honra. Assim, ressalvadas estas situações, estando a obra em domínio público, ela poderá ser livremente utilizada, o que engloba a possibilidade de modificação, adaptação ou complementação. Nestes casos, apesar de a obra originária estar em domínio público, as obras derivadas receberão a proteção autoral pelo prazo legal, sendo consideradas criadas no momento em que se der a derivação. O titular de direitos sobre a adaptação, tradução, arranjo ou orquestração não poderá, porém, opor-se a outra adaptação, tradução, arranjo ou orquestração, salvo se for cópia da sua.⁶⁷

1.2.3 Economicidade

Direito patrimonial do autor é a projeção econômica da cria-

65 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 260.

66 Hermenêutica do § 1º e do § 2º do art. 24 da LDA.

67 Art. 14 da LDA.

ção, isto é, a exclusividade do autor de explorar economicamente sua obra.⁶⁸

Portanto, a violação do direito patrimonial do autor e, consequentemente, a utilização indevida da obra intelectual, implica, necessariamente, ameaça à exclusividade do autor de obter as vantagens patrimoniais decorrentes da utilização da obra.

São, portanto, proibidas as formas de utilização que visem lucro direto ou indireto. A finalidade é impedir que haja concorrência ao autor na exploração econômica da obra.⁶⁹

Se não há prejuízo patrimonial, não há violação. Segundo leciona Ascensão⁷⁰, são livres as atividades que não incidem negativamente na exploração econômica da obra. O ato que não prejudica a exploração econômica, é um ato livre.

Poder-se-ia, assim, conceituar o uso privado como a forma de utilização da obra por uma pessoa, jurídica ou natural, que não prejudique sua exploração econômica exclusiva pelo titular.

A questão é controversa quando se trata de utilização pública da obra. A Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 471110/DF, realizado em 20 de março de 2003 considerou legítima a cobrança de direitos autorais em evento público, mesmo que gratuito, por caracterizar lucro indireto, enquanto que a Quarta Turma, no julgamento do REsp 178313/DF, realizado em 05 de dezembro de 2002 considerou indevida a cobrança em caso semelhante.

A controvérsia tem guarida apenas nos casos em que a execução pública se der por artistas remunerados. Segundo a súmula 386 do STF não são exigíveis direitos autorais em execução pública feita por amadores.

68 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 160.

69 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 163.

70 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 161.

Por outro lado, a utilização privada é, em princípio, livre, estando sua esfera fora do círculo reservado ao autor.⁷¹

O instituto do uso privado, porém, como visto anteriormente, é limitado no Brasil, tanto pela Lei Autoral, tanto pela Lei do *Software* (“LDS”).

A LDA permite a reprodução privada apenas em caráter parcial⁷², enquanto que a LDS permite a reprodução privada integral do programa, mas apenas em um único exemplar.⁷³

A limitação legal, por outro lado, restringe apenas a faculdade do usuário de reproduzir a obra. A sua utilização privada, desde que não importe realização de cópias, é livre.⁷⁴ Segundo Lipszyc⁷⁵, o uso privado não se restringe apenas a atos de reprodução, podendo compreender também atos de transformação da obra, como a tradução e a adaptação.

Por outro lado, há que questionar se o uso privado poderia ser restringido pelo contrato de licença de uso. A existência de cláusula contratual que importe a abstenção, por parte do usuário, de determinada, ou determinadas modalidades de uso privado não cria direito autoral.

Segundo leciona Ascensão, “o autor tem os direitos que a lei lhe concede: não pode forjar novos direitos por declaração unilateral”⁷⁶.

Neste caso, instalar-se-ia uma relação jurídico-obrigacional. Mais precisamente, uma obrigação negativa, ou obrigação de não fa-

71 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 161.

72 Art. 46 inciso II da LDA.

73 Art. 6º inciso I da LDS.

74 Essa diferenciação já foi objeto de exemplificação em trabalho anterior: POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de autor e software*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 71.

75 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 222.

76 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 201.

zer. Conforme leciona Pereira⁷⁷, na obrigação de não fazer o devedor se obriga a não praticar determinado ato, ou melhor, a dele abster-se constante e sucessivamente. Em outras palavras, o devedor está obrigado a se abster da prática do determinado ato todas as vezes em que tiver a oportunidade de praticá-lo.

Nestes casos, se o usuário vier a praticar ato, do qual deveria ter-se omitido, estará inadimplente quanto à obrigação por ele assumida, que, por sua vez, para ser exigida, deverá preencher os requisitos de validade das obrigações em geral.

