

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

DIREITO E CINEMA:
ALTERNATIVAS PARA O PROBLEMA DA
VIOLAÇÃO DOS DIRETOS AUTORAIS

RAFAEL ALVES DAS NEVES

RIO DE JANEIRO

2008

RAFAEL ALVES DAS NEVES

DIREITO E CINEMA:
ALTERNATIVAS PARA O PROBLEMA DA
VIOLAÇÃO DOS DIRETOS AUTORAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim

RIO DE JANEIRO

2008

Neves, Rafael Alves das.

Direito e cinema: alternativas para o problema da violação dos direitos autorais/ Rafael Alves das Neves. – 2008.

76 f.

Orientador: João Marcelo de Lima Assafim.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 75-76.

1. Direitos autorais - Cinema - Monografias. I. Assafim, João Marcelo de Lima. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.28

RAFAEL ALVES DAS NEVES

DIREITO E CINEMA:
ALTERNATIVAS PARA O PROBLEMA DA
VIOLAÇÃO DOS DIRETOS AUTORAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

-

A Deus, o maior autor de todos os tempos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por me levar à vitória sobre mais um gigante da vida e pela salvação em Jesus Cristo.

Em segundo lugar, agradeço a meus pais e irmão pelo amor que deles recebo e pela ajuda incondicional que me levou ao êxito na conclusão deste trabalho.

E, por fim, não poderia deixar de honrar meu grande amigo Gustavo Galvão Borner, irmão em Cristo e companheiro de faculdade, por sempre me apoiar nas lutas do dia-a-dia e, em especial, pelo grande auxílio prestado na pesquisa e na elaboração desta monografia.

RESUMO

NEVES, R. A. *Direito e cinema: alternativas jurídicas para o problema da violação dos direitos autorais*. 2008. 76 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho tem como objeto o estudo da violação dos direitos autorais na obra cinematográfica frente ao desenvolvimento tecnológico, basicamente em relação à cópia privada, e das possíveis alternativas para a solução da crise digital nesta área. Num primeiro momento, é analisada a evolução do Direito Autoral no mundo e no Brasil, passando pela explicação da natureza jurídica deste instituto e da diferenciação entre os dois maiores sistemas existentes. Em um segundo momento, como forma de expressar o problema socioeconômico gerado pelas novas tecnologias, é apresentado o impacto nacional e internacional da cópia digital não autorizada, além da sucinta análise de quatro importantes casos relacionados ao tema. Em seguida, através do exame dos princípios constitucionais aplicáveis e da Lei de Direitos Autorais em vigor, realiza-se um estudo sobre a necessidade de limitação do instituto, em decorrência da sua função social e das transformações sociais ocorridas recentemente. Por fim, apresentam-se diversas alternativas com o intuito de permitir a composição dos interesses econômicos e sociais em conflito, e, em especial, uma solução jurídico-mercadológica especificamente voltada para a área cinematográfica.

Palavras-Chave: Direito Autoral; Cinema; Cópia privada; Alternativas.

ABSTRACT

NEVES, R. A. *Direito e cinema: alternativas jurídicas para o problema da violação dos direitos autorais*. 2008. 76 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present work takes as an object the study of the violation of Copyright in the cinematographic work in front of the technological development, basically regarding the private copy, and of the possible alternatives for the solution of the digital crisis in this area. At a first moment, there is analysed the evolution of Copyright in the world and in Brazil, passing by the explanation of the legal nature of this institute and of the differentiation between two biggest existent systems. At a second moment, like the form to express the problem socioeconomic produced by the new technologies, there is presented the national and international impact of the digital copy not authorized, besides the succinct analysis of four important cases regarding the subject. Next, through the examination of the constitutional applicable principles and of the Copyright Law in force, a study happens on the necessity of limitation of the institute, as a result of his social function and the social transformations taken place recently. Finally, several alternatives show up with the intention of allowing the composition of the economical and social interests in conflict, and, in special, a solution marketing-legally specifically turned to the cinematographic area.

Keywords: Copyright; Cinema; Private Copy; Alternatives.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2. O DIREITO AUTORAL TRADICIONAL	11
2.1. Evolução histórica dos Direitos Autorais	11
2.1.1. <u>No mundo</u>	11
2.1.2. <u>No Brasil</u>	16
2.2. A natureza jurídica dos Direitos Autorais	18
2.3. Copyright e Direito de Autor	20
3. A PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS AUTORAIS NA ERA DIGITAL	22
3.1. O impacto da reprodução digital não-autorizada no Brasil e no mundo	23
3.2. Quatro casos interessantes sobre o tema	31
3.2.1. <u>O caso Universal/Disney V. Sony</u>	32
3.2.2. <u>O caso Napster</u>	33
3.2.3. <u>O caso MGM V. Grokster</u>	35
3.2.4. <u>O caso “Tropa de Elite”</u>	36
4. A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL E SUA GARANTIA CONSTITUCIONAL	38
4.1. A função social do Direito de Autor	38
4.2. A garantia da função social do direito de autor na Constituição Brasileira	41
4.3. O Direito de Autor e a sua relação com outros princípios constitucionais	44
4.3.1. <u>O direito de livre acesso à informação e à cultura</u>	45
4.3.2. <u>O direito de livre acesso ao desenvolvimento tecnológico</u>	46
5. A LEI DE DIREITOS AUTORAIS BRASILEIRA E SUA INCONGRUÊNCIA COM A REALIDADE ATUAL	48
5.1. Os pontos críticos da LDA	48
5.1.2. <u>O fair use</u>	52
5.1.3. <u>A controvérsia da cópia privada</u>	53
5.2. A obra cinematográfica	56
5.2.1. <u>O audiovisual sob a LDA</u>	56

6. ALTERNATIVAS POSSÍVEIS PARA A CRISE DIGITAL	61
6.1. Uma saída prática para o problema do cinema	64
6.1.2. <u>Reorganização dos papéis sociais</u>	65
6.1.3. <u>Aporte de capitais e antecipação da remuneração: a publicidade como aliada financeira do cinema</u>	66
6.2. O <i>Creative Commons</i>	71
7. CONCLUSÃO	73

REFERÊNCIAS 75

1. INTRODUÇÃO

Sob o título “Direito e cinema: alternativas para o problema da violação dos direitos autorais”, este trabalho se propõe a investigar a relação entre o impacto das novas tecnologias no cenário socioeconômico atual e a disciplina dos direitos autorais na era da sociedade da informação.

Como o tema deste trabalho pertence ao ramo do Direito Civil, os aspectos penais não serão analisados, reduzindo-se a discussão tão somente à questão da ilicitude civil da cópia privada e do compartilhamento de arquivos via internet.

Tendo como objeto a limitação do direito autoral frente às demandas sociais e a difusão das práticas mencionadas no parágrafo anterior, nos preocupamos em buscar soluções para que isto se equilibre, no campo prático, com os legítimos interesses econômicos do autor em se remunerar por sua obra.

Com o desenvolvimento da tecnologia digital e do sistema de compartilhamento de arquivos, a facilidade encontrada na reprodução de obras intelectuais vem se tornando alvo de diversas manifestações por parte, principalmente, de empresas relacionadas à produção cinematográfica e musical, que alegam estar sofrendo sérios prejuízos econômicos em decorrência da acentuada reprodução não autorizada. Ao mesmo tempo, a procura por uma possibilidade de acesso cada vez mais livre a estes bens tem sido enorme, a ponto de tais práticas, a princípio ilegais, estarem se tornando amplamente aceitas no meio social.

Tal disputa de interesses deu ensejo a diversos processos judiciais como, por exemplo, o emblemático litígio envolvendo a *Recording Industry Association of America* e o programa Napster, que será descortinado mais adiante.

Todavia, por considerar que a crise que se observa atinge diversos segmentos da indústria que se alimenta da comercialização de bens intelectuais, escolhemos nos focar sobre a seara do cinema, com vistas à realização de uma pesquisa mais abrangente de sua situação hodierna e à proposição de soluções mais específicas para o problema.

Ora, o progresso na área das telecomunicações e, principalmente, da informática, “criaram novos padrões sociais, moldaram novos comportamentos, redirecionaram a economia e deram um impulso definitivo à globalização”¹. E diante da nova realidade, a Propriedade Intelectual e, particularmente, para o nosso caso, o Direito Autoral, foi catapultado a um nível de importância do qual ele não gozava anteriormente, e assumindo, portanto, a responsabilidade de trazer à luz as respostas para as discussões levantadas por esse desenvolvimento.

Os conflitos entre usuários das obras e os detentores dos direitos autorais não podem mais ser compostos pelas antigas respostas. Isto significa que nem mesmo a Lei 9.610/98, de uma década atrás, pode solucionar completamente os problemas da atualidade, ou, pelo menos, tem recebido um tratamento hermenêutico capaz de fazê-lo.

Diante do cenário atual, pode-se observar que “o direito de autor se transformou no direito do produtor, do distribuidor e do comercializador, muito mais do que do autor”², e este trabalho entende que a limitação dos direitos autorais é um caminho sem volta.

Obviamente, trata-se de trabalho monográfico de bacharelado que aborda, preliminarmente, alguns dos muitos aspectos da vasta celeuma Direito Autoral *versus* Desenvolvimento Tecnológico no âmbito do cinema. Contudo, espera-se contribuir para tornar o Direito mais próximo da realidade social atual e apresentar idéias que possam apontar o caminho para o futuro da Propriedade Intelectual e dos autores das obras audiovisuais.

¹ ROVER, Aires José. **Os Paradoxos da Proteção à Propriedade Intelectual**. In: KAMINSKI, Omar (org). **Internet Legal, o Direito na Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá. 2003. p. 1.

² BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. In: DRUMMOND, Victor (org). **Direitos Autorais e Temas Afins**. Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007. p. xiv.

2. O DIREITO AUTORAL TRADICIONAL

2.1. Evolução histórica dos Direitos Autorais

Antes de delimitar o problema analisado no ambiente das violações dos direitos autorais hodiernamente, cumpre realizar uma explanação a respeito das origens do sistema de proteção desses direitos. Entendo poder contribuir para o resultado desta pesquisa o estudo dos institutos quando do seu nascimento, em resposta a demandas sociais consignadas na historiografia.

2.1.1. No mundo

Não obstante as criações do espírito remontarem às origens da própria humanidade, a proteção dos Direitos Autorais é uma construção relativamente recente. Desde a mais remota antiguidade, o homem já alterava o seu meio para materializar as suas idéias. Prova disto são as pinturas encontradas em cavernas e esculturas milenares, descobertas por arqueólogos em diversas partes do mundo, mas o início da sua proteção remonta a alguns séculos atrás.

Na Antiguidade e na maior parte da Idade Média, dada a necessidade do trabalho dos copistas, uma vez que esta seria a única forma de se reproduzir obras originais, o controle da divulgação das idéias era exercido através das dificuldades existentes no próprio processo³.

O sistema anglo-americano de proteção dos Direitos Autorais, conhecido como *copyright* – que será melhor explicado posteriormente –, surgiu como uma manobra política dos soberanos ingleses diante da ameaça que representava a invenção da imprensa, pois com ela a veiculação das idéias seria muito mais dinâmico, o que poderia incluir obras cujo conteúdo criticasse o seu poder⁴.

³ VIANNA, Túlio Lima. **A Ideologia da propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor**. Disponível em <<http://tuliovianna.org/A%20ideologia%20da%20propriedade%20intelectual.pdf>>, último acesso em 19 de junho de 2008.

⁴Loc. Cit.

Em 1557, dezoito anos depois que Wiliam Caxton lá [na Inglaterra] introduziu a máquina de escrever (printing press), Felipe e Maria Tudor concederam à associação de donos de papelaria e livreiros o monopólio real para garantir-lhes a comercialização de escritos. A corporação, então, tornou-se uma valiosa aliada do governo em sua campanha para controlar a produção impressa (...) A esse privilégio no controle dos escritos chamou-se copyright, que nasceu, pois, de um direito assegurado aos livreiros, e não como um direito do autor dos escritos. Durou mais ou menos duzentos anos, e é a semente das leis (Statutes) relativas a esse direito herdadas pela Inglaterra, e, mais tarde, pelos Estados Unidos da América do Norte.⁵

Sendo assim, o *copyright*, tão defendido pela indústria cinematográfica norte-americana, surgiu não como um instituto jurídico cujo escopo seria a proteção do autor da obra, mas como um monopólio concedido aos editores, ou seja, aos detentores do capital necessário à reprodução da obra.

Nota-se que a criação da ideologia da propriedade intelectual está intrinsecamente ligada à criação do sistema capitalista⁶. O direito do autor sobre a obra é mitigado em favor daqueles que possuem os meios de produção.

Tal situação é semelhante ao que ocorre hoje em dia, em que as produtoras de cinema são as principais interessadas na manutenção da velha estrutura dos direitos autorais, buscando, das mais diversas formas, exercer pressão sobre aqueles que fazem uso do *download* e da compra de produtos piratas para obter acesso aos filmes.

Nos Impérios Romano e Grego, não existia a proteção dos direitos autorais tal como se vê hoje em dia, no entanto, ambos são conhecidos pelo “espetacular florescimento das mais variadas formas de expressão artística”, como o teatro, as artes plásticas e a literatura. As artes eram tão valorizadas que era costumeira a realização de concursos em que os autores vencedores eram coroados publicamente e, alguns deles, nomeados para cargos administrativos de grande vulto⁷.

Cabe salientar que a consciência do direito do autor sobre a criação, embora não fosse tão amplamente resguardada como nos tempos atuais, já existia na época de tais impérios. Em geral, os plagiadores eram desprezados pela sociedade e a própria palavra *plagium*, de origem latina e correspondente, no grego, ao sentido de “oblíquo” ou “doloso”, também servia, em

⁵ ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo, Ed. do Brasil, 2002, p. 28.

⁶ VIANNA, Túlio Lima. Op. Cit.

⁷ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 11.

Roma, para designar o homem que roubava ou seqüestrava outro, “ou vendia como escravo um homem livre”⁸.

Talvez o mais antigo relato de punição aos plagiadores seja o referido no “Tratado de Arquitetura de Vitruvius”⁹, acerca de concurso de literatura feito em Alexandria, no qual uma obra claramente de menor valor foi a vencedora, uma vez que todas as concorrentes eram, comprovadamente, cópias de outras já existentes. Aos plagiadores foi reservada a pena de expulsão da cidade pelo delito de furto.

Contudo, a proteção dos Direitos do Autor visava muito mais o seu caráter personalíssimo, que tem na questão da autoria o seu maior expoente, do que os direitos patrimoniais.

Vê-se, com clareza, que o alvorecer do direito autoral nada mais é que a composição de interesses econômicos e políticos. Não se queria, então, proteger prioritariamente a “obra” em si, mas os lucros que dela podem advir. É evidente que ao autor interessava também ter a obra protegida em razão da fama e da notoriedade que poderia vir a desfrutar, mas essa preocupação vinha, sem dúvida, por via transversa.¹⁰

No entanto, dois fatores somaram-se para que houvesse o fim do sistema de censura legal imposta pelo governo inglês, a saber: o crescimento da indústria editorial e a insatisfação dos autores com aquela normatização. Veio, pois, a ruir, em 1694, a censura sobre a edição dos livros e, portanto, o monopólio concedido aos editores de livros.

Começou a haver, então, uma articulação política por parte dos livreiros para que a proteção legal dos direitos autorais, leia-se *copyright*, passasse a tutelar não mais eles, mas, sim, os autores das obras. O objetivo desta mudança era que, como não havia possibilidade de retorno à proteção de que gozavam anteriormente, os livreiros esperavam que os autores cedessem a eles os direitos sobre suas obras, uma vez que tal manobra permitiria que o direito de cópia voltasse às suas mãos¹¹.

Foi assim que, em 1710, publicou-se o conhecido *Statute of Anne*, ou Estatuto da Rainha Ana. Este diploma legal foi sintetizado da seguinte forma: "An Act for the Encouragement of

⁸ ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001, p. 13, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 12.

⁹ REBELLO, Luiz Francisco. **Introdução ao Direito de Autor – Vol. 1**. Lisboa: Sociedade Portuguesa de Autores – Publicações Dom Quixote, 1994, pp. 29-30, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 12.

¹⁰ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 15.

¹¹ ABRÃO, Eliane Y. Op. Cit., p. 29.

Learning, by Vesting the Copies of printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies during the time therein mentioned" ou, traduzido para o vernáculo, "Ato de estímulo da Cultura, conferindo aos autores e compradores o direito às cópias de seus livros pelo tempo mencionado"¹². O tempo referido era de 21 (vinte e um) anos.

Apesar desta legislação se dirigir apenas à proteção das obras literárias, deve ser reconhecida a sua importância, uma vez que suas normas eram de caráter genérico, passando a ser aplicadas a todos, ao invés de consistir em privilégios como outrora.

A partir daí, segue a evolução dos direitos autorais pela Europa e até mesmo nos Estados Unidos, mas foi com a Revolução Francesa de 1789 que se proclamou, verdadeiramente, o princípio legal do direito de autor, como hoje é conhecido.

Rodrigo da Costa Ratto Cavalheiro comenta:

Os homens do denominado "Comité du Salut Public" estabeleceram a obrigatoriedade de autorização do autor para a representação de peças teatrais. A autorização do autor para qualquer tipo de comercialização de suas obras é apontada, ainda hoje, como única forma eficiente de se garantir a efetividade dos Direitos Autorais. (...)

Foi, então, a partir da Revolução Francesa, que as leis começaram a refletir o que conhecemos hoje como Direitos Autorais.¹³

O individualismo pregado pela Revolução Francesa, aliado aos ideais de *liberdade, igualdade e fraternidade*, ajudaram a construir o instituto do Direito Autoral tal qual ele vigora na atualidade, sendo esta modificação introduzida pela legislação francesa um dos elementos basilares do mesmo.

Não se repetiriam mais, para o futuro, pelo menos por falta de proteção teórica da lei, os espetáculos desoladores da filha de Strauss morrendo de fome, na mesma ocasião em que uma opereta paterna rendia milhões aos empresários, nem os dos filhos de Milliet assistindo, esfarrapados, a disputa, em leilão, das obras do pai, vendidas por este a negociantes de arte.¹⁴

Ainda assim, entretanto, os conflitos envolvendo questões autorais continuaram, o que levou representantes de diversos países a se reunirem em Berna, na Suíça, para elaborarem

¹² SANTIAGO, Oswaldo. **Aquarela do Direito Autoral** - História, Legislação e Comentários. Rio de Janeiro: Gráfico Mangione, 1946, p. 13, *apud* CAVALHEIRO, Rodrigo da Costa Ratto. **História dos Direitos Autorais no Brasil e no Mundo**. Piracicaba, disponível em

<http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/16_Artigo.html> , acessado em 01 de maio de 2008.

¹³ CAVALHEIRO, Rodrigo da Costa Ratto. Op. Cit.

¹⁴ SANTIAGO, Oswaldo, *op. cit.*, p. 15. *apud* CAVALHEIRO, Rodrigo da Costa Ratto. Op. Cit.

normas que estabeleceriam padrões básicos de proteção aos direitos autorais, alcançando os autores de obras artísticas e literárias.

Foi celebrada, então, a Convenção de Berna de 1886, que instituiu normas de direito material e normas de regulação de conflitos, servindo como base para as legislações internas de vários países, incluindo o Brasil, mesmo depois de mais de um século de sua elaboração¹⁵.

O art. 2º da Convenção de Berna estipula a definição de “obras literárias e artísticas”, definindo o seu objeto de tutela:

Art. 2º - Os termos ‘obras literária e artística’ abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras, as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ou da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por um processo análogo ao da fotografia; as de obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.¹⁶

E em seu art. 9º, o referido diploma reafirma que aos autores o direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou forma, o que mais uma vez confirma a magnitude da inovação francesa acima citada.

A Convenção de Berna é administrada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI, vinculada à Organização das Nações Unidas. Já a Convenção de Genebra, que será melhor explicada adiante, adotada pela comunidade internacional a partir de 1952, pertence à UNESCO, União das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura¹⁷.

Em 1994 foi assinado o acordo internacional TRIPS, e, portanto, o debate sobre este tema passou a ser dirigido pela Organização Mundial do Comércio, a quem o referido acordo pertence.

¹⁵ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 19.

¹⁶ Ibid. p. 18.

¹⁷ ABRÃO, Eliane Y. Op. Cit., p. 50.

2.1.2. No Brasil

Até a publicação da Lei Medeiros de Albuquerque, em 1898, mesmo 12 (doze) anos depois da Convenção de Berna, os direitos autorais no Brasil eram o que se pode chamar de terra de ninguém¹⁸.

Apesar de o Código Criminal de 1830 haver tipificado o crime de violação dos direitos autorais¹⁹, a Lei 496/1898, que recebeu aquele nome em homenagem ao seu autor, foi a primeira legislação brasileira a tratar especificamente da proteção dos direitos autorais.

Contudo, tal diploma foi revogado, em 1916, pelo Código Civil de Clóvis Beviláqua, que, no que tange aos direitos autorais, regulou o assunto nos capítulos “Da Propriedade Literária, artística e Científica”, “Da Edição” e “Da Representação Dramática”. Assim, recebeu o Direito de Autor a classificação e bem móvel e foi estabelecido o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a propositura de ação civil em virtude de violação a este tipo de direito²⁰.

Não obstante, posteriormente foram publicadas diversas leis, no sentido *lato*, que disciplinavam o tema dos direitos autorais até, dada a necessidade de se condensar em um texto único estas normas, surgiu a Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que vigorou no país até a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, ser publicada. Esta última é a lei que, ampla e suficientemente, embora necessite de uma certa adequação à realidade social, regula a matéria no Brasil, atualmente.

No âmbito constitucional, a primeira carta magna brasileira a tratar dos direitos autorais foi a de 1891, que, conforme explica Eliane Y. Abraão, citada por Sérgio Vieira Branco Júnior, “é o gérmen do arcabouço jurídico que definiu os direitos autorais em todos os anos

¹⁸ ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001, p. 23, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 20.

¹⁹ “Art. 261 – Imprimir, gravar, lithographar ou introduzir quaisquer escriptos ou estampas que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, em quanto estes viverem, e dez anos depois de sua morte, se deixarem herdeiros. Penas. Perda de todos os exemplares para o autor ou traductor, ou seus herdeiros, ou, na falta d’eles, do seu valor e outro, de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares. Se os escriptos ou estampas pertencerem a corporações, a proibição de imprimir, gravar, lithographar ou introduzir durará somente por espaço de dez annos”. Cf. CHAVES, Antônio. (ver página 20 do livro de Sérgio Vieira Branco Júnior).

²⁰ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 20.

posteriores”²¹. Em seguida, todas as demais constituições, com exceção da Carta de 1937, acolheram em seu corpo a tutela dos direitos autorais, não sendo diferente a atual Constituição de 1988, que lhes confere ampla proteção ao dispor, em seu art. 5º, o seguinte:

“Art. 5 – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;”

E além do que foi relatado, o Brasil foi signatário de inúmeros tratados internacionais versantes sobre a questão dos Direitos Autorais, como a Convenção Universal sobre Direito de Autor (Paris, 1971), a Convenção Interamericana sobre Direitos de Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas (Washington/DC, 1946), o Tratado sobre Registro Internacional de Obras Audiovisuais (Genebra, 1989), o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio TRIP’s (Marraqueche, 1994), entre outros²².

Nota-se, portanto, que o Brasil, desde o surgimento da República²³, com a Carta Magna de 1891, a Lei Medeiros de Albuquerque, e suas sucessoras, conferiu bastante importância à questão da proteção ao Direito Autoral, buscando sempre atualizar-se através de legislações nacionais e internacionais.

²¹ ABRÃO, Eliane Y. Op. Cit., p. 62, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 22.

²² CAVALHEIRO, Rodrigo da Costa Ratto. Op. Cit.

²³ O professor Antônio Chaves, todavia, remonta à 1827 a primeira expressão de tutela dos direitos autorais em solo brasileiro, com a lei de 11 de agosto de 1827, que criou as primeiras faculdade de Direito do país, em Olinda e em São Paulo. Esta lei determinava, em seu art. 7º, que “os Lentos farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de acordo com o systema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém, a aprovação da Assembléia Geral, e o Governo fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos”. CHAVES, Antônio. **Direito de Autor – Princípios Fundamenais**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1987, p. 28, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 19.

2.2. A natureza jurídica dos Direitos Autorais

A ideologia e, portanto, toda a estrutura sistemática dos Direitos Autorais se encontra fundada na composição do conflito existente entre dois interesses contrapostos: de um lado, a o desejo de “utilização imediata pela coletividade das obras criadas, com a finalidade de promoção e desenvolvimento social”²⁴ e, de outro, o objetivo, do autor, de retirar o máximo de aproveitamento econômico de sua obra. Esta divergência permeia toda a discussão acerca dos direitos autorais e a sua disciplina pelas legislações nacionais e internacionais, podendo-se perceber que, por opção do legislador, ora o Direito positivo pode pender para um lado e ora, para outro. Porém isto será tratado mais adiante e, por hora, dedicar-se-á a tratar da natureza jurídica desses direitos.

Todas as teorias que buscam explicar a natureza jurídica dos direitos de autor são variantes de cinco principais, a saber:²⁵

- a) Teoria da propriedade (clássica), segundo a qual o autor possui um direito real sobre a sua obra, uma vez que ela se trata de um bem móvel;
- b) Teoria da personalidade, que diz ser a obra uma extensão da personalidade do seu autor e, portanto, não pode ser dissociada dela;
- c) Teoria dos bens jurídicos imateriais, que reconhece que o autor possui um direito real, absoluto e *sui generis* sobre a obra, porém também, coexistindo a este, um direito de personalidade oriundo da relação jurídica de natureza pessoal entre autor e obra;
- d) Teoria dos direitos sobre bens intelectuais, que seria o direito das coisas incorpóreas, ou seja, as obras tuteladas pelos direitos autorais e pela propriedade industrial; e

²⁴ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 26.

²⁵ NETTO, José Carlos da Costa. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo, Ed. FTD, 1998, p. 47, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 27.

- e) Teoria dualista, defendida por Henry Desbois, que seria capaz de conciliar as teorias “c” e “d”, de acordo com Jessen, entende que coexistem dois direitos, um patrimonial e outro de personalidade.

Embora a teoria dualista não seja pacífica, ela tem sido considerada a que melhor conceitua o direito de autor, ao atribuir a ele uma natureza híbrida ou *sui generis*²⁶.

Portanto, entende-se que o direito de autor comporta um direito patrimonial, transferível onerosa ou gratuitamente pelo autor ou seus herdeiros a quem desejar, enquanto a obra não cair em domínio público, podendo o autor, inclusive, renunciar a este direito; e, ao mesmo tempo, independentemente, um direito moral ou pessoal, caracterizado por ser extrapatrimonial, intransferível, vitalício, imprescritível, impenhorável, *erga omnes*, entre outros, conforme opinião de Carlos Alberto Bittar²⁷, que diz também o seguinte, à respeito da natureza *sui generis* dos direitos autorais:

(...) os direitos autorais não se cingem, nem à categoria dos direitos reais, de que se revestem apenas os direitos denominados patrimoniais, nem à dos direitos pessoais, e que se alojam os direitos morais. Exatamente porque se bipartem nos dois citados feixes de direitos – mas que, em análise de fundo, estão, por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incidível – não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem nova modalidade de direitos privados²⁸.

Destarte, os direitos morais do autor são os vínculos permanentes que ligam autor e obra, para a realização da defesa de sua personalidade²⁹, enquanto os direitos patrimoniais são o “conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público”³⁰.

Ao contrário dos direitos morais, os de cunho patrimonial não podem ser perpétuos e nem podem ser cedidos “em perpetuidade”³¹, uma vez que a lei confere um prazo para que a obra caia

²⁶ NETTO, José Carlos da Costa. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo, Ed. FTD, 1998, p. 49, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 28.

²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade** – 5ª Ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar – Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 2001, p. 11, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 28.

²⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 2001, p. 11, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 28.

²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Op. Cit., p. 47, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 29.

³⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Op. Cit., p. 49, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 30.

³¹ ABRÃO, Eliane Y. Op. Cit., p. 80, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 31.

no chamado “domínio público”, que é quando a obra torna-se disponível para o uso em geral por terceiros, independentemente de autorização do autor ou do cessionário dos seus direitos, devendo, no entanto, ser respeitada a indicação da autoria da obra, pois este é um direito moral do autor e, logo, inextinguível. Pode um terceiro, então, desde que a obra esteja em domínio público, utilizá-la, inclusive, para fins comerciais, mas não pode atribuir para si a sua autoria.

2.3. *Copyright* e Direito de Autor

Por força dos movimentos históricos que delinearam os contornos dos direitos autorais na Europa, e, por conseguinte, no mundo, surgiram duas formas distintas, porém não inteiramente incompatíveis, de regulação de matéria.

A primeira chama-se *copyright* e é a adotada com primazia pelos países anglo-saxões, cujos principais exemplos são Inglaterra e Estados Unidos. Ele advém da época da criação do monopólio da cópia concedido aos livreiros, logo após a invenção da imprensa por Johannes Gutemberg, e foi consolidado pelo Estatuto da Rainha Ana. Fica claro, portanto, a razão do seu nome, “direito de cópia”, pois não visa, por excelência, à tutela dos direitos morais do autor, e sim aos de cunho patrimonial. Sua especial ênfase é, portanto, a proteção legal da exploração econômica da obra.

Com a evolução histórica do formato primitivo, devido à pressão feita pelos autores, a proteção legal também estabeleceu prerrogativas para os autores, e a indústria da cópia passou a receber dos autores o seu *copyright*, ou seja, a autorização para a duplicação e exploração de sua obra. Aos autores, porém, ficava reservada a sua participação nas vendas dos exemplares, através do pagamento de um percentual incidente sobre o valor delas, também chamado de *royalties*, uma forma de manifestação dos seus direitos patrimoniais³².

Já nos países de tradição romana, o sistema dominante é o do “direito de autor”, que, atualmente, é o adotado pela maioria da Europa, pela América Latina e, logo, também pelo Brasil. Neste meio, há que se dar destaque à França, que foi o berço da valorização moral da

³² ABRÃO, Eliane Y. Op. Cit., p. 32.

figura do autor e não do editor ou publicador, vastamente influenciada pelos princípios do iluminismo. Assim, sem prejuízo da segurança da exploração comercial, foi reconhecida, pela primeira vez, a primazia dos direitos morais do autor.

Segundo estudiosos, os autores e artistas franceses não se curvaram ao monopólio das indústrias e dos comerciantes, como os ingleses, exigindo direitos de ter seus nomes vinculados, ostensiva e permanentemente, à obra, de escolher o editor a quem confeririam ou não os poderes de comercialização da obra, e de manter intacto o seu conteúdo³³.

Os dois sistemas permaneceram díspares até a metade do século XX, quando, na tentativa de haver uma melhor regulamentação internacional dos direitos autorais, foi criada a Convenção Universal de Genebra, semelhante em propósito à de Berna, mas, agora, com uma nova vertente: a predominante influência do poder político e econômico dos Estados Unidos.

Havia uma séria incompatibilidade entre a Convenção de Berna e a lei norte-americana, como, por exemplo, a questão do registro da obra como requisito para a sua proteção legal – os Estados Unidos a exigiam e a Convenção a considerava irrelevante – e a divergência de ênfases entre elas, pois enquanto Berna valorizava o direito do autor, a outra legislação priorizava a indústria.

Contudo, a Convenção Universal de Genebra polarizada pelo interesse norte-americano, não pode proporcionar uma igualitária convergência dos antagônicos sistemas do *copyright* e do direito de autor, o que apenas veio a ocorrer com a realização do TRIPS, da OMC, que, por um lado, afastou a exigência do registro das obras para a sua proteção, acatando a libertação do formalismo estabelecida pela Convenção de Berna, e, por outro, esvaziou as obrigações relativas aos direitos morais preconizados por esta.

³³ Loc. Cit.

3. A PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS AUTORAIS NA ERA DIGITAL

A questão em epígrafe é de suma importância, uma vez que a propriedade intelectual corresponde a 20% (vinte por cento) do comércio mundial³⁴ e as novas tecnologias acabaram por colocar em risco a atividade econômica da indústria do entretenimento, baseada no modelo tradicional da compra e venda de seus produtos, ao mesmo tempo que impõe um xeque-mate ao antigo sistema de direitos autorais.

De fato, o regime jurídico atual dos direitos autorais é uma das bases sustentadoras do lucro destas empresas, uma vez que a proibição genérica da cópia privada integral e do compartilhamento de arquivos – que não deixa de ser uma forma de cópia – seja no sistema anglo-saxão do *copyright* ou do Direito de Autor do continente europeu, pois impede um acesso mais amplo às obras criadas, gerando a escassez, necessária à atividade econômica.

Como se sabe, o que faz um bem ser economicamente apreciável é a sua escassez. Por isso é que o ar, apesar de ser o recurso natural mais importante para a nossa sobrevivência não é um bem comerciável, uma vez que o mesmo é encontrado em abundância e ao acesso livre de todos. Contudo, no mundo digital não há escassez, pois uma obra pode ser copiada infinitamente, sem prejuízo da original³⁵. Daí a preocupação visivelmente mercadológica em se proibir a cópia, pois isto tenderia a “arruinar” o comércio destas obras.

Acontece que tal qual próprio mundo e dinâmico, tais são as relações sociais e o comércio não poderia escapar à regra. Imaginar que um modelo comercial de séculos, qual seja, a exploração econômica dos bens intelectuais, deva permanecer imutável frente aos avanços tecnológicos e às transformações sociais advindas deste chega a ser até mesmo ingênuo.

Tendo em vista o problema sócio-econômico que os novos tempos nos trazem, o Direito, como fator de organização social, não pode ficar silente. E ainda mais: como o Direito é inerente à sociedade e existe para servi-la e não como um fim em si mesmo, devem as mentes jurídicas estar atentas ao clamor social, buscando um meio termo, uma verdadeira forma de composição

³⁴ HARRIS, Lesley Ellen. *Digital Property – The Currency of the 21st Century*. McGraw Hill, 1998, p. 17., *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 48.

³⁵ VIANNA, Túlio Lima. Op. Cit.

dos interesses antagônicos existentes e não primar pela manutenção de institutos jurídicos arcaicos, como se as regras tivessem, sempre, que ser ditadas pela minoria que detém o poder econômico.

Cientes desta responsabilidade, passaremos à exposição do problema em termos sucintos, porém bastante práticos, tendo como objeto a reprodução digital não-autorizada de obras na atualidade, sendo incluídos no conceito de reprodução a cópia privada e a troca de arquivos pela internet.

3.1. O impacto da reprodução digital não-autorizada no Brasil e no mundo

A razão básica da proteção do direito de reprodução da obra ser condicionada à autorização do autor reside no antigo princípio de que esta seria a forma mais eficaz de o mesmo ser remunerado pelo que criou.

Contudo, na busca pela informação, a sociedade, em especial, a parcela da população desprovida de meios financeiros para obter o acesso aos bens intelectuais pela maneira tradicional, mas sem deixar de considerar que a classe média também é uma das principais contribuintes destas práticas, recorre às cópias não-autorizadas, todas ilegais segundo a legislação em vigor.

O acesso a estas cópias se dá, basicamente, através de três formas:

a) Pessoal – uma pessoa, possuidora da obra original, a empresta a alguém, que faz a cópia, ou faz ela mesma a reprodução para o destinatário. Esta cópia, em seguida, pode, ou não, continuar sendo reproduzida, da mesma forma de antes;

b) Através da *internet* – é uma espécie de reprodução semelhante à anterior, contudo, difere-se pelo fato de que a obra, disponibilizada virtualmente na rede mundial de computadores, é copiada por diversos usuários que não se conhecem e em escala infinitamente superior àquela; e

c) Criminosa – aqui a cópia perde o seu caráter de compartilhamento e se torna fonte de lucro para aqueles que não possuem o direito de explorá-la economicamente, os vulgos “piratas”.

Diante desta situação, a indústria, em diversos setores, como cinema, música e de *softwares*, afirma perder uma imensa parcela de seu lucro, fornecendo estatísticas incongruentes na tentativa de conscientizar a população e o governo de que a prática da pirataria seria absurdamente lesiva aos seus negócios.

A *Motion Pictures Association of América* disponibilizou em seu site³⁶ os seguintes dados sobre o prejuízo causado pela pirataria de filmes na América Latina:

Latin America Piracy Losses (US\$ millions) 2005					
Latin America	*Total Revenue Loss (USD \$ M)	Theatrical	Video	Total Estimated Market without Piracy	Total Market Losses due to Piracy %
Argentina	318	92	226	895	96%
Brazil	101	19	83	464	22%
Chile	10	3	7	44	59%
Colombia	41	12	29	124	89%
Costa Rica	2	1	1	6	100%
El Salvador	1	0	1	3	100%
Guatemala	3	1	2	9	82%
Honduras	0	0	0	1	62%
Mexico	483	117	366	778	62%
Panama	1	0	1	11	23%
Paraguay	3	1	2	7	94%
Peru	12	4	8	39	82%
Dominican Republic	3	1	2	9	96%
Uruguay	7	2	5	20	88%
Venezuela	30	9	21	98	82%
Note: 2006 - Bootleg Piracy Rate:					
Brazil - 59%					
Mexico - 89%					
* 2005 MPA Memco Revenue Loss by Source of Piracy					
Source: MPA					

Segundo esta estimativa, em 2005, o mercado brasileiro teve uma perda de 19 milhões de dólares em bilheteria de cinemas e de 83 milhões no mercado de vídeo, totalizando uma perda de receita de 101 milhões.

³⁶ Disponível em: <<http://www.mpaa.org/LatinAmericaPiracyFactSheet.pdf>>, último acesso em 03 de abril de 2008.

No entanto, apesar deste trabalho não pretender fazer qualquer apologia à prática da pirataria, é necessário explicar que o argumento utilizado pela indústria com base em estatísticas de uma espécie de lucro cessante não se coaduna com a realidade, mas é exagerada. Ora, o que se pretende passar por meio destas equivocadas análises de mercado é que uma pessoa que compra 10 (dez) DVDs piratas deixou de fornecer à indústria o lucro correspondente à venda da mesma quantidade de DVDs originais. Isto é, obviamente, um absurdo, pois a renda de uma pessoa que permite que ela adquira uma certa quantidade de produtos falsificados e, portanto, mais baratos, será a mesma diante dos originais. Ou seja, se um indivíduo dispõe de apenas R\$ 100,00 (cem reais) para investir em entretenimento, ele pode comprar 10 DVDs piratas que custam R\$ 10,00 reais cada um, mas não poderá comprar os 10 DVDs originais que custam, em média, de R\$ 30,00 a R\$ 45,00 cada um, uma vez que ele não possui capacidade financeira para tanto. Mesmo se ele deixasse de comprar os “piratas”, não significa que, obrigatoriamente, compraria a mesma quantidade X de DVDs originais³⁷.

Hélio Gurovitz, em seu artigo “Somos todos piratas”, publicado pela revista Exame, em 2002, já afirmava que “(...) qualquer estimativa de receitas perdidas para a pirataria digital não passa de fantasia da indústria. O mercado consumidor de bens digitais tem o tamanho que tem, não o tamanho que os fabricantes imaginam que teria”³⁸.

Em síntese, uma pessoa que compra um produto pirata faz isto pelas únicas razões de não poder adquirir o produto original, seja por ele não estar acessível materialmente a ela, ou, como é o caso mais comum, pela simples razão de a aquisição do produto original não ser economicamente viável diante de sua renda.

Os altos índices de pirataria são, no mínimo, reflexos dos altos preços e indicativos de um sistema de negócios equivocado³⁹.

Acontece que, no momento atual, o modelo de remuneração com base na venda de, principalmente, obras capazes de serem reproduzidas em meio digital, encontra-se em grave

³⁷ Cf. <<http://www.americanas.com.br/home/begin.do?home=AcomDept&departmentId=589&primaryGroupId=589&show=newReleaseGroups>>, acesso em 01 de junho de 2008. No site de vendas da empresa Americanas.com, o DVD do filme “Eu Sou a Lenda”, lançamento, custava R\$ 44,90 e sua edição especial R\$ 49,90.

³⁸ GUROVITZ, Helio. **Somos todos piratas**. Exame, nº 9, 2002, p.34, *apud* ROVER, Aires José. **Os Paradoxos da Proteção à Propriedade Intelectual**. In: KAMINSKI, Omar (org). **Internet Legal, o Direito na Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá. 2003. p. 1.

³⁹ ROVER, Aires José. Op. Cit., p. 1.

crise. O avanço tecnológico colocou em xeque o retorno financeiro das produtoras e distribuidoras de filmes com a venda de seus produtos, em virtude da facilidade de se realizar uma cópia digital de uma obra.

Eduardo Lycurgo explica:

Uma cópia digital é uma cópia potencialmente perfeita que tem qualidade idêntica ao original e de uma cópia digital pode-se fazer quantas gerações de cópias digitais se desejar, sendo que todas as gerações terão a mesma qualidade e capacidade do original, salvo se ocorrer algum problema no processo de leitura eletrônica da obra⁴⁰

Assim, com a facilidade de reprodução de um filme digital, em parte proporcionado pela implantação e dominação do *Digital Video Disc*, ou, como é popularmente conhecido, do DVD, tornou-se praticamente impossível que o autor, ou melhor, o detentor dos direitos, no caso as empresas distribuidoras e as produtoras, exerçam qualquer controle sobre as cópias. Desta forma, o avanço tecnológico e o acesso de boa parte da população a essas novas tecnologias rapidamente levaram o antigo modelo internacional de *copyright* e o nacional de proibição da cópia privada à obsolescência.

Curiosamente, o debate não vem de hoje, mas sim de 1976, quando surgiu o “falecido” vídeo-cassete, considerado o “primeiro suporte de cópias ‘ilegais’ de filmes em grande escala”, ensejando um litígio judicial entre a empresa Sony e os estúdios Disney e Universal, que será analisado ainda neste capítulo. Tal polêmica, entretanto, tomou o vulto atual quando a internet, no final do século passado, se consolidou como uma rede de circulação de dados com dimensões globais. A situação, no entanto, se complica ainda mais, com a implementação das chamadas “bandas largas”, que permitem o *download* de filmes em um tempo relativamente pequeno – algumas horas⁴¹.

Logo, a reprodução ilegal de filmes pela internet se tornou uma ameaça gigante e praticamente incontrolável, e a situação que vemos hoje em dia já pode ser considerada como irreversível. Milhões de usuários da rede mundial de computadores “baixam”, todos os dias, uma

⁴⁰ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de Autor**. Brasília, Ed. Brasília Jurídica, 2004, pp. 215-216, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 58.

⁴¹ GERBASE, Carlos. **Enxugando gelo: pirataria e direitos autorais de obras audiovisuais na era das redes**. Disponível em <http://www.compos.org.br/files/09_gerbase.pdf>, último acesso em 04 de maio de 2008.

quantidade infindável de filmes, principalmente através do sistema de compartilhamento de arquivos, denominado *peer-to-peer*⁴², ou através do protocolo *BitTorrent*⁴³.

Alguns dos filmes disponibilizados na internet são obtidos através de filmagem da própria tela de cinema, o que prejudica sensivelmente a qualidade da cópia, enquanto outros são cópias de um DVD original, geralmente através de *softwares* próprios para isto.

Dentre os programas de computador necessários para que se realize a cópia de um DVD, estão dois tipos de fundamental importância: um que realiza a quebra do código de segurança anti-cópia do DVD e outro, que permite a compactação do conteúdo do original para que possa ser gravado num suporte físico, denominado “mídia”, menor. Isto acontece porque os filmes que vão

⁴² “Geralmente, uma rede *Peer-to-Peer* é constituída por computadores ou outros tipos de unidades de processamento que não possuem um papel fixo de cliente ou servidor, pelo contrário, costumam ser considerados de igual nível e assumem o papel de cliente ou de servidor dependendo da transação sendo iniciada ou recebida de um outro *par* da mesma rede.

Os nós da rede Par-a-Par podem diferir em termos de configuração local, capacidade de processamento, capacidade de armazenamento, largura de banda, entre outras características particulares. O primeiro uso da expressão *Peer-to-Peer* foi em 1984, com o desenvolvimento do projeto *Advanced Peer-to-Peer Networking Architecture* na IBM.

O termo é utilizado em diferentes tecnologias que adotam um modelo conceitual **ponto-a-ponto** (em Portugal, conhecido como *par-a-par*), tal como o protocolo NNTP (para *Usenet News*), SMTP (para envio de mensagens eletrônicas - *e-mail*), e sistemas de troca de mensagens instantâneas (ICQ, MSN). Porém, o termo tornou-se popular com o surgimento de aplicações de compartilhamento de arquivo, em outras palavras, programas que possibilitam a distribuição de arquivos em rede, permitindo o acesso de qualquer usuário dessa rede a este recurso. Outros tipos de recursos podem ser compartilhados em redes Par-a-Par, tal como capacidade de processamento de máquinas, espaço de armazenamento de arquivos, serviços de programas (*software*, em inglês) - analogamente aos *Web Services*, entre outros.

Em 1999, Shawn Fanning criou o Napster, para compartilhamento de arquivos de música (principalmente MP3), e trouxe o conceito de Par-a-Par para a mídia, principalmente após tornar-se alvo de ataques jurídicos por parte das companhias fonográficas.

Após o Napster, dezenas de outras aplicações Par-a-Par foram lançadas: DreaMule, Ares, LimeWire, iMesh, WinMX, AudioGalaxy, Kazaa, Gnutella, Freenet, Shareaza, eDonkey, eMule, aMule, Bearshare, ANts P2P, entre outros.” (WIKIPEDIA, disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>>, último acesso em 04 de maio de 2008)

⁴³ “**BitTorrent** é um protocolo de processamento rápido que permite ao utilizador fazer download (descarga) de arquivos indexados em websites. Essa rede introduziu o conceito "partilhe o que já descarregou" maximizando muito o desempenho e possibilitando downloads rápidos e imediatos. Foi criado por Bram Cohen em 2003 e tem sido o alvo nº1 de empresas que lutam em defesa da propriedade intelectual, devido a alegações de violação de copyright autoria de alguns arquivos transmitidos pela rede.

Na rede BitTorrent os arquivos são quebrados em pedaços de geralmente 256Kb. Ao contrário de outras redes, os utilizadores da rede BitTorrent partilham pedaços em ordem aleatória, que podem ser reconstituídos mais tarde para formar o arquivo final. O sistema de partilha otimiza ao máximo o desempenho geral de rede, uma vez que não existem filas de espera e todos partilham pedaços entre si, não sobrecarregando um servidor central, como acontece com sites, portais, de downloads por exemplo. Assim, quanto mais utilizadores entram para descarregar um determinado arquivo, mais largura de banda se torna disponível.” (WIKIPEDIA, disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/BitTorrent>>, último acesso em 04 de maio de 2008)

para o mercado são disponibilizados em mídias digitais de, aproximadamente, 7 a 11 Gb, quando os suportes para gravação que geralmente são encontrados no mercado são de 4.7 Gb.

Conforme disse Eliane Y. Abrão, em entrevista à revista *Visão Jurídica*, em relação ao impacto da internet sobre o direito autoral:

A internet mudou o conceito de reprodução, que é a base do direito autoral, e dificultou enormemente a fiscalização do autor ou titular desse direito. A máquina de imprensa deu início ao *copyright*, corpo de leis que originou a matéria, e a internet, se não significar o seu fim, dará início à sua remodelação.⁴⁴

Pensando nessa realidade, a indústria tem se armado ferrenhamente na tentativa de combater a pirataria e a reprodução ilegal, valendo-se de diversos meios, uns menos, outros mais drásticos.

Do primeiro tipo, poder-se-ia citar a criação de sites oficiais que disponibilizam filmes para *download*, porém de forma controlada e com restrições, como a exigência de pagamento ou, quando de graça, com a estipulação de um prazo de licença para que o usuário possa assistí-lo, ao término do qual o respectivo arquivo digital terá seu acesso invalidado, e não sendo permitida a reprodução do filme em qualquer suporte.

Já quanto aos meios mais “pesados”, Hollywood tem feito pressão pela aprovação, no Congresso Americano, do denominado *Induce Act*, que, segundo Nehemias Gueiros Jr., “transformaria em ilegais todas as empresas envolvidas na troca de arquivos via Internet, sujeitando-as às penalidades da legislação com pesadas multas e até encerramento de suas atividades”⁴⁵. E há também o *Pirate Act* em trâmite, mas os opositores consideram tais leis projetos inconstitucionais, pois exporia usuários a processos judiciais mesmo que não tivessem realizado qualquer *download*⁴⁶.

Na área musical, a celeuma norte-americana tem se acirrado de forma gritante, conforme notícia veiculada pelo jornal O GLOBO, em 03 de março de 2008. De acordo com ela, as universidades nos Estados Unidos estão se manifestando contra os processos por *download* ilegal movidos pela associação das gravadoras americanas, a *Recording Industry American Association*.

⁴⁴ Revista *Visão Jurídica*, 2008, nº 9, p. 62.

⁴⁵ GUEIROS JR, Nehemias. **Pirataria: o exemplo americano**. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, último acesso em 04 maio de 2008.

⁴⁶ Loc. Cit.

A Universidade do Maine, através do seu escritório legal, passou a defender judicialmente seus alunos e a Escola de Direito da Universidade de São Francisco, na Califórnia, está auxiliando até mesmo pessoas de fora do seu corpo discente⁴⁷.

Além disso, foi aprovada, em 08 de outubro de 1998, nos Estados Unidos, a primeira lei sobre mídia digital, denominada *Digital Millenium Copyright Act*, que introduziu várias mudanças no Título 17 do *US Code*, como a responsabilidade de provedores de internet em relação a obras protegidas e em uso na rede e a alteração das sanções civis e penais sobre violações dos direitos autorais, além da avaliação do impacto do comércio eletrônico em relação às leis autorais⁴⁸. Fora isto, a DMCA também criminaliza a produção e distribuição de tecnologia que permita burlar medidas de proteção dos direitos de autor. É o caso, por exemplo, do desenvolvimento de um *software* que consegue “decifrar” e “quebrar” os códigos de segurança anti-cópia colocados nos DVDs comerciais⁴⁹.

No Brasil, além da criação de Delegacias especializadas na apuração de crimes contra a propriedade intelectual, também foi criado o Conselho Nacional de Combate à Pirataria, ligado ao Ministério da Justiça.

Somando-se a isto, Manuel Almeida ainda destaca outra forma de ação da indústria cinematográfica:

O ápice, até o momento, dessa verdadeira Cruzada antipirataria foi atingido com a campanha mundial da Associação de Defesa da Propriedade Intelectual (Adepi) divulgada maciçamente nas salas de cinema, fitas e DVDs (inclusive “piratas”). Embalado por uma trilha sonora agitada, o *video clip* intercala diversas cenas de furto com as seguintes legendas: “Você não roubaria um carro”. “Você não roubaria uma bolsa”. “Você não roubaria um celular”. Sempre inquieta, a câmera flagra diversos furtos simulados, finalizando com atores furtando uma locadora e comprando filmes de um camelô, imagens que antecedem a acintosa pergunta: “Por que você roubaria um filme?”. O silogismo é barato e a conclusão, estapafúrdia: “Comprar filme pirata é roubar. Roubar é crime. Pirataria é crime!”⁵⁰

⁴⁷ **Academia reage contra a RIAA**. O GLOBO, publicado em 03 de março de 2008.

⁴⁸ ABRÃO, Eliane Y. Op. Cit., p.54.

⁴⁹ LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro, Ed. FGV, 2005, p. 171.

⁵⁰ ALMEIDA, Manoel. **Tabu pirata – Download de filmes e livros para uso privado não é crime**. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/58709,1>>, último acesso em 04 de maio de 2008.

Conforme o próprio autor salienta, “esta premissa é despida de qualquer sentido e fundamentação legal”⁵¹, pois roubar, segundo o art. 157 do Código Penal, é “subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”, e não comprar filme pirata. Tal comportamento poderia, no máximo, ser enquadrado no tipo penal “receptação”⁵².

Já para Carlos Gerbase, a indústria cinematográfica vem tentando vencer sua guerra fazendo uso de uma falácia simples⁵³:

A preocupação quanto aos direitos autorais é imputada, antes de mais nada, aos próprios autores. Seriam estes os grandes prejudicados com a pirataria, à medida que, numa distribuição ilegal, não recebem os ‘royalties’ da venda de suas obras. Essa afirmação é muito utilizada na argumentação de quem combate a pirataria, pois é muito mais conveniente, do ponto de vista retórico, vitimizar um sujeito, uma pessoa física (o autor da obra), do que uma corporação (que reproduz e distribui a obra).

E continua, de maneira contundente, afirmando que “ao confundir estas duas esferas no âmbito da expressão ‘direito autoral’, escondem-se os interesses econômicos de maior monta sob a figura do ‘pobre autor que está sendo roubado’”⁵⁴.

Obviamente, ainda que os mais prejudicados financeiramente nesta questão sejam os produtores e distribuidores, os autores serão afetados ao final dessa cadeia, uma vez que são aqueles que, na verdade, remuneram estes, e não o público. Dependendo do contrato celebrado, a remuneração dos autores⁵⁵ pode se dar através de uma quantia fixa ou de uma porcentagem da bilheteria, o que também não invalida a assertiva anterior, ao contrário, também a confirma.

Sendo este o quadro atual, que alternativas poderiam ser implementadas, na tentativa de se compor interesses tão antagônicos? Como conciliar o direito do autor de se remunerar pela sua obra com o da sociedade de usufruir desta com cada vez mais liberdade e, se possível, gratuitamente?

⁵¹ Loc. Cit.

⁵² Art. 180 do Código Penal: Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.

⁵³ GERBASE, Carlos. Op. Cit.

⁵⁴ Loc. Cit.

⁵⁵ Aqui se fala, na verdade, do roteirista, do compositor da trilha sonora e do diretor, pois a legislação brasileira atribui a estes a autoria da obra audiovisual, na qualidade de co-autores. Cf. Lei 9.610/98, art. 16.

Segundo Isaac Pilati, “a tendência parece apontar para uma redefinição das limitações ao Direito Autoral e para o barateamento da utilização, em face da massificação e dos baixos custos de distribuição”⁵⁶.

É preciso encontrar um equilíbrio nessa balança, pois, ao mesmo tempo em que não se deve permitir o uso indiscriminado de obras alheias, por exemplo, na criação de obras novas, também não se deve proibir todo e qualquer uso dessas obras, o que impediria, em última análise, o desenvolvimento social⁵⁷.

3.2. Quatro casos interessantes sobre o tema

Dentro da análise do atual problema, cabe destacar quatro casos interessantes que ilustram bem a gravidade situação, ao mesmo que trazem à luz diferentes nuances acerca da mesma.

O primeiro é o processo judicial movido pela Universal Studios e a Walt Disney contra a Sony, sobre a violação de direitos autorais proporcionada pelo seu videocassete Betamax.

O segundo trata do litígio entre o primeiro programa que utilizava o sistema *peer-to-peer* disponibilizando para *download* arquivos de obras protegidas por direitos autorais, o famoso Napster, e RIAA.

O terceiro representa um caso semelhante ao anterior, pois também se insere no contexto do compartilhamento de arquivos entre usuários, mas, desta vez, envolvendo uma grande empresa do ramo cinematográfica.

Já o último é o mais recente e não envolve disputa judicial, ao menos por enquanto. Trata-se da “explosão pirata” que marcou o lançamento do longa-metragem brasileiro “Tropa de Elite” e seus efeitos.

⁵⁶ PILATI, Isaac. **Direitos Autorais e Internet**. In: ROVER, Aires J. (org). Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis, Ed. Boiteux, 2000, *apud* ROVER, Aires José. 2003. p. 6.

⁵⁷ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 63.

3.2.1. O caso Universal/Disney V. Sony

Como já foi mencionado anteriormente, em 1976, a Universal City Studios e a Walt Disney Production processaram, no estado norte-americano da Califórnia, a Sony Corporation e algumas lojas que comercializavam o videocassete Betamax à varejo.

A Sony Corporation havia desenvolvido um produto – o extinto Betamax –, que permitia aos consumidores gravar filmes e programas de televisão, sendo que, no caso, alguns deles eram protegidos por direitos autorais, cuja titularidade pertencia às autoras da ação. Para estas, a Sony Corporation estaria se beneficiando da desta violação dos direitos autorais e, por isso, deveria ser responsabilizada.

Conforme explica Lawrence Lessig, citado por Sérgio Vieira Branco Júnior, a Sony havia decidido, com efeito, produzir o Betamax de modo que permitisse a gravação de programas televisivos e não apenas isso, mas também o fez de forma bastante simples para que os consumidores achassem a sua prática nada complicada. Ela não poderia ter criado seu produto “de modo a bloquear ou inibir qualquer gravação direta da rede de programas televisivos”, ou, numa alternativa, desenvolvido-o “para apenas copiar o programa se houvesse um sinal de ‘cópia autorizada’”⁵⁸.

Guilherme Carboni comenta o mesmo caso, relatando que a decisão de primeira instância foi favorável à Sony Corporation, entendendo que a simples gravação dos programas de televisão para uso privado, sem que houvesse a sua comercialização ou reprodução pública não violaria os direitos autorais e, ainda, pela mesma razão, não gerava um impacto econômico negativo para as autoras⁵⁹.

Entretanto, insatisfeitas, a Universal e a Disney apelaram e a Corte de Apelações, por sua vez, anulou a decisão recorrida, por considerar a prática em tela não se enquadrava nos limites do *fair use*, não sendo sequer necessário às mesmas provarem em juízo o seu prejuízo financeiro,

⁵⁸ LESSIG, Lawrence. **Free Culture – How Big Media Uses Technology and Law to Lock Down Culture and Control Creativity**. New York, The Penguin Press, 2004, pp. 75-76, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 105.

⁵⁹ CARBONI, Guilherme. **A Função Social do Direito de Autor**. Curitiba, Ed. Juruá, 2006, p. 211.

pois a gravação em massa dos programas de televisão através dos videocassetes acabaria por produzi-lo⁶⁰.

Por fim, o caso foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que decidiu no sentido de o que o uso do videocassete estaria, sim, dentro do *fair use*, devido ao *time-shifting*, que permitia aos consumidores do Betamax assistirem a seus programas de televisão posteriormente, quando lhes fosse mais conveniente⁶¹. A Corte entendeu, também, que o problema do acesso aos programas não se resumia, apenas, à questão da “conveniência”, mas estava limitado também pela necessidade básica de se trabalhar e pela prática competitiva da “contraprogramação” e sustentou, ainda, que a Sony Corporation não era responsável por contribuir para a violação de direitos autorais⁶².

Além disso, um argumento de suma importância foi o de que o videocassete poderia ser utilizado de uma série de formas que não violariam direitos autorais, como a gravação e edição de vídeos caseiros e, até mesmo, a gravação de materiais não protegidos ou cuja cópia fosse autorizada pelo titular⁶³.

3.2.2. O caso Napster

Se no passado a Justiça norte-americana foi condescendente com a chamada “cópia privada”, o mesmo não aconteceu diante deste caso.

O Napster era um programa ‘ponto a ponto’ desenvolvido em 1999 pelo estudante Shawn Fanning que buscava superar a dificuldade em formato MP3 na *internet*. Até então, as músicas em formato MP3 eram disponibilizadas principalmente por meio de servidores FTP que, em geral, ficavam no ar apenas até uma grande gravadora encontrar o servidor e enviar uma mensagem ameaçando deflagrar um processo judicial. Para superar essa dificuldade, Fanning projetou um sistema ponto a ponto, em que usuários poderiam acessar arquivos em pastas compartilhadas em computadores de outros usuários através de *links* recolhidos por um servidor. Assim, suprimia-se a mediação dos

⁶⁰ CARBONI, Guilherme. Op. Cit., p. 212.

⁶¹ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 105-106.

⁶² BETTIG, Ronald. **Copyrighting Culture - The Political Economy of Intellectual Property**. Westview Presss. Boulder, 1996, p.176, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 106.

⁶³ Loc. Cit.

servidores que armazenavam os arquivos. Os arquivos de música ficavam no computador de cada usuário e o servidor do Napster apenas disponibilizava os *links* de acesso a eles. O Napster trazia uma concepção inteligente que descentralizava o armazenamento dos arquivos. Com isso, criava uma situação legal ambígua. Não se tratava mais de um grande servidor distribuindo música, mas de uma rede de usuários trocando generosamente arquivos de música entre si. De certa forma, nada distinguia a troca de arquivos na rede Napster do hábito que as pessoas sempre tiveram de gravar fitas cassetes para os amigos. A diferença é que isso era feito numa rede de cinco milhões de usuários – e foi com base nessa grande dimensão que a RIAA, a associação das gravadoras americanas, sustentou um processo contra o Napster.⁶⁴

Cabe ressaltar um aspecto bastante relevante acerca deste caso, que é a criação da Comunidade Napster. Este programa apenas funcionou porque havia uma rede de internautas dispostos a disponibilizar seus arquivos, solidariamente, para que outros pudessem “baixá-los”. Caso isso não ocorresse, o Napster não teria sucesso.

Mas, obviamente, as grandes gravadoras não gostaram deste tipo de solidariedade e, através do órgão que as representava, a RIAA, decidiram processar a empresa proprietária do Napster, o que iniciou uma série de discussões a respeito da legitimidade da troca de arquivos pela internet em face da violação dos direitos autorais.

O ponto fundamental da discussão era o impacto econômico que essa troca gerava. Argumentando que a utilização de tal sistema de compartilhamento impedia o artista de se remunerar pela sua obra, a indústria fonográfica sustentou o seu pleito contra o Napster e até hoje para o utiliza para fazer pressão contra o sistema *peer-to-peer* e a troca em geral de arquivos pela internet.

De fato, a ameaça financeira é real, pois até o surgimento do Napster, em 2000, as empresas do ramo fonográfico vivenciaram 20 (vinte) anos de crescimento, mas a partir deste ano as suas vendas caíram 30%⁶⁵.

Assim, concordando com o argumento das gravadoras, a Justiça norte-americana determinou o fechamento do Napster, em 2001.

⁶⁴ Consultor Jurídico. **Por que somos contra a propriedade intelectual?** Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br//static/text/27467,2>>, último acesso em 25 de maio de 2008.

⁶⁵ Consultor Jurídico. **Era Digital - A perda de poder e a evasão de direitos autorais na Web.** Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br//static/text/846,1>>, último acesso em 25 de maio de 2008.

3.2.3. O caso MGM V. Grokster

O advogado Atílio Gorini traz uma explicação minudenciada do caso⁶⁶:

Diante do substancial aumento de assinantes de internet de banda larga no mundo, o que passava a permitir a troca de arquivos muito mais pesados, inclusive filmes inteiros, os estúdios de Hollywood se uniram à indústria fonográfica contra o Grokster e duas outras empresas que forneciam programas de computador P2P. A batalha, que chegou ao seu fim na segunda-feira, dia 27 de junho de 2005, iniciou-se em outubro de 2001 com a indústria alegando que o Grokster permitia que usuários infringissem em massa os direitos autorais (caso MGM v Grokster).

Em sua defesa, o Grokster alegou que o software que fornecia tinha como objetivo principal permitir a troca lícita de arquivos. O antecedente judicial utilizado pelo Grokster foi o famoso caso dos estúdios de Hollywood contra a Sony em 1984 (quando essa última não era, ela própria, um estúdio). Naquele caso, a Suprema Corte americana decidiu em votação de maioria (5 a 4) que os fabricantes de aparelhos de videocassete não poderiam ser considerados responsáveis pelas infrações de consumidores pois o aparelho tinha muitos outros usos lícitos.

No caso Grokster, em primeira instância, o juiz se recusou a aplicar as teorias do “contributory infringement” e “vicarious liability” pois, diferentemente do caso Napster, o Grokster não poderia ter qualquer controle sobre o uso de seu programa por terceiros. Em segunda instância, em agosto de 2004, o Tribunal, apesar de reconhecer que a maioria do que era trocado utilizando-se o software era “pirata”, não havia nada que o Grokster pudesse fazer para parar o processo, ou seja, não havia qualquer interferência do “proprietário” uma vez vendido ou baixado o programa de computador.

Contudo, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, unanimemente, que o Grokster era responsável pela violação dos direitos autorais realizada pelos seus usuários, adotando um entendimento diverso do que fundamentou a sua opinião no caso Sony/Betamax. Ela considerou que se o fornecedor de tecnologia objetiva que os seus usuários violem direitos autorais, ele deve, então, ser responsabilizado⁶⁷.

⁶⁶ GORINI, Atílio. **Do Napster ao Grokster - Justiça dos EUA põe freio em troca de arquivos pela internet.** Disponível em < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/36986,1>>, último acesso em 25 de maio de 2008.

⁶⁷ Loc. Cit.

3.2.4. O caso “Tropa de Elite”

O emblemático caso a ser comentado ocorreu no Brasil no ano de 2007 e representou um “ineditismo” preocupante para o governo brasileiro⁶⁸. Trata-se do filme nacional “Tropa de Elite” e da maneira como ele foi afetado pela ampla difusão de suas cópias ilegais.

O filme de José Padilha, que retratava o cotidiano do Batalhão de Operações Policiais Especiais da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, foi o primeiro da história brasileira a ser comercializado no “mercado pirata” e disponibilizado na internet meses antes da sua estréia, chegando a sua reprodução a níveis tão altos que uma pesquisa realizada pelo Ibope estimou que 11 milhões de brasileiros teriam visto filme de forma ilegal⁶⁹. Tal grau de contrafação jamais fora visto em produções brasileiras, pois, em geral, os filmes mais “pirateados” sempre foram os produzidos internacionalmente, e levou à antecipação da sua data de estréia nos cinemas⁷⁰. O filme foi lançado, primeiramente, no Rio de Janeiro e em São Paulo, no dia 2 de outubro de 2007 e, na semana seguinte, nas salas do restante do país.

Curiosamente, “Tropa de Elite” obteve grande êxito em sua exibição nos cinemas, tornando-se o filme oficial com a melhor abertura no ano de 2007 e ocupando o primeiro lugar nas bilheterias ao estrear em circuito aberto⁷¹.

Boa parte de sua repercussão foi devida à polêmica em torno do comércio das cópias não autorizadas e à investigação sobre o “vazamento” do filme, chegando-se à conclusão de que a distribuição ilegal foi iniciada por três empregados da empresa responsável pela inserção das legendas em inglês voltadas para a exibição nos Estados Unidos⁷².

E, além do sucesso comercial, esta produção foi ainda ganhadora de diversos prêmios nacionais e internacionais no ano de 2008, como o “Urso de Ouro”, no Festival de Berlim, o

⁶⁸ ARANTES, Silvana. **Pirataria do filme “Tropa de Elite” preocupa governo**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u323878.shtml>>, último acesso em 19 de junho de 2008.

⁶⁹ Cf. WIKIPEDIA, disponível em <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Tropa_de_Elite_\(filme\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Tropa_de_Elite_(filme))>, último acesso em 19 de junho de 2008.

⁷⁰ ARANTES, Silvana. Op. Cit.

⁷¹ Cf. WIKIPEDIA, disponível em <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Tropa_de_Elite_\(filme\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Tropa_de_Elite_(filme))>, último acesso em 19 de junho de 2008.

⁷² Cf. <<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL95757-5606,00.html>>, último acesso em 19 de junho de 2008.

prêmio de melhor filme no Festival Hola Lisboa, e vencendo em várias categorias no Grande Prêmio Vivo do Cinema Brasileiro.

Concluindo, se este incidente não pode ser tido como a regra nos casos de reprodução ilegal de filmes, uma coisa ele também não pode ser: ignorado. Ao contrário do que costuma ocorrer, a ampla divulgação deste filme, através das cópias ilegais, pode ter sido a verdadeira responsável pelo seu posterior êxito comercial, o que nos leva à indagação sobre até que ponto a reprodução não autorizada deve ser considerada maléfica pela indústria cinematográfica e coibida pelo nosso Direito.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL E SUA GARANTIA CONSTITUCIONAL

4.1. A função social do Direito de Autor

É possível se observar que o Direito de Autor, atualmente, encontra-se muito mais voltado para o atendimento dos interesses econômicos de grandes indústrias que à sua função social de incentivo ao desenvolvimento cultural.

Prova da mercantilização do Direito Autoral é mudança ocorrida no cenário mundial no tocante ao trato deste assunto. Com a assinatura do TRIPS e passando o tema a ser dirigido pela OMC, “as obras do espírito, de caráter estético, cultural, artístico passaram a ser consideradas como mercadoria, de alta aceitação e consumo no mundo inteiro”⁷³.

José de Oliveira Ascensão afirma, neste sentido, que:

A mercantilização geral do direito intelectual é um fato. E uma manifestação flagrante está no fato de a entidade que é hoje decisiva na disciplina dos direitos intelectuais não ser nem a Unesco nem a OMPI, mas a Organização Mundial do Comércio – e isso, tanto no que se refere ao direito de autor e ao direito da informática, quanto aos direitos industriais. São antes de mais nada objeto do comércio internacional.⁷⁴

Eliane Abrão explica que essa alteração se deu em razão de os países que sediam multinacionais da propriedade intelectual perceberem “um aumento brutal nos rendimentos internos e externos em virtude das licenças e concessões de uso de obras intelectuais (*royalties*)”⁷⁵, entre outros fatos.

No entanto, esse processo de transformação da obra em mercadoria enfraquece a função mais nobre do Direito de Autor, que é a de estimular o desenvolvimento cultural de uma sociedade.

⁷³ ABRÃO, Eliane Y. **Op. Cit.**, p. 50.

⁷⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Sociedade da Informação e Mundo Globalizado**. Cit., pp. 22-23, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Op. Cit.** p. 42.

⁷⁵ *Loc. Cit.*

Uma sociedade que possui amplo acesso a obras artísticas, literárias e científicas, obviamente, será mais rica, pois seus integrantes possuirão maior bagagem intelectual e, dentre estes, aqueles que se propuserem a ser também autores criarão obras mais interessantes e criativas.

Para um artista ou um cientista, quanto maior o seu acesso às obras de seus predecessores, mais fácil será compor as suas próprias, uma vez que disporá de uma maior gama de idéias e, provavelmente, de soluções para os problemas que encontrar.

É bastante interessante a influência das obras predecessoras na cadeia de desenvolvimento cultural. Landes e Posner explicam que criar um trabalho original envolve a utilização de elementos de trabalhos já existentes. Por exemplo, o filme “Amor Sublime Amor” é nitidamente inspirado na peça de teatro “Romeu e Julieta”, que também guarda absurda semelhança com a obra de Arthur Brooke, “A Trágica história de Romeu e Julieta”, publicada em 1562 e que, por sua vez, remete-se à história de Pyramus e Thisbe, de autoria de Ovídio.⁷⁶

Mais detidamente no campo do cinema, um diretor, por exemplo, poderá idealizar melhores e mais criativos ângulos de câmera ou mudanças de cena se puder assistir a uma quantidade variada de filmes.

Ao contrário, quanto mais se restringe o acesso, principalmente nos países em desenvolvimento, com o encarecimento dos preços dos produtos e com a adoção da proibição da cópia privada, o custo social produzido será uma defasagem cultural em relação aos países desenvolvidos. Esta defasagem já existe atualmente, mas com o advento da *internet*, ela tende a diminuir, devido à intensa e rápida troca de informações.

Conforme alerta Relatório da Comissão para Direitos da propriedade Intelectual – Integrando Direitos da propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, da própria Organização Mundial do Comércio (OMC), citado por Guilherme Carboni⁷⁷:

O advento da era digital oferece aos países em desenvolvimento grandes oportunidades de acesso a informações e conhecimentos. A criação de bibliotecas e arquivos digitais, o aprendizado à distância via internet e a

⁷⁶ LANDES, William M. e POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cit., pp. 66-67, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 62.

⁷⁷ CARBONI, Guilherme. Op. Cit., p. 216.

capacidade de cientistas e pesquisadores para acessar, em tempo real, sofisticadas bases de dados de informação técnica *on-line* são apenas alguns exemplos. Mas o advento da era digital também trouxe ameaças novas e sérias ao acesso ao conhecimento e sua difusão. Em particular, existe o risco real de que o potencial da internet no mundo em desenvolvimento venha a ser perdido, à medida que os detentores de direitos autorais apliquem tecnologia para impedir o acesso público por intermédio de sistemas **pay-to-view**⁷⁸.

A doutrina do Direito Autoral, tal como é conhecida hoje, foi amplamente influenciada pelas idéias iluministas do século XVIII, representando um grande avanço jurídico para a época. Contudo, é um equívoco se pensar que um instituto jurídico deva se manter imutável ao longo dos séculos.

Nesse ponto, Pietro Perlingieri ensina que:

(...) não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar. O conhecimento jurídico é uma ciência jurídica relativa: precisa se levar em conta que os conceitos e instrumentos caracterizam-se pela sua relatividade e por sua historicidade. É grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época, terá os seus próprios mecanismos.⁷⁹

Assim, institutos jurídicos construídos com caráter eminentemente individualista, como o direito de propriedade, dos contratos e até mesmo o Direito Autoral, estão passando por uma profunda revisão, pois entende-se que o fenômeno jurídico não pode mais ser entendido sem uma análise dos elementos sociais, políticos e econômicos.

O Direito Autoral deve permanecer como um mecanismo que permita ao autor se remunerar por sua obra, mas, assim como os institutos jurídicos acima mencionados, seu exercício deve ser limitado pela sua função social. Ou seja, o lucro, e isto é, principalmente, o objetivo das grandes indústrias, não deve ter o mesmo peso na balança da Justiça que o desenvolvimento social. A idéia não é abolir o lucro do autor ou produtor, mas colocá-lo no seu devido lugar, pois a exploração econômica de uma obra não deve significar a exploração cultural de uma sociedade. E isto virá através de uma limitação do direito autoral, principalmente no tocante à questão da cópia não-autorizada, porém para uso privado, e através do entendimento de

⁷⁸ O sistema *pay-to-view* é uma forma de os detentores dos direitos autorais sobre a obra disponibilizarem o seu conteúdo na internet para *download*, porém condicionado ao pagamento de um preço estipulado.

⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Normas constitucionais nas relações privadas**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, nº 6-7, 1999, p. 64, *apud* CARBONI, Guilherme. Op. Cit., p. 26.

que a troca de arquivos entre usuários da internet não é uma forma de ilícito civil, mas, sim, um compartilhamento solidário de cultura e informação. Ambos permitem um acesso mais amplo e mais democrático aos bens culturais.

Isto, obviamente, gera a pergunta: então como o autor será remunerado?

Como este trabalho cuida, especificamente, da obra cinematográfica, não serão analisadas soluções para este problema no tocante a outros tipos de obras, mas apenas àquela. Isto porque cada tipo de obra possui nuances mercadológicas próprias, o que demanda alternativas específicas para cada um.

Como já foi dito, o Direito não pode ser entendido como uma ciência hermética, pura, como supunha a teoria de Hans Kelsen. É preciso se observar os elementos sociais que serão diretamente afetados pela sua aplicação e, muitas vezes, a viabilidade econômica da mesma. Não será possível atender à função social do Direito Autoral caso esta idéia não passe de uma ilusória utopia, sem qualquer possibilidade de ser implementada na prática. Por isto, em defesa da limitação proposta por este trabalho, foi pensada uma estratégia de mercado que permita sustentar esta alteração do sistema jurídico, de forma a tornar possível o equilíbrio entre a demanda social e a continuação de um saldo financeiro lucrativo para a indústria cinematográfica, principalmente a nacional. Contudo, a resposta à pergunta feita anteriormente não será dada agora e, sim, mais adiante.

4.2. A garantia da função social do direito de autor na Constituição Brasileira

A moderna doutrina do Direito Civil entende que este não pode ser mais visto apenas de acordo com o pensamento privatístico do século XIX, devendo ser estudado em conformidade com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal. Tal entendimento ensejou a constitucionalização e conseqüente “socialização” deste ramo do Direito, que, inclusive, tem sido chamado, hodiernamente, de Direito Civil Constitucional⁸⁰.

⁸⁰ A moderna teoria do Direito Civil Constitucional “consiste em um discurso de defesa dos princípios constitucionais e, especificamente, da sua direta e imediata aplicação a todas as relações jurídicas – aí incluídas as relações tipicamente de natureza civil, travadas entre os particulares”. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato** –

O Direito de Autor, como já foi dito anteriormente, encontra-se amparado pela Constituição Federal em seu art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, que dispõem:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

De acordo com a própria Lei 9.610/98, que abarca a teoria dualista dos direitos autorais, estes são considerados bens móveis e, portanto, enquanto propriedade, são tomados como invioláveis pela Constituição.

Entretanto, o próprio direito de propriedade recebe um contorno especial dado também pela Constituição, a saber, o que lhe confere o art. 5º, inciso XXIII, e também o art. 170, inciso III:

Art. 5º (...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;⁸¹

A Carta Magna inova ao estabelecer que o direito de propriedade não deve ser exercido egoisticamente, mas deve sempre observar o seu propósito. Ou seja, nas palavras do Ministro Eros Roberto Grau:

“O princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de

Novos Paradigmas. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 124.

⁸¹ A Constituição Federal também dispõe sobre a função social da propriedade em seus arts. 184 e 186, quando trata da propriedade rural, mas preferimos não acrescentá-los a este trabalho por entender que isto fugiria ao tema proposto.

outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem (...) isto significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade.”⁸²

No entender de Leon Duguit, o direito de propriedade deixou de ser um direito subjetivo para se tornar uma função social a ser exercida pelo detentor da riqueza, o que justifica a intervenção estatal, como nos casos de desapropriação, quando tal função não é cumprida⁸³.

Para Alcides Tomasetti Junior, o fenômeno da funcionalização do direito de propriedade teria transformado a visão privatística da propriedade em solidarística. Segundo o autor, tal concepção de utilidade solidária de propriedade, imbuída do conceito de função social, guardaria uma importante relação com a questão da dignidade da pessoa humana, conforme preceituam os objetivos da República Federativa do Brasil, elencados pelo art. 3º da Constituição⁸⁴:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, a função social da propriedade, para ser realizada, deve buscar atender às metas estabelecidas neste mesmo artigo. E a isto não deve escapar o Direito Autoral, pois, a manutenção da limitação ao desenvolvimento cultural e o acesso democrático às obras do espírito proporcionados pelo anacronismo da Lei 9.610/98 pode ser considerada como um obstáculo à realização dos objetivos da República, ao passo que o desenvolvimento tecnológico ora experimentado abre as portas para uma maior concretização dos mesmos.

Logo, em razão da construção de uma sociedade solidária, os princípios constitucionais, como a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana devem ser aplicados às

⁸² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998 (interpretação e crítica)**. São Paulo, Ed. Malheiros, 3ª Ed., 1997, p. 225, *apud* CARBONI, Guilherme.Op. Cit., p. 177.

⁸³ DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**, Tradução Espanhola de Carlos G. Posada. Madrid, 2ª Ed.: [s/e], [s/d], p. 35, 167 e ss, *apud* CARBONI, Guilherme.Op. Cit., p. 175.

⁸⁴ CARBONI, Guilherme.Op. Cit., p. 175.

relações jurídicas ainda que tipicamente privadas, como no caso das que envolvem os Direitos de Autor.

4.3. O Direito de Autor e a sua relação com outros princípios constitucionais