

- Artigo 10: SEMINÁRIO SOBRE DIREITOS INTELECTUAIS E DIREITO DE IMAGEM – PROMOVIDO PELA CODEPIN (COMISSÃO ESTADUAL DE DEFESA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL) E PELA SECRETARIA DAS CULTURAS DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO - Dr. João Carlos de Camargo Eboli

Dr. João Carlos de Camargo Eboli
Assessor Jurídico da SOCINPRO

Palestra Proferida no Seminário sobre propriedade intelectual e direito de imagem
Organizado pela CODEPIN (Comissão Estadual de Defesa da Propriedade Intelectual)
- Rio de Janeiro, 19 de agosto de 2005

Não hesitaria em afirmar que os direitos de propriedade apresentam duas grandes vertentes : uma representada pelos direitos sobre a propriedade material e a outra pelos direitos sobre a propriedade imaterial ou intelectual.

Já os direitos intelectuais, expressão-síntese universalmente utilizada nos dias de hoje e a partir do final do Século XX para denominar as faculdades sobre as criações do espírito, compreendem os direitos autorais e os direitos de propriedade industrial. Os direitos de propriedade industrial disciplinam o uso das marcas de produtos e serviços, bem como as patentes de invenção e de modelos de utilidade e, ainda, o desenho industrial. Os direitos autorais abrangem os direitos de autor, em sentido mais estrito, e os denominados direitos conexos. Os direitos de autor versam sobre as obras literárias, artísticas e científicas, assim como sobre os programas de computador. Os direitos conexos, também conhecidos como análogos, vizinhos, ou afins protegem os artistas, intérpretes e executantes, os produtores de fonogramas e os organismos de radiodifusão.

Tratemos de definir desde logo o objeto maior da tutela jurídica dos direitos de autor, ou seja, a OBRA. A melhor e mais precisa definição de obra nos foi proporcionada pelo saudoso Henry Jessen. Para Jessen, devemos entender por obra "a exteriorização da idéia através de uma forma de expressão". ("in" Direitos Intelectuais – Editora Itaipu – Rio de Janeiro – pág. 54)

O objeto do direito não é, assim, uma simples idéia abstrata, que é de domínio comum, e sim a forma pela qual o autor a revela ao público. Destaque-se ainda que a proteção não abrange o suporte material, mas tão somente o conteúdo imaterial da criação. Ou seja, não se protege o papel em que é impresso o livro ou a tinta de impressão, nem a "bolachinha" do CD. A proteção não tem por objeto o corpo mecânico, mas sim o corpo místico da criação intelectual, nos casos apontados a obra literária impressa em forma de livro, ou o fonograma reproduzido sob o formato de CD.

A originalidade é condição essencial para o reconhecimento da obra como produto da inteligência criadora. Só a criação permite produzir com originalidade. Contudo, não importa, para fins de proteção, outros fatores como o tempo de duração da obra, ou o seu tamanho, no caso, por exemplo, das obras de artes plásticas. Não se exige também que a obra tenha comprovado valor artístico ou estético. Até porque, como se poderia comprovar a existência de fatores tão subjetivos, tão sujeitos ao gosto pessoal de cada um ? Gosto não se discute e sucesso não tem fórmula. Assim, o mesmo direito de autor que protege obras como "Aquarela do Brasil", de Ary Barroso, e "Minha Namorada", de Carlinhos Lyra e Vinicius de Moraes, contempla também a "Eguinha Pocotó". Nada mais simplório, por exemplo, do que a letra de "Mamãe eu quero". Quem poderia apostar, quando ela foi composta e publicada, que se converteria em uma das composições mais executadas no País em todos os tempos ?

Até a invenção dos tipos móveis, por Gutemberg, em 1455, a reprodução de obras intelectuais (especialmente os manuscritos) era uma tarefa das mais árduas, exclusivamente manual, que demandava meses, por vezes até anos, e que servia quase que apenas ao interesse da preservação do conhecimento e da cultura.

Com os tipos móveis, multiplicaram-se os exemplares das obras, valendo lembrar que a edição gráfica compreende não apenas o custo do papel, das prensas e dos tipos, mas também a divulgação do trabalho editado.