Por exemplo, prática comum nos contratos de licença de uso de *software* (usualmente contratos de adesão) é a inclusão de cláusula que restringe o armazenamento do programa em um único computador. Isso leva à idéia de que se o usuário possui vários computadores deverá adquirir várias licenças de uso do mesmo programa, uma para cada computador.

2.1 Limitações aos direitos patrimoniais de autor

2.1.1 Uso privado

Conforme analisado acima, o direito patrimonial é instrumento que visa garantir ao autor a obtenção das vantagens econômicas decorrentes da utilização da obra. Assim, o exclusivo de exploração econômica incide apenas sobre utilizações públicas ou coletivas da obra.

Lipszyc⁷⁸, adota a concepção de uso pessoal ao invés de uso privado, situação em que a liberdade de utilização condicionar-se-ia a utilizações individuais da obra.

77 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. II, p. 47.

78 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Zavalia, p. 222.

Tal concepção, porém, restringiria demasiadamente o uso privado que não se limita a utilizações individuais, mas se estende ao recesso familiar e ao círculo de amigos do usuário.⁷⁹ Qualquer outro entendimento afrontaria o direito à vida privada em suas dimensões subjetiva e objetiva, ou seja, violaria o direito subjetivo do usuário como também a regra constitucional.⁸⁰ É o caso, por exemplo, da decisão proferida pela Quarta Turma do STJ, no julgamento do REsp 329860/RJ, realizado em 09 de novembro de 2004 que considerou que a simples disponibilização de aparelhos de rádio e TV em quartos de hotel e de demais locais de frequência coletiva sujeita-os ao pagamento de direitos autorais.

Isto porque o conteúdo do direito subjetivo à vida privada protege o indivíduo não apenas da divulgação de sua vida privada por terceiros, como também da intromissão alheia em sua esfera privada.⁸¹ Assim, garantir-se ao autor uma suposta pretensão de determinação e controle do uso privado da obra, tratar-se-ia de ingerência ilegítima na esfera individual.

Com a massificação social decorrente da urbanização, industrialização e do capitalismo, o indivíduo, subliminarmente em alguns casos e ostensivamente em outros, vem perdendo seus espaços público e privado para o mundo corporativo. A saturação do espaço público gera a busca pela ocupação do espaço privado e o indivíduo passa a sofrer um ataque ostensivo em sua esfera individual, onde nem mesmo ao Estado seria permitido interferir, senão excepcionalmente.⁸² É o que acontece com o critério de cobrança de direitos autorais feito diretamente ao usuário. O monitoramento da ação do usuário com a finalidade de se evitar que ela extrapole os limites do

79 Art. L. 122-5 1º do Código de Propriedade Intelectual Francês, D.n. 95-385/1995.

80 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*, p. 209.

81 AULETTA, Tommaso Amedeo. *Riservatezza e tutela della personalità*. Milão: Giuffrè, 1978. p. 14.

82 KLEIN, Naomi. *Sem logo*. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 308-311.

uso permitido pelo titular (correlato à remuneração recebida) e lhe assegure a devida indenização no caso de transgressões tem levado, ordinariamente, à invasão de seu espaço privado.

2.1.2 Considerações finais

Dizer-se que o direito patrimonial de autor da obra abrange apenas as formas públicas de utilização da obra não significa dizer que todas as formas públicas de utilização da obra estariam necessariamente alcançadas.⁸³

Por essa razão, a LDA acaba por impor limitações aos direitos patrimoniais de autor. Entende-se por limitações as situações em que a utilização pública da obra não estaria compreendida pelo conteúdo do direito autoral. Ocorre que, como já dito anteriormente, no rol de limitações foram inseridas impropriamente algumas situações que não limitam o direito autoral, mas, paradoxalmente, ampliam seu conteúdo, tendo em vista que acabam restringindo o uso privado.

Há entendimentos de que as limitações dos direitos patrimoniais de autor estejam sujeitas a *numerus clausus*, devendo ser interpretadas e aplicadas de forma restritiva.⁸⁴

Contudo, as opiniões neste sentido não parecem ser as mais acertadas. Principalmente em um país que possui uma das legislações mais rígidas no que se refere à proteção autoral. Invariavelmente o legislador brasileiro tenta combater a ineficácia de uma lei com outra

83 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*,. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 p. 163: “A representação feita por amadores, em recinto aberto, mas não destinado á realização de espetáculos, e sem comportar entradas pagas, é uma utilização pública — e todavia não está enquadrada na reserva estabelecida por lei. Nas mesmas condições estará uma representação de operários, ou uma representação em colégios ou asilos. Por isso não terão de ser remuneradas”.

