

Considerando as mudanças promovidas no texto do Anteprojeto de Lei que altera a Lei 9.610/98 e acolhendo a recomendação formulada por sua Comissão de Estudo de Direitos Autorais e da Personalidade e do seu Comitê Empresarial, o Conselho Diretor da ABPI aprovou o presente ADENDO à Resolução da ABPI n. 80, de 29 de agosto de 2010.

**ADENDO à
Resolução da ABPI n. 80**

O Anteprojeto de Lei que altera a Lei 9.610/98: Considerações complementares sobre a versão alterada, submetida a nova Consulta Pública.

Em conformidade com sua missão institucional de promover o estudo do tema da propriedade intelectual em todos os seus aspectos, a Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI, por meio de sua Comissão de Estudo de Direitos Autorais e da Personalidade (“Comissão”) e do seu Comitê Empresarial (“Comitê”), discutiu em Reunião Conjunta o novo texto do Anteprojeto de Lei que altera a Lei 9.610/98 (“Novo Anteprojeto”), apresentado pelo Ministério da Cultura como resultado da Consulta Pública realizada em 2010, entre os dias 14 de julho e 31 de agosto de 2011 (“Primeira Consulta”), e novamente colocado em Consulta Pública, no período de 25 de abril a 30 de maio de 2011 (“Segunda Consulta”).

Em complementação às opiniões já expostas no corpo da Resolução 80/2011,¹ que analisa o texto original deste mesmo Anteprojeto (“Anteprojeto Original”), a Reunião Conjunta da Comissão e do Comitê expõe as seguintes considerações e recomendações, para que passem a integrar a referida Resolução:

1. Contextualização e Metodologia

A análise do Novo Anteprojeto segue metodologia semelhante à dos trabalhos preparatórios que resultaram na edição da Resolução ABPI 80/2010 (“Resolução 80”), redigida com base no Anteprojeto Original.² Os cinco grandes campos de análise foram mantidos, quais sejam:

- 1) Princípios Gerais: dispositivos relativos à abordagem filosófica da matéria e questões essencialmente constitucionais;
- 2) Limitações: hipóteses de uso livre e exceções objetivas às regras gerais;

¹ Cf. **Resolução da ABPI n. 80**. Adotada em 29/8/2010. Disponível em: <http://www.abpi.org.br/materiais/resolucoes/resolucao80ABPI.pdf>. Acesso em 6/5/2011.

² Para um quadro comparativo entre o texto da Lei ainda vigente, o texto da Primeira Consulta e o texto da Segunda Consulta, vide página do Ministério da Cultura na internet. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/04/LDA_-tabela_-_compara_verseoes_PosGIPI.pdf. Acesso em 6/5/2011.

- 3) Gestão Coletiva: artigos sobre o mandato e/ou operação de entidades de arrecadação de direitos;
- 4) Regulação: dispositivos relacionados com a presença do Estado na economia da cultura e parâmetros gerais de proteção; e
- 5) Contratos: normas cogentes sobre contratos e operações empresariais.

Importante ressaltar que os participantes se concentraram apenas nos acréscimos e supressões realizados a partir do texto anterior e, por isso, salvo quando expressamente consignado, permanecem válidas todas as considerações da análise anterior, inclusive em sua contextualização teórica, cujo detalhamento não será aqui feito.³ Quando conveniente, o presente Adendo fará referências diretas ao texto principal da Resolução.

1) Princípios Gerais

O Novo Anteprojeto mantém o caráter expressamente funcionalista que o Anteprojeto Original já conferia ao instituto jurídico do direito de autor, sendo ainda mais explícito nesse sentido ao definir como “finalidades” da aplicação da lei: (a) o estímulo à criação intelectual e à diversidade cultural; e (b) a garantia da liberdade de expressão.⁴ Com isso, confirma o movimento de aproximação filosófica entre o direito autoral brasileiro e a tradição anglo-saxônica do *common law*, que trata o direito de autor (e os demais direitos de propriedade intelectual) como uma “concessão” do Estado, de caráter eminentemente patrimonial, deliberadamente limitada à medida necessária ao atendimento de sua função, que é o avanço das artes e da ciência. A ABPI não se opõe – pelo contrário, concorda – com essa abordagem, desde que restrita aos aspectos patrimoniais do direito do autor.

De fato, em nossa tradição jurídica, os direitos morais são indissociáveis do próprio instituto do direito do autor e, por seu caráter pessoal, não se prestam a qualquer “função” que exceda os estritos limites da personalidade humana. Podem e devem ser ponderados, mas nunca funcionalizados. Por isso, a ABPI considerou inadequada essa “equiparação” hierárquica entre os direitos autorais, como um todo, e os princípios que regem a ordem econômica. Tal equiparação seria incompatível com os aspectos do direito do autor que não guardam correlação direta com o mundo econômico, sendo inclusive indisponíveis. Talvez por isso, o Novo Anteprojeto tenha sido mais seletivo na ponderação entre os direitos autorais e outros direitos constitucionalmente assegurados, mantendo-a no âmbito mais estrito dos direitos fundamentais e sociais. No Anteprojeto Original, essa ponderação se estendia aos princípios e normas constitucionais relativos à livre iniciativa, à defesa da concorrência e à defesa do consumidor. A relação entre o direito patrimonial do autor e os princípios constitucionais que regem a atividade

³ Ainda assim, a contextualização teórica será fundamental para a correta interpretação do texto, razão pela a Comissão e o Comitê recomendam fortemente que a leitura do presente Adendo ocorra de forma integrada com o texto principal da Res. ABPI 80/2010.