Trataram, pois, os editores, de proteger seus investimentos na divulgação das obras, de obter um monopólio ou um privilégio temporário para explorar, com exclusividade, as obras que editassem. O primeiro de que se tem notícia foi concedido pelo Senado de Veneza a Giovanni Spira, em 1469, para editar cartas de Cícero e Virgílio.

Com o passar do tempo, os criadores intelectuais se deram conta de que os titulares originários do privilégio deveriam ser eles, e não os editores, pois suas obras representavam a matéria-prima a ser protegida.

Sob esse aspecto, podemos asseverar que a primeira lei no mundo sobre direito de autor é inglesa, mais precisamente o Estatuto da Rainha Ana, de 1709, que conferiu o privilégio aos autores, compreendendo direitos patrimoniais, basicamente de reprodução, transferíveis aos editores por via de cessão, e direitos morais.

Curiosamente, até hoje, no direito anglo-saxão, se usa a expressão "copyright", isto é, direito de reprodução, e não direito de autor.

O famoso "Act" da Rainha Ana previa o direito de cópia do autor pelo período de 21 anos e a patente da impressão, significando um grande avanço na normatização dessas relações, por se tratar de uma lei geral e pública, e não apenas de um acordo cooperativo.

O Estatuto criou o domínio público para a literatura, estabelecendo que cada livro poderia ser explorado pelo prazo de 14 anos, prorrogável uma única vez, por igual período. Acabava, assim, a perpetuidade, porque, no velho sistema, toda a literatura pertencia aos livreiros para sempre e somente eram impressas as obras que se enquadrassem em seus padrões éticos.

Com isso, o direito de cópia dos livreiros, até então protegido por um monopólio e pelo exercício de uma censura unilateral e arbitrária, ganhava um conceito de regulação comercial, mais voltado para a divulgação e promoção do conhecimento. Ademais, o Estatuto permitiu que os autores depositassem livros em nome pessoal, tirando-os, por um lado, do anonimato, e, por outro lado, criando a memória intelectual do país com a doação de obras impressas às universidades e bibliotecas públicas.

No mundo moderno, o mais importante tratado para a proteção do direito de autor é a Convenção de Berna, também denominada União Internacional para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas.

A Convenção de Berna nasceu de uma recomendação feita ao Congresso Literário e Artístico Internacional, reunido na Exposição Universal de Paris, de 1878, quando se preconizou a adoção de leis uniformes para a proteção dos direitos de autor, diante da existência, à época, de uma multiplicidade de acordos internacionais bilaterais, alguns dos quais contendo a cláusula de nação mais favorecida, o que obrigava o jurista a uma pesquisa exaustiva para definir os contornos da proteção apropriada.

Sob os auspícios do governo suíço, foi realizada, na Cidade de Berna, no período de 06 a 09 de setembro de 1886, uma importante reunião, na qual foram discutidos e aprovados os princípios básicos que redundaram na elaboração e assinatura de um instrumento com 21 artigos (e um adicional), conhecido como a Convenção de Berna, estabelecendo regras gerais sobre a proteção aos direitos autorais e sua observância e aplicação pelos países participantes.

A Convenção de Berna contempla os 3 (três) seguintes pontos fundamentais, relativos à proteção mínima a ser assegurada à obra intelectual :

- a) as obras originais de um Estado membro devem ter proteção idêntica em cada um dos outros países membros e no mesmo nível em que ela é concedida para seus nacionais, mesmo que seja mais benéfica que a do outro país. É o princípio do tratamento nacional ou da assimilação;
- b) a proteção deve ser assegurada, independentemente do preenchimento de qualquer formalidade, tais como registro, exigências fiscais, depósito etc. É o princípio da proteção automática; e
- c) a proteção a ser concedida em um país é independente da existência de proteção no país de origem da obra. É o princípio da independência da proteção.

AdeAdemais, preceitua que o prazo mínimo de proteção não pode ser inferior a 50 anos, contados da morte do autor, estabelece o direito exclusivo que têm os autores de autorizar ou proibir a reprodução de suas obras, por qualquer forma ou processo, e o direito exclusivo de autorizar a representação e a execução pública das obras, assim como a transmissão pública da representação e da execução.