84 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos* . Buenos Aires: Zavalia, 2001 p. 220.

ainda mais rígida.⁸⁵ Assim só faz acentuar sua ineficácia. Quando se questionam as razões pelas quais a LDA é muito pouco observada na sociedade brasileira, não há como não incluir a excessiva rigidez da lei que quer proibir tudo e acaba não proibindo nada.

É importante que o legislador brasileiro atente para o fato de que se não assegurar ao indivíduo um mínimo de liberdade na utilização da obra não garantirá a eficácia da legislação autoral,⁸⁶ o que acaba gerando a descrença e a incerteza do Direito.

Não há como negar que, por natureza, a norma jurídica deva limitar a liberdade individual, essa é uma de suas mais importantes funções, o que leva a concluir-se que o contorno da liberdade é obra da própria lei⁸⁷. Mas quando a limitação é excessiva não se atenta para a noção fundamental de que a liberdade é a essência do homem.⁸⁸

A atual sistematização do direito autoral não atinge sua finalidade de promoção da cultura inclusive por não garantir ao criador uma adequada compensação financeira pelo uso de suas obras. Essa ausência de autonomia financeira do criador desestimula a atividade criativa o que, conseqüentemente, obstaculiza o desenvolvimento cultural.

A considerável resistência diante da LDA revela uma reserva mental ou objeção de consciência que se apresenta como reação ao que se pode chamar de excessiva restrição da liberdade individual.⁸⁹ Segundo Coelho⁹⁰, a legitimidade é a condição de aceitação da norma jurídica pelos membros da sociedade.

85 Recentemente o legislador brasileiro elevou para dois anos de reclusão a pena mínima para a violação de direitos autorais com intuito de lucro. (Art. 1º da Lei 10.695/2003).

86 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 48.

87 CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Ibero-Americana, 1908. p. 196.

88 RIBAS, Conselheiro Joaquim. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983. p. 253.

Essa delimitação excessiva do uso privado decorre diretamente de um critério de cobrança de direitos autorais que se baseia na cobrança direta e individual pela utilização da obra. É essa a razão que leva à busca pelo controle do uso privado da obra, para se garantir uma crescente remuneração autoral.

Essa realidade que se tornou muito mais manifesta em decorrência da urbanização, da globalização, da massificação social e da tecnologia virtual tem transformado a remuneração autoral, em alguns casos, em mera quimera.

A verdade é que o critério individual não se mostra mais viável para garantir ao autor a devida remuneração como contraprestação às utilizações maciças da obra. A atenuação do problema da remuneração autoral pressupõe a adoção de novos meios e o aprimoramento dos existentes para a cobrança indireta dos direitos autorais. O critério indireto de cobrança garante a remuneração autoral junto ao intermediário (a exemplo do provedor, da central reprográfica, do produtor fonográfico, do promotor de eventos, etc.) e desonera o usuário ou destinatário final da cobrança direta, a exemplo do que já é feito atualmente pelo ECAD e pela “Associação Brasileira de Direitos Reprográficos” ABDR. Infelizmente a cobrança coletiva realizada pelos referidos órgãos ainda não alcançou o grau de transparência desejável num Estado de Direito, passando à margem do dever legal de lealdade (boa-fé objetiva) tanto em relação ao usuário como em relação ao próprio autor.

É importante ressaltar que a simples modificação da lei não garante a transformação do direito, a exemplo do que ocorreu com a LDA que sofreu grande influência do liberalismo e do *Copyright Act (EUA)*.

89 COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 49-51.

90 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 517.

A influência norte-americana acaba gerando um certo antagonismo, uma vez que a concepção continental do direito autoral visa garantir remuneração ao autor, e a concepção do *Copyright* visa garantir a comercialização da obra.

Assim, verifica-se a tendência em se garantir a exploração econômica da obra ao invés de se garantir uma adequada proteção do autor, a exemplo do ocorrido na LDS. Neste caminho, a proteção autoral beneficia cada vez mais ao “empresário da cultura ou tecnologia” e cada vez menos ao indivíduo que cria.

Trilhando tais caminhos não se poderá mais falar em proteção do autor, mas em proteção do fornecedor de bens culturais ou tecnológicos. A tutela deixa de ser estímulo à criação e se constitui estímulo à comercialização.

Deste modo, verifica-se que apesar da excessiva proteção ter sido justificada pela necessidade de proteção do autor enquanto parte frágil da relação, a inexistência de tratamento diferenciado entre autor e titular de direitos autorais, faz com que a proteção legal habitualmente beneficie o titular derivado, que não é, necessariamente, contratante débil. A questão se assevera ainda mais quando se constitui uma relação de consumo.