⁴ Cf. **Novo Anteprojeto de Reforma da Lei de Direito Autoral**, art. 1º, Parágrafo único: “A interpretação e a aplicação desta Lei atenderão às finalidades de estimular a criação intelectual e a diversidade cultural e garantir a liberdade de expressão e orientar-se-ão pelos ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais em equilíbrio com os demais direitos fundamentais e os direitos sociais”.

econômica é tratada separadamente no Novo Anteprojeto (art. 28, parágrafo único), o que parece perfeitamente razoável.

Ainda no campo dos princípios gerais, o Novo Anteprojeto propõe a supressão do parágrafo único do art. 46 do Anteprojeto Original⁵, que continha uma “cláusula geral de não-incidência”, próxima do conceito de *fair use*.⁶ Vale reforçar que a ABPI, no corpo da Resolução 80/2010, se manifestou favoravelmente à adoção de cláusulas gerais dessa natureza (como, aliás, já havia feito na Resolução 67/2005),⁷ desde que obedecidos os parâmetros de Berna.⁸ A Entidade discordou, contudo, da forma pela qual a cláusula geral foi proposta no Anteprojeto Original, que foi considerada ampla demais.⁹ O Novo Anteprojeto propõe um caminho intermediário entre as limitações em *numerus clausus*, modelo vigente na Lei 9.610/98, e a cláusula geral de não-incidência proposta pelo Anteprojeto Original. O texto substitui o parágrafo único que constava do art. 46 do Anteprojeto Original por dois novos parágrafos. O segundo deles faculta ao Judiciário autorizar – apenas se provocado, supõe-se – a livre utilização das obras em casos não previstos expressamente na lei, mas análogos aos listados nos incisos I a XXI do mesmo artigo, desde que (a) não tenham finalidade comercial/lucrativa; (b) não prejudiquem a exploração econômica da obra; e (c) sejam citados autor e fonte, “sempre que possível”.

Como a própria ABPI já teve a oportunidade de notar, a legislação civil brasileira recente tem adotado uma série de princípios e cláusulas gerais que deixam ampla margem de interpretação aos magistrados quando de sua aplicação ao caso concreto. E nada parece indicar que o nível de segurança jurídica dos negócios como um todo tenha caído em face dessa tendência. Por isso, a Reunião Conjunta reitera seu posicionamento favorável à adoção, no capítulo das limitações, de uma cláusula aberta o suficiente para permitir à legislação autoral um grau de dinamismo compatível com o ritmo das transformações por que passa o cenário sociotecnológico contemporâneo. A formulação proposta pelo art. 46, parágrafo segundo, do Novo Anteprojeto parece atender a este objetivo, sem comprometer a viabilidade econômica dos investimentos na criação e produção profissional de conteúdo.

Será preciso, no entanto, pensar em um mecanismo na própria lei que solucione, *a priori*, um possível conflito entre o comando hermenêutico “extensivo” (por analogia), aplicável à interpretação das limitações, e a regra geral que impõe a interpretação restritiva aos negócios jurídicos envolvendo direitos autorais, mantida no art. 4º do Novo Anteprojeto. Isto porque, eventualmente, o juízo acerca do escopo das limitações pode

⁵ **Anteprojeto Original**, art. 46, Parágrafo único: “*Além dos casos previstos expressamente neste artigo, também não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, quando essa utilização for: I - para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo; e II - feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores*”.

⁶ **Resolução ABPI 80/2010**, p. 3.

⁷ Cf. ABPI. **Resolução da ABPI Nº 67, de 20 de outubro de 2005**. Disponível em: <http://www.abpi.org.br/biblioteca1.asp?idioma=&secao=Biblioteca&subsecao=Resoluções da ABPI&assunto=Resolução específica&id=2>. Acesso em 8/5/2011

⁸ CONVENÇÃO DE BERNA, art. 9.2: “*Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor*”.

⁹ ABPI. **Resolução da ABPI Nº 80**, Recomendação 1 (c), p. 5.

ocorrer no contexto da interpretação de uma relação contratual. A menos que sistema brasileiro adote, expressamente, o conceito de *fair use*. As limitações, em nosso sistema, incidem sobre direitos existentes. Seu escopo, portanto, interessa ao mundo dos negócios jurídicos. Onde há *fair use*, por outro lado, sequer há direito a ser negociado, o que tornaria o conflito entre os dois comandos impossível. A adoção desse posicionamento, no entanto, representaria uma profunda mudança na abordagem filosófica tradicionalmente aceita no Brasil e nos demais países adeptos do *droit d'auteur*, podendo levar a questionamentos mais profundos (como, por exemplo, sobre a legitimidade apriorística dos direitos morais, ou pelo menos seu tratamento no âmbito do direito da propriedade intelectual).