Como os Estados Unidos não tinham condições de aderir à Convenção de Berna, por força de sua legislação interna, e já eram, à época, um dos maiores geradores de criações intelectuais, foi firmada, em 1952, a Convenção Universal sobre Direito de Autor, também conhecida como Convenção de Genebra. Como, há mais de uma década, os Estados Unidos finalmente aderiram à Convenção de Berna, a Convenção Universal perdeu quase toda a sua importância.

Outrossim, como os níveis mínimos de proteção da Convenção de Berna são superiores aos da Convenção de Genebra, os titulares de direitos autorais preferem obter a proteção através dos dispositivos de Berna. E, de uma maneira geral, quase todas as nações ratificaram Berna, tanto que esta conta atualmente com mais de 160 ratificantes, contra apenas 61 ratificantes da Convenção Universal.

Ambas as Convenções foram revisadas pela última vez em Paris, em 1971, tendo sido o texto resultante da revisão da Convenção de Berna aprovado em nosso País pelo Decreto Legislativo nº 94, de 04 de dezembro de 1974, e promulgado pelo Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975. E o texto resultante da revisão da Convenção de Genebra foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 55, de 28 de julho de 1975, e promulgado pelo Decreto nº 76.905, de 24 de dezembro de 1975.

Paralelamente às Convenções administradas pela OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, o GATT – General Agreement of Tariffs and Trade – iniciou, em 1979, discussões envolvendo a propriedade intelectual e o comércio internacional. Juntaram a esses dois ingredientes a necessidade de se igualar métodos de ação, de punição e de proteção entre países com sistemas jurídicos diferentes, o que era evitado por Berna e Genebra, cuja maior preocupação sempre foi o respeito às legislações internas e à soberania de seus Estados membros.

Esse obstáculo político, imposto por Berna e Genebra, motivou a discussão da matéria em outro foro, não vinculado à ONU. Por isso, com a criação da OMC – Organização Mundial do Comércio, em 1994, esta passou a atuar diretamente na regulação do comércio internacional dos bens imateriais por meio do Acordo Relativo aos Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, conhecido pela sigla TRIPS, derivada da expressão inglesa, ou pela sigla ADPIC, do espanhol.

Os debates em torno das Convenções de Berna e de Genebra, circunscritos à soberania e ao território dos estados membros, começaram a se revelar prejudiciais aos interesses dos países economicamente mais poderosos, liderados pelos Estados Unidos. Diante dessa nova realidade do comércio mundial, especialmente de marcas, e da crescente indústria de difusão cultural, cuja mercadoria traz gravada a identidade de seu titular, onde quer que seja disponibilizada, atravessando fronteiras e dispensando debates em torno de soberanias territoriais, uma nova ordem internacional começava a ser desenhada.

Em suma, os direitos intelectuais começaram a se transformarem mercadoria, a virar dinheiro.

Os principais princípios contidos no TRIPS são os seguintes :

- a) o princípio do tratamento nacional, segundo o qual cada Estado membro concederá aos nacionais dos demais Estados membros tratamento não menos favorável do que o concedido a seus próprios nacionais;
- b) o princípio do tratamento de nação mais favorecida, segundo o qual toda a vantagem, privilégio ou imunidade que um estado membro conceda a seus nacionais deve ser extensivo, imediata e incondicionalmente, aos nacionais dos demais Estados membros;
- c) o princípio da prevenção de abusos, segundo o qual faculta-se aos Estados membros a aplicação de medidas apropriadas para prevenir o abuso no campo dos direitos de propriedade intelectual por seus próprios titulares, ou coibir as práticas que limitem de maneira injustificada o comércio, ou prejudique a transferência internacional de tecnologia;
- d) o princípio da exaustão de direitos, de suma relevância, segundo o qual, em nome da liberdade do comércio, os titulares de direitos intelectuais esgotam o exercício desses direitos na primeira utilização pública autorizada da obra, não mais podendo impedir, a partir daí, que terceiros a explorem, desde que respeitada a respectiva remuneração. Trata-se, pois, de uma espécie de licença compulsória, tão repudiada pelos mais fervorosos adeptos do “droit d’auteur”;
- e) o princípio da obrigatoriedade ou da adesão sem reservas, segundo o qual nenhum Estado membro poderá integrar a OMC com condicionantes ou reservas, tudo em nome da unidade do sistema; e
- f) o princípio da cooperação técnica e financeira aplicável aos países em desenvolvimento, segundo o qual os países desenvolvidos comprometem-se a prestar assessoria na elaboração de leis e na prevenção de abusos em matéria de propriedade intelectual.