Além disso, essa excessiva proteção aos direitos patrimoniais, restringindo o uso privado, é prejudicial tanto a interesses individuais quanto a interesses sociais. Segundo Klein⁹¹, graças à excessiva proteção, o abuso do direito autoral é uma indústria crescente.

São constantes os abusos praticados por titulares de direitos autorais, chamados de fanfarrões do *copyright*. Klein⁹² relata uma série de situações inusitadas como o caso em que a *Walt Disney Co.* exigiu que um grupo de pais em uma pequena cidade da Nova Ze-

91 KLEIN, Naomi. *Sem logo*, Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 201-202.

92 KLEIN, Naomi. *Sem logo*, Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 201.

lândia retirasse seus desenhos do *Pluto* e do *Pato Donald* de um mural de *playground*.

A lesão aos interesses sociais se apresenta no momento em que a excessiva proteção gera uma espécie de censura privada: privatiza-se a linguagem, o discurso e a cultura.

É lamentável constatar a vocação colonial de nosso legislador que começa a infiltrar em nossa legislação a concepção comercialista do copyright justo no momento em que ela começa a ser revista em seu país de origem (EUA), onde o instituto do fair use⁹³ ganha cada vez mais força.

Desta forma, ao passo que o direito patrimonial do autor tem sido visto sob o prisma do liberalismo, como um poder ilimitado do autor sobre a obra, a enumeração legal de suas respectivas limitações tem sido interpretada restritivamente como se os casos ali previstos já implicassem ônus excessivo para o autor.

Ocorre que, cada uma das limitações previstas na LDA decorrem da recepção legal de um ou outro princípio constitucionalmente garantido, que em determinadas situações pode ser considerado o direito à intimidade e à vida privada, em outras a garantia do desenvolvimento nacional⁹⁴, ou o acesso à informação⁹⁵, cultura, educação e ciência.⁹⁶

93 Trata-se de construção jurisprudencial estadunidense recepcionada na lei de copyright (art.107) que garante a liberdade da utilização da obra protegida para crítica, comentários, jornalismo, educação ou pesquisa, desde que observados os seguintes requisitos:

- a) uso não comercial;
- b) a natureza da obra;
- c) a originalidade da nova obra;
- d) ausência de desvalorização da obra utilizada ou prejuízo mercadológico;

94 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
II — garantir o desenvolvimento nacional; (Constituição Federal)

95 Art. 5º. XIV. É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

96 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios:
V — proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

Assim, é de se indagar se as limitações aos direitos patrimoniais de autor realmente se restringem aos casos previstos na LDA. Em outras palavras, se a LDA realmente pode restringir as garantias fundamentais constitucionais que a norteiam.

Segundo Habermas⁹⁷, a autonomia privada só pode ser entendida como elemento de um processo progressivo de efetivação das garantias constitucionais. Consequentemente, o exercício do direito subjetivo não pode se desvirtuar dessa finalidade.

Em face do paradigma do liberalismo-individualismo poder-se-ia justificar a interpretação restritiva. Porém, em face do paradigma do Estado Democrático de Direito, a interpretação extensiva se impõe.

Na lição de Perlingieri⁹⁸, as limitações ao direito subjetivo não devem ser consideradas como meras exceções previstas na Lei, mas como elementos estruturais do próprio Direito, que o definem e delimitam.

São as duas faces da mesma moeda, integram uma mesma situação jurídica e não podem, pois, se dissociar. O direito subjetivo não é atribuído a seu titular como forma de satisfação de seu interesse individual, mas como forma de atender ao interesse coletivo de tornar efetivas as garantias instituídas pelas normas constitucionais.

Desta forma, o direito patrimonial do autor não pode mais ser visto sob o prisma exclusivo do interesse do autor, sendo certo que seu exercício deve harmonizar-se com a funcionalidade da propriedade intelectual.⁹⁹

97 HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. New Bakersville: MIT, 1996. p. 410.

98 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 122.

99 A função social não é mera limitação extrínseca à propriedade, mas, precisamente, a causa de sua atribuição (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999p. 281).

Portanto, as normas constitucionais que asseguram o desenvolvimento nacional, o acesso à informação, à educação, à cultura e à ciência não podem ser vistas apenas como limitações ao direito patrimonial do autor, mas como causas de sua atribuição. Assim, o exercício dos direitos patrimoniais do autor deve ser meio de garanti-las, não obstáculo a sua efetivação.

Tais garantias constitucionais limitam o direito patrimonial do autor, e qualquer forma de exercício deste que as obste deve ser vista como abuso de direito ou excesso de poder.¹⁰⁰

100 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 122.