Isto posto, a ABPI reitera, no que couber, as recomendações da Resolução 80/2010 e acrescenta as seguintes:

- (a) Criação de um dispositivo que solucione, *a priori*, o conflito potencial entre os comandos hermenêuticos do art. 4º, de efeitos restritivos, e do art. 46, parágrafo segundo, de efeitos extensivos; a Entidade reconhece, contudo, que certo grau de subjetividade será sempre intrínseco ao modelo de limitação por princípios gerais, do qual o dispositivo analisado se aproxima bastante; e
- (b) condicionamento literal do disposto no parágrafo único do art. 46 à “regra dos três passos” de Berna, que impede que qualquer uso que “afete” a exploração normal da obra. Mesmo usos sem “fins comerciais” ou “intuito de lucro direto ou indireto” podem afetar a exploração normal da obra (a depender da escala, por exemplo). Pelo mesmo motivo, a noção de “concorrência” também não se aplica a essa hipótese, pois concorrente é quem atua no mesmo mercado relevante e amadores que usam obras sem fins lucrativos não atuam em mercado relevante algum, embora possam, em certas circunstâncias, prejudicar os “legítimos interesses do autor”, o que é também proibido pela Convenção de Berna.

2) Limitações

O Anteprojeto Original já havia proposto uma sensível ampliação das hipóteses de limitação aos direitos autorais e o art. 46 do Novo Anteprojeto segue no mesmo sentido, tendo inclusive acrescentado dois novos dispositivos: um inciso XX, que permite a execução e exibição pública, por microempresas, do sinal aberto de rádio de televisão, desde que em único aparelho do tipo “doméstico”; e um inciso XXI, que permite a cópia e distribuição de trechos de obras preexistentes em sala de aula ou para fins de pesquisa, desde que no âmbito da educação formal e sem intuito de lucro, vedada a publicação de apostilas. Acrescentaram-se, ainda, dois parágrafos ao art. 46, em substituição ao parágrafo único proposto pelo Anteprojeto Original, sobre os quais já discorremos no item anterior.

Contudo, apesar dos acréscimos, o novo texto tornou as hipóteses de limitação consideravelmente mais restritivas. Pode-se inclusive dizer que a maior parte das preocupações manifestadas pela ABPI com relação a este ponto específico parecem ter se dissipado. O ponto mais sensível do capítulo continua sendo a volta do permissivo de cópia privada, para uso pessoal ou portabilidade, regulado nos incisos I e II do art. 46. O novo texto mantém ambas as hipóteses, mas deixa claro que o permissivo não atinge

obras adquiridas por meio de locação, no caso de acesso físico, ou por autorização temporária, no caso de acesso virtual. No entanto, “locação” é um termo que pode sofrer interpretação restritiva e não se coaduna com as várias utilizações que a tecnologia permite. Assim, a ABPI sugere que a expressão “exceto por meio de locação” seja substituída pela expressão utilizada no inciso II, qual seja: “exceto por meio de locação ou se o acesso foi autorizado por um período de tempo limitado”.

A esse respeito, é possível concluir que o Novo Anteprojeto, como já era o caso do Anteprojeto Original, não legaliza o *download* não autorizado de obras eventualmente disponíveis na Internet e nem a troca de arquivos contendo obras em formato digital entre usuários da Rede, por meio, por exemplo, de portais que se valem da tecnologia *peer-to-peer*. Isso porque o inciso II, que cuida do acesso virtual, ressalva que a cópia privada deve ser feita a partir de obra publicada legalmente. Como a publicação da obra, por qualquer meio ou processo, continua sendo um direito exclusivo do titular, apenas cópias feitas a partir de arquivos disponibilizados pelo próprio titular, ou com sua autorização expressa, estariam permitidas. Com isso, o Novo Anteprojeto confere maior clareza (portanto, segurança jurídica) aos negócios legítimos envolvendo a comercialização virtual de obras artísticas, literárias e científicas, um segmento ainda relativamente pouco explorado pelas indústrias midiáticas em todo o mundo, mas muito especialmente no Brasil. O texto prevê ainda, como teremos a oportunidade de analisar mais detidamente na seção que trata de “Regulação”, a responsabilidade solidária dos portais de conteúdo pela disponibilização de obras de terceiros sem autorização do titular, mas apenas se nada fizer após ser notificado da violação (art. 105-A).

Outro ponto positivo no Novo Anteprojeto foi a retirada do inciso IX do art. 8º, previsto no Anteprojeto Original, que excluía as “notícias diárias que têm o caráter de simples informações de imprensa” do âmbito de proteção da Lei. A ABPI havia manifestado profunda discordância com relação a este ponto na Resolução 80/2010, pois sua manutenção equivaleria a afirmar que matérias jornalísticas sequer podem ser consideradas obras intelectuais. O novo texto mantém uma limitação específica quanto à reprodução, na imprensa, de notícias já publicadas por outros veículos de imprensa (inciso III), sendo ainda mais restritivo que a legislação vigente, pois exige que tais notícias “tenham caráter meramente informativo” e que seja citada, além do autor, a fonte. Outro ponto que foi retirado pelo Novo Anteprojeto foi o permissivo do antigo inciso XVII, do Anteprojeto Original, que franqueava a reprodução de obras não disponíveis “em quantidade suficiente” para atender à demanda de mercado. A ABPI se opôs frontalmente a esse permissivo, por seus previsíveis efeitos de desestímulo ao investimento privado.