Nossa Lei Autoral manteve-se fiel à tradição do "Droit d'Auteur", à escola francesa, sem, contudo, deixar de contemplar, com bastante propriedade, alguns dos modernos preceitos pós-OMC, oriundos da filosofia do "copyright", do sistema anglo-saxão, harmonizando, assim, com sabedoria, interesses que se chocam desde o final do Século XVIII. Se o sistema anglo-saxão apontava para a proteção à obra, do outro lado do Canal da Mancha a Revolução Francesa pôs término ao sistema de privilégios, instituindo uma proteção em favor do autor, fundada no direito de propriedade.

De acordo com a Lei brasileira, os direitos autorais reputam-se bem móveis. Essa ficção, dentre outras virtudes, permite que se utilize na proteção dos direitos autorais importantes institutos próprios do direito possessório, como a busca e apreensão e o interdito proibitório, apesar de o Superior Tribunal de Justiça, no que concerne ao interdito, haver apontado recentemente em sentido contrário, através da Súmula nº 228. Mas, definitivamente, não considero a questão pacífica. Com todo o respeito àquela Corte, creio que o interdito proibitório, que por longos anos foi aplicado com sucesso e de forma abrangente no campo dos direitos autorais, é perfeitamente cabível, não se restringindo às hipóteses específicas dos Artigos 102 e 105 da Lei de regência. Aliás, a redação desses dois dispositivos serve muito mais, a meu ver, para consagrar o cabimento do interdito, de forma ampla, do que para apontar a restrição do seu uso a casos específicos. Como alguns juízes vêm ultimamente negando até a busca e apreensão, quando a contenda envolve usuário de maior poder econômico, sob o argumento de que falta o chamado "periculum in mora", na medida em que o dano poderá ser a qualquer tempo ressarcido, não sei o que será da proteção judicial dos direitos autorais em um futuro de médio prazo. Seria o mesmo do que se permitir o homicídio, desde que o agente assumisse o compromisso formal de se apresentar espontaneamente para cumprir a pena de reclusão prevista no Art. 121 do Código Penal.

A Lei brasileira define com precisão os três tipos ou modalidades genéricas de direitos essencialmente compreendidos no campo dos direitos patrimoniais : o direito de reprodução, o direito de distribuição e o direito de comunicação ao público. Ao definir a distribuição e a comunicação ao público, a nossa Lei consagra o princípio da disponibilidade, ou seja, a máxima de que a simples disponibilização da obra ao público já tipifica uma nova modalidade de utilização, que obviamente dependerá da prévia e expressa autorização do autor. Quando expõe o conceito de reprodução, a Lei de regência abarca expressamente a cópia por meios eletrônicos, referindo-se a qualquer forma de armazenamento permanente ou temporário. Para se ter uma idéia da importância econômica desse conceito, citamos o fato de que, só no primeiro trimestre deste ano, o "hit" Festa no Ap, de Latino e Dalmo Beloti, foi alvo de mais de dois milhões e setecentos mil "downloads", correspondentes ao número de chamadas ("ringtones") em que foi executada em telefones celulares em todo o país. Como o direito cobrado por cada chamada é, atualmente, de vinte e quatro centavos de real, a respectiva retribuição autoral equivalerá a aproximadamente 576 mil reais. Estamos falando em uma única obra, em um espaço de apenas 3 meses !

No campo da comunicação ao público, merece destaque a execução pública de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas, cujos proventos são, no Brasil, arrecadados e distribuídos pelo ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que congrega todas as associações existentes em nosso País de titulares dessa modalidade de titulares de direitos autorais. De fato, a Lei de regência prevê, em seu Artigo 99, uma única agência de cobrança, fórmula que vem se revelando mais eficiente na maioria dos países civilizados, como são os casos, além do Brasil, da França, da Itália, de Portugal, da Espanha, da Grécia, da Suíça, da Alemanha, dos Países Escandinavos, do Japão, da Argentina, do Uruguai etc. Prevê-se para este ano uma arrecadação de execução pública no Brasil superior a R\$ 250.000.000,00 (cerca de US\$ 100,000,000 ao câmbio atual), o que não é nada desprezível.

O prazo de proteção estabelecido em nossa Lei é de 70 anos, contados do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor. A partir daí a obra cairá em domínio público. Será de 70 anos o prazo de proteção dos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas e pseudônimas, contado do dia 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação. De 70 anos será também o prazo de proteção das obras audiovisuais e fotográficas, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação. Igualmente de 70 anos será o prazo de proteção aos direitos conexos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas, à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão, e à execução e representação públicas, para os demais casos.

As obras folclóricas são consideradas de domínio público.

Felizmente a legislação nacional não acolhe os institutos da licença legal, compulsória, e do domínio público remunerado (pagante), que podem se prestar ao cerceamento da difusão cultural e ao indesejável controle da criação intelectual pelo Estado.

Nossa Lei não faz referência expressa aos conceitos de lucro direto e indireto, de grande valor para os direitos autorais, especialmente no que concerne à representação e à execução pública. Muita gente desavisada acredita, inclusive e lamentavelmente alguns magistrados, que só na hipótese de lucro direto, como em eventos com entrada paga ou subvencionados, os direitos autorais de representação e de execução pública serão devidos, quando é pacífico que, para tanto, bastará a prova da existência do denominado lucro indireto. Vou mesmo além. Considero essa discussão acadêmica e ociosa, pois defendo a tese de que a simples caracterização da execução como pública bastará para que se torne exigível a prévia e expressa licença do autor e o pagamento da respectiva retribuição, na medida em que as limitações aos direitos de autor estão arroladas na Lei de forma taxativa e as únicas exceções seriam, no caso, a representação teatral e a execução musical quando realizadas no recesso familiar, ou para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro, ou, ainda e finalmente, a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, de fonogramas e de transmissões de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, para simples demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização.

Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil. Aplica-se o disposto na Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes.

Os negócios jurídicos sobre direitos autorais interpretam-se restritivamente e se presumem onerosos, razão por que a gratuidade, se existir, deverá ser expressamente declarada no respectivo instrumento.

As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, bem como de fonogramas, são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a qualquer das demais. Vou dar dois bons exemplo : quando um cineasta pretender sincronizar um fonograma, contendo determinada obra musical, no filme que está realizando, deverá obter a necessária licença prévia tanto do produtor do fonograma, como do autor ou do editor da respectiva obra musical. Ou seja : a licença do produtor do fonograma não supre a licença do autor e com ela não se confunde. Da mesma forma, a autorização da um autor para a simples inclusão de sua obra musical em determinado filme, não

implicará numa licença automática para a execução pública dessa obra através da exibição da película cinematográfica. Nova autorização deverá ser pedida, com o pagamento de uma retribuição distinta e específica.

Destaco, por fim, que o registro de obras intelectuais em nosso País é facultativo, na medida em que a proteção legal dar-se-á independentemente da referida formalidade. Valerá, pois, o registro, apenas como meio "iuris tantum" de prova. Contudo, o registro será sempre recomendável, sobretudo em atenção ao princípio da anterioridade, especialmente diante da hipótese, não tão incomum, de dúvida insanável quanto à autoria de determinada obra. O mesmo não se dá em relação à propriedade industrial, regulada em nosso País pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Destarte, a concessão das patentes de invenção e de modelos de utilidade, assim como o registro de marcas de produtos e serviços e de desenhos industriais são atos constitutivos de propriedade, obrigatórios e indispensáveis, portanto, para a efetiva proteção da propriedade industrial.

Espero, sinceramente, haver-lhes proporcionado uma razoável visão panorâmica dos direitos intelectuais em nosso País, no breve espaço de tempo que me foi concedido.

Muito

obrigado.

João Carlos de Camargo Eboli