O novo texto é mais restritivo que o anterior com relação ao permissivo de uso livre de obras protegidas no recesso familiar ou como recurso didático-pedagógico, restringindo-o à finalidade de “ilustração” de algum ponto do programa, desde que no âmbito da educação formal, sem finalidade de lucro e na medida necessária justificada pelo fim a se atingir (inciso VI). A esse respeito, o Anteprojeto Original incluía ainda o uso livre por parte da “comunidade escolar”, sem especificar a finalidade específica deste uso, com o que a ABPI havia discordado. Outro dispositivo que ganhou mais objetividade foi o permissivo de uso de trechos de obras preexistentes, já previsto no inciso VIII do art. 46 da Lei 9.610/98, cujo limite quantitativo passa a ser a “medida justificada para o fim a atingir”, em vez de “pequenos trechos”, como na lei atual. Os demais requisitos foram mantidos, quais sejam: (a) não ser, essa utilização, o objetivo

principal da obra nova; (b) não reste prejudicada a exploração normal da obra; e (c) não cause, a utilização, prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

O Novo Anteprojeto também restringe, mais que o Original, as hipóteses de uso livre por parte de museus, arquivos, bibliotecas, centros de documentação e cinematecas (inciso XVI), criando quatro condições que precisam ser cumulativamente atendidas: (a) que a obra faça parte de seu acervo permanente; (b) que seja obra rara ou não esteja disponível para a venda ao público, em língua portuguesa, nos mercados nacional e internacional, por 3 anos, contados a partir de sua última publicação; (c) para evitar a deterioração do exemplar; e (d) que não seja permitida a duplicação, gravação, impressão ou qualquer outra forma de reprodução, ressalvado o disposto no Capítulo IX, Título IV. O Anteprojeto Original não fazia tais ressalvas e ainda permitia a comunicação ao público por meio de redes fechadas de informática. A ABPI se manifestou contrária à última parte do dispositivo, pois a transmissão em rede fechada de um arquivo digital pode dar início a um processo descontrolado de cópia com potencial impacto sobre o valor do bem protegido, e o titular precisa no mínimo concordar em correr esse risco.

Isto posto, a ABPI reitera, no que couber, as recomendações da Resolução 80/2010 e não tem qualquer ressalva adicional a fazer quando aos incisos II a XXI propostos pelo Novo Anteprojeto. Quanto ao inciso I, a ABPI apenas sugere que a expressão “exceto por meio de locação” seja substituído por **“exceto por meio de locação ou se o acesso foi autorizado por um período de tempo limitado”**.

3) Gestão Coletiva

O Novo Anteprojeto avança muito pouco em relação a este ponto e, em alguns momentos, parece ter radicalizado ainda mais aspectos dos quais a ABPI discordou quando da apreciação do Anteprojeto Original. O texto insiste em transferir, para o audiovisual, o sistema de arrecadação de direitos de execução/exibição pública centralizado em entidade de gestão coletiva, a exemplo do que já acontece na música (espécie de “ECAD” do audiovisual). Este segmento da indústria, contudo, funciona de forma marcadamente distinta do segmento fonográfico. Obras audiovisuais em geral são obras complexas, que envolvem o trabalho criativo de muitas pessoas consomem muito investimento. Por isso, diferentemente das obras musicais, já nascem, frequentemente, sob a forma de obra coletiva, sendo os direitos patrimoniais de titularidade primígena do responsável por sua organização: o “produtor”. Como já explicitado na Resolução 80/2010, o entendimento “doutrinário” formalmente declarado pelo MinC durante a gestão Juca Ferreira, sobre a alegada impossibilidade de as obras audiovisuais serem também obras coletivas, não se sustenta na legislação nem na jurisprudência. “Audiovisual” é uma linguagem; “coletiva” é uma forma de produção. Não parece haver qualquer ponto de incompatibilidade entre os dois conceitos e a nova redação proposta para o art. 5º, inciso VIII, alínea “h” demonstra que o MinC mudou de opinião, pois não mais condiciona o conceito de “audiovisual” às formas de autoria individual ou co-autoria, como fazia o Anteprojeto Original.

O fato de que muitas obras audiovisuais – provavelmente a maior parte delas – são obras coletivas significa que os titulares de seus direitos patrimoniais são relativamente poucos e, normalmente, economicamente capazes de monitorar a

observância de seus direitos de exibição pública. Haverá, sempre, direitos pertencentes a outros titulares, inclusive de exibição pública, mas todos tendem a ser negociados em pontos anteriores da cadeia produtiva.¹⁰ O sistema de arrecadação coletiva proposto, na prática, obriga as titulares de obras audiovisuais a transferir seu direito de arrecadação para uma entidade associativa (à qual o texto chega a impor uma “fusão operacional” com o ECAD), em uma óbvia restrição à sua liberdade de administrar seu próprio patrimônio. Se esta fosse a única forma viável de arrecadação por execução pública, como é o caso do setor fonográfico (pela multiplicidade de titulares), a conclusão poderia ser outra. Mas o setor audiovisual – ou pelo menos grande parte dele – não precisa desse serviço, pois há formas mais eficientes de exercer seus direitos. Seria inclusive o caso de refletir sobre os riscos inerentes à criação de mais uma entidade gigantesca, de caráter híbrido entre o público e o privado, por onde circularão cifras astronômicas. De onde viriam os recursos para estruturar, manter e, principalmente, fiscalizar essa entidade? Venham de onde vierem, são investimentos desnecessários, que deveriam ser alocados em outras atividades, capazes de aumentar, e não reduzir, a competitividade do produto audiovisual brasileiro.

O Novo Anteprojeto mantém o parágrafo único do art. 86, com uma pequena (porém, relevante) alteração. O dispositivo que constava do Anteprojeto Original, e que foi duramente criticado na Resolução 80/2010, previa que “[o]s proventos pecuniários resultantes de cada exibição pública de obras audiovisuais serão repartidos entre seus autores, artistas intérpretes e produtores, na forma convencionada entre eles ou suas associações”, “sem prejuízo do disposto no art. 81”. O texto foi mantido, mas a remissão ao art. 81 foi retirada. O referido art. 81 trata da possibilidade de a utilização econômica da obra audiovisual ser realizada pelo produtor, implícita na autorização dos autores e intérpretes quanto à inclusão de seus trabalhos na obra audiovisual, salvo disposição (contratual, supõe-se) em contrário. Como já relatado na Resolução 80/2010, durante o processo de consulta pública anterior o MinC se manifestou no sentido de que a combinação entre os artigos 81 e 86 tinha por efeito – senão por objetivo – tornar os direitos patrimoniais referentes à exibição pública indisponíveis para os autores da obra audiovisual, todos listados no art. 16 (diretor realizador, o roteirista e os autores do argumento literário e da composição musical ou literomusical criados especialmente para a obra). A ABPI se manifestou frontalmente contrária a esse entendimento, pois tornar indisponíveis direitos patrimoniais do cidadão significa reduzir o valor econômico de sua propriedade, o que de forma alguma poderia ser feito por uma lei dessa hierarquia e natureza.

O novo texto retirou, do art. 86, a remissão ao art. 81, mas modificou o *caput* do próprio art. 81, que agora reza:

Art. 81. A autorização do autor e do intérprete de obra literária, artística ou científica para produção audiovisual implica, salvo disposição em contrário, consentimento para sua utilização econômica pelo produtor, sem prejuízo dos direitos devidos aos autores e artistas intérpretes em decorrência de cada exibição pública da obra. (Grifos nossos).

Com isso, em vez de dissipar dúvidas, as aumentou: estaria o dispositivo dizendo que a exploração econômica da obra audiovisual pelo produtor não pode incluir

¹⁰ Com as limitações impostas pela anacrônica Lei 6.533/1978, que regula a profissão de ator e técnico de espetáculos, um caso clássico de paternalismo seletivo e intervencionista, típico do momento histórico em que foi concebido, e que deveria ser revogado, não copiado.

os direitos de exibição pública? A resposta técnica seria “não”, s.m.j., mas o caminho para se chegar a ela é bem menos direto do que seria desejável em uma lei que se pretende “modernizadora”. Esse dispositivo não regula a cessão de direitos na obra audiovisual, mas apenas cria uma autorização tácita de exploração econômica, presumida sempre que o autor ou intérprete concordar com a inclusão de sua obra em uma produção audiovisual, salvo convenção em contrário. Claro que isso só se aplica aos casos em que tal autorização for necessária, ou seja, quando os direitos patrimoniais pertencem ao autor/intérprete. Não é o caso das obras coletivas, pois a titularidade de todos os seus direitos patrimoniais (e os direitos patrimoniais relativos à exibição pública não constituem uma exceção) pertence ao organizador, não sendo necessária autorização de pessoa alguma para sua exploração econômica. O *caput* do artigo 81 diz apenas que a autorização presumida no silêncio do contrato não inclui os direitos de exibição pública. Não diz que essa autorização é sempre necessária, independentemente da forma pela qual a obra audiovisual é produzida, e nem que tal autorização não possa ser dada no contexto de uma cessão de direitos patrimoniais, nos casos em que mesmo a cessão seja necessária. Mas o texto deveria ser mais claro nesse sentido, sob pena de gerar insegurança jurídica no mercado.

Mais à frente, no parágrafo 3º, o mesmo art. 81 prevê que o “produtor responsável pela primeira fixação” da obra terá direito a uma “remuneração” – não se sabe de que monta nem a que título – “referente a cada exibição pública”. Seria este um “direito conexo” do produtor audiovisual, como já existe hoje para o produtor fonográfico? Para uma lei que se quer “flexibilizante”, a criação de um novo titular de direitos não deixa de ser surpreendente. De qualquer forma, seja a que título for, essa “remuneração”, ainda que fosse praticável, só seria devida a produtores audiovisuais que não fossem titulares de direitos patrimoniais de autor. Isso pode ocorrer em obras audiovisuais individuais ou em co-autoria, mas não em obras coletivas, onde o direito de exibição pública pertence ao produtor.

O Novo Anteprojeto também mantém a possibilidade de arrecadação por entidade coletiva para o caso das cópias reprográficas de obras impressas, como havia sido proposto pelo Anteprojeto Original. O artigo que cuida do tema, 88-A, apresenta agora redação um pouco mais objetiva, abstendo-se de detalhar o procedimento de arrecadação. A administração das entidades de gestão coletiva como um todo, no entanto, encontram-se exaustivamente balizadas nos art. 96 a 100-B, com ainda mais detalhes do que no Anteprojeto Original.

Por tudo quanto exposto, a ABPI reitera, no que couber, as recomendações da Resolução 80/2010, e acrescenta as seguintes:

- (a) reescrever o *caput* do art. 81, de forma a deixar claro que o dispositivo não torna os direitos patrimoniais de exibição pública indisponíveis para autores e intérpretes;
- (b) excluir o parágrafo 3º do art. 81; e
- (c) excluir o art. 88-B.

4) Regulação

O Novo Anteprojeto melhorou a redação do art. 5º, que define alguns dos principais conceitos expressos na Lei, retirando a diferença que havia sido “criada” pelo Anteprojeto Original entre “emissão” e “transmissão”, desvinculando o conceito de “audiovisual” das formas de criação “autoria” e “co-autoria”, retirando a menção expressa aos “dubladores” na categoria dos intérpretes e executantes e finalmente definindo a diferença entre “cessão” e “licença”, sendo esta última modalidade de transferência detalhada no art. 52-A. O novo texto transforma em faculdade a obrigação de averbação do contrato de cessão que estava previsto no art. 50, parágrafo 1º do Anteprojeto Original, o que a ABPI considera apropriado, como também considera a retirada do art. 113-A, que dava ao Ministério da Cultura voz ativa no processo de renovação de concessões de radiodifusão. Outro movimento positivo foi a melhor definição dos procedimentos para uso de obras órfãs (52-D).

O texto modifica o art. 52-A do Anteprojeto Original, agora art. 52-C, que trata das “obras feitas por encomenda ou em decorrência de vínculo”. Na verdade, reduz o escopo do instituto a “obra decorrente de vínculo” apenas, retirando de seu alcance as obras feitas sob contrato, exceto de trabalho, além das realizadas sob vínculo estatutário. Além da redução do escopo, o novo dispositivo não contém os antigos parágrafos 4º a 9º, que tratava das hipóteses de recuperação do direito patrimonial por parte do autor, acrescentando um novo parágrafo 4º, dando ao autor o direito de publicar as obras de que trata o artigo em suas “obras completas”, observadas algumas circunstâncias. E, em linha com o que já havia proposto em outros artigos relacionados com a exibição pública, acrescenta ainda um parágrafo 5º, que substitui o parágrafo 10º do Anteprojeto Original, excluindo da “cessão automática” que se opera no contexto das obras decorrentes de vínculo os direitos de exibição pública das obras em geral, inclusive, presume-se, a audiovisual. Como nos demais casos, esse dispositivo não torna indisponíveis tais direitos – embora pareça – mas apenas os exclui do procedimento “padrão” de transferência em função de vínculo. No texto anterior, sim, essa indisponibilidade estava clara, pois o inciso I do parágrafo 10º do antigo art. 52-A proibía a “cessão ou promessa de cessão” de direitos decorrentes do vínculo. Não é mais o caso da redação atual. Outra correção de rumo importante entre as duas versões foi a retirada do inciso VI do parágrafo 10º deste mesmo art. 52-A do texto antigo, que excluía, sem maiores explicações, as obras audiovisuais do escopo das obras sob encomenda ou vínculo.

Em um movimento que aproxima a discussão da Lei de Direito Autoral dos debates sobre o marco civil da internet, o texto do Novo Anteprojeto tomou para si a missão de definir a extensão da responsabilidade dos portais de conteúdo por violações de direitos autorais perpetradas por seus usuários (art. 105-A), nos termos do art. 105. O dispositivo determina que o portal assumira responsabilidade solidária pela violação se, após notificado, não retirar o conteúdo do ar em “prazo razoável”. A forma dessa notificação e de sua contestação é detalhada nos 8 parágrafos que compõem o artigo, à exaustão. No art. 107, que trata da tutela inibitória, o ilícito previsto no parágrafo 1º, alínea “a” da versão anterior passa a se aplicar apenas aos atos de “dificultar ou impedir” os usos permitidos nas hipóteses de limitação do art. 46. Antes, aplicava-se a mesma regra também para os usos dos artigos 47 (paráfrases e paródias) e 48 (monumentos em logradouro público). Ainda assim, mantém o titular de direitos sob a mira da desconfiança institucionalizada, praticamente inviabilizando o uso de

dispositivos técnicos de proteção de cópia (os chamados DRMs), talvez a única defesa relativamente eficaz à disposição dos titulares para tentar conter a massiva violação de seus direitos. E, mesmo que fosse possível se criar um DRM tão seletivo que em hipótese alguma “dificultaria” os usos permitidos nos 21 incisos do art. 46, seu investimento em segurança poderia ser quebrado, sem autorização judicial, caso um usuário acredite que tal dispositivo “dificulta” o acesso que ele acha que é livre, nos termos do art. 46. A segurança jurídica, definitivamente, não parece estar entre as prioridades deste Anteprojeto.

O polêmico tema das licenças compulsórias – tratado nos artigos 52-B a 52-C do Anteprojeto Original – teve seu capítulo excluído do texto, mas alguns de seus dispositivos migraram para os capítulos que tratam da cópia reprográfica e das licenças em geral. Nota-se, contudo, uma importante diferença: em vez de serem concedidas pelo executivo federal, como proposto no texto antigo, passam a ser concedidas pelo Judiciário. Trata-se, em termos práticos, de uma espécie de “licença compulsória com autorização judicial”, que pode ser proposta tanto pelo particular quanto pelos legitimados a ingressar com Ação Civil Pública, nos termos do art. 5º da Lei 7.347/1985.¹¹ O art. 88-B, que trata da reprografia, diz que:

“[o] Poder Judiciário poderá autorizar a reprografia de obras literárias sempre que, ao exercer seus direitos patrimoniais, o titular dos direitos de reprodução ou a respectiva associação de gestão coletiva exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, ou impeça o exercício do direito constitucional à educação”.

Note-se que a entidade de gestão coletiva pode ser objeto de uma ACP, ao que tudo indica por alegadamente exercer, de forma abusiva, direitos alheios. O artigo 52-B segue caminho semelhante, permitindo a propositura de ação ordinária ou ACP em busca de uma licença compulsória para “uso” (e aqui o texto não se dá ao trabalho de especificar modalidades de uso, como fez com as cópias reprográficas) de obras literárias ou de artes visuais, “sempre que, ao exercer seus direitos patrimoniais, o herdeiro ou sucessor do autor da obra exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, prejudicando o seu acesso ou fruição pela sociedade”.

As críticas da ABPI com relação a este ponto permanecem, no geral, válidas para o novo texto. A simples possibilidade de concessão de licenças compulsórias sobre direitos autorais fora dos parâmetros de Berna,¹² de forma explícita ou dissimulada, pelo

¹¹ **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**, que “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, art. 5º: “*Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (...)*”.

¹² A Convenção de Berna regula a matéria em seu artigo 11 bis (2), para direitos conexos do radiodifusor; artigo 13(1), para regravações musicais; e nos artigos II e III do apêndice sobre países em desenvolvimento, para traduções e reproduções de “obras publicadas sob forma impressa ou sob qualquer outra forma análoga”, apenas neste grupo específico de países e por prazos determinados. Todas seguem

Executivo ou pelo Judiciário, constitui um fator de risco para a indústria de conteúdo, uma das mais dinâmicas da economia brasileira e uma das poucas capazes de competir de igual para igual com os líderes mundiais. Isso para não falar no risco de uma medida como esta, tomada contra titular estrangeiro, gerar um contencioso na OMC, além de um desnecessário desgaste na imagem internacional do ambiente de negócios do Brasil. Por isso, a ABPI mantém seu posicionamento de que, fora de um contexto muito específico de legitimidade inquestionável – o que ainda não se atingiu no texto sob análise – as medidas compulsórias representam um entrave ao desenvolvimento do setor.

Seguem válidas, ainda, as observações da Resolução 80/2010 relativas ao nível de interferência estatal permitido pelo anteprojeto com relação às entidades de gestão coletiva de direitos, em possível desconformidade com o art. 5º, incisos XVII e XVIII, da Constituição Federal (que assegura plena liberdade de associação para fins lícitos, sem necessidade de autorização, sendo vedado ao Estado interferir em seu funcionamento). Igualmente válidas permanecem as críticas aos artigos 110-A e 110-B, que trazem a conduta abusiva por parte do titular de direito autoral para o campo da defesa da concorrência e das punições previstas na Lei 8.884/94, e ao 110-C, que prevê multa de 50 mil reais, a ser revertida para o Fundo Nacional de Cultura, para o dirigente de entidade de gestão coletiva que não cumprir com a extensa lista de obrigações prevista nos artigos 98-B e 98-D, além do parágrafo 6º dos art. 99.

Assim, a ABPI reitera, no que couber, as recomendações da Resolução 80/2010 e acrescenta as seguintes:

- (a) Caput do artigo 105-A: a expressão “responsáveis pela hospedagem” deveria ser definida de forma a incluir qualquer entidade que forneça serviço on-line de acesso a Internet. Essa alteração é importante porque os provedores hospedeiros desempenham apenas um tipo de função, que pode dar ensejo a violações de direitos autorais. Essa definição pode ser dada no próprio artigo 105-A ou no artigo 5º, onde a ABPI considera mais apropriado;
- (b) parágrafo 1º do artigo 105-A: além da alteração já mencionada no item acima, seria importante que o provedor de serviços da Internet publicasse o nome de uma pessoa responsável para responder aos avisos de violação de direitos autorais, bem como um número de telefone, endereço de e-mail e endereço postal;
- (c) parágrafo 2º do Artigo 105-A: a exigência de um número de registro civil e fiscal pode não ser aplicável a todos os detentores de direitos autorais, como proprietários estrangeiros ou indivíduos. A ABPI recomenda que a exigência seja modificada mediante a inclusão das palavras "quando aplicável" ao final do parágrafo;
- (d) parágrafo 3º do Artigo 105-A: esta disposição, mais uma vez, adota a denominação estrita "responsáveis pela hospedagem". A ABPI sugere que esta expressão seja substituída ou definida como qualquer entidade que fornece serviços on-line ou acesso à Internet, pelas mesmas razões acima

ritos específicos e apresentam caráter claramente excepcional com relação à regra geral (que, dentro dos parâmetros de proteção, é a exclusividade). Vide ABPI. **Res. 80/2010**, op. cit., pp. 12 e 13.

mencionadas. Além disso, o uso da expressão “prazo razoável” para retirar o conteúdo infrator deixa a questão aberta a um juízo discricionário do Provedor de Serviços de Internet. Logo, para evitar incerteza, a ABPI sugere que seja previsto um prazo ou, ao menos, que a palavra “imediatamente” substitua “prazo razoável”, para evitar que o Provedor de Serviços de Internet demore demasiadamente para retirar o conteúdo infrator;

- (e) parágrafo 5º do Artigo 105-A: este dispositivo apresenta dois problemas: (i) mesmo nos casos em que o Provedor de Serviços de Internet tiver conhecimento de que o conteúdo infringe direitos autorais e/ou receber um benefício financeiro direto da infração, ele não seria responsável pela infração após a recepção do contranotificação; e (ii) o projeto de lei não determina que a resposta do infrator em potencial deva ser retransmitida para o proprietário do conteúdo. Para minimizar o risco de contranotificações automáticas e sem embasamento, o parágrafo 5º deve exigir que os Provedores de Serviço de Internet enviem as contra-notificações – contendo todos os dados do usuário – aos titulares de direitos autorais; e
- (f) parágrafo 6º do Artigo 105-A: Esse parágrafo permite que qualquer terceiro envie uma contranotificação, o que levaria ao Provedor de Serviço de Internet a restaurar o conteúdo em questão. Não há nenhuma razão para atribuir um direito de contranotificação a um terceiro alheio à relação, que não a própria pessoa que elaborou os conteúdos disponíveis. A concessão desse direito para todos não se coaduna com o direito processual civil brasileiro, uma vez que poderá inexistir legitimidade para tanto. Assim como os titulares de direitos e autores não podem notificar os provedores por direito que não lhe assiste, terceiros sem relação com o notificado não deveriam ter o direito de responder. Assim, a ABPI recomenda que este parágrafo seja excluído.

5) Contratos

O quinto e último aspecto analisado pela ABPI na Resolução 80/2010 dizia respeito às normas cogentes incidentes sobre os negócios jurídicos envolvendo transferência de direitos autorais, regulados no Capítulo V. O Novo Anteprojeto reduziu consideravelmente as limitações à liberdade contratual previstas no texto antigo. O parágrafo 1º do art. 50, por exemplo, como já mencionado, previa que toda cessão de direitos de autor deveria ser averbada pelo cessionário, o que foi combatido pela ABPI, que entendeu tratar-se não apenas de um aumento desnecessário nos custos de transação das empresas do mercado – que negociam milhares de contratos de cessão por dia – mas possivelmente de uma violação aos princípios de Berna. Felizmente, esse dispositivo foi modificado e o dever de averbação tornou-se uma faculdade, como deve ser.

A ABPI também discordou do parágrafo 3º deste mesmo artigo 50 que determina que, “decorrido o prazo previsto no instrumento [de cessão], os direitos autorais retornam obrigatoriamente ao controle econômico do titular originário ou de seus sucessores, independentemente de possíveis dívidas ou outras obrigações pendentes entre as partes contratantes”. O dispositivo, no entanto, foi mantido, apesar de ser claramente incompatível com o art. 5º, inciso XV, do mesmo Anteprojeto, que define “cessão” como “ato por meio do qual se transfere, total ou parcialmente, com

exclusividade, a titularidade de direitos autorais, em caráter temporário ou definitivo, garantido ao cessionário a prerrogativa de reivindicar para si os direitos patrimoniais dele decorrentes e agir em defesa do objeto da cessão”.

O Novo Anteprojeto esclareceu outro ponto polêmico do Anteprojeto Original, que era a proibição de cessão de direitos autorais em contratos de “edição” (art. 53, parágrafo 1º). O novo texto deixa claro que tal cessão pode se operar em instrumento apartado. A regra do parágrafo 3º, no entanto, pela qual o autor pode requerer a resolução do contrato quando o editor obstar a circulação da obra em detrimento dos “legítimos interesses” do autor, continua na versão atual, apesar de seu inadmissível grau de subjetividade. O artigo 67-A também segue no texto, ainda mais amplo, apesar das críticas já colocadas, estendendo as regras do art. 53, parágrafo 3º a “todas as obras protegidas e suscetíveis de serem publicadas em qualquer suporte, tais como as traduções, as fotografias, os desenhos, as charges e as caricaturas”. O 68-B, no entanto, que estendia as mesmas regras aos contratos de edição de obra musical, foi excluído. A propósito, vale lembrar o que já foi exposto na Resolução 80/2010:

“a resolução dos contratos por onerosidade excessiva já está prevista no artigo 478 do Código Civil, assim como a função social do contrato e a observância aos princípios de probidade e boa-fé, estes nos artigos 421 e 422. O que o parágrafo 3º do art. 53 estabelece é mais um requisito de validade contratual, que é o atendimento aos interesses de uma das partes, mesmo que em detrimento da outra. A respeito, a ABPI entende haver um desrespeito aos direitos atribuídos ao editor [pelo] próprio anteprojeto. Desloca-se o ponto ótimo de equilíbrio, desconsiderando o objeto do negócio”.¹³

Em suma, embora com menos determinação, o texto do Novo Anteprojeto continua colocando o autor em uma condição de hipossuficiência em relação aos demais elos da cadeia produtiva, com todos os impactos negativos já explicitados na Resolução 80/2010. Tecidas essas considerações, a ABPI reitera, no que couberem, as recomendações da Resolução 80/2010.

Rio de Janeiro, 30 de maio de 2011.

Luiz Henrique O. do Amaral

Presidente

Eduardo Paranhos Montenegro

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

Maitê Cecilia Fabbri Moro

Diretora Relatora

Gisele Levy

Presidente do Comitê Empresarial e Membro do Conselho Diretor da ABPI

Cláudio Lins de Vasconcelos

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

¹³ Vide ABPI. **Res. 80/2010**, op. cit., p. 17.

Attilio Gorini

Revisor do Grupo de Revisão

Sonia d'Elboux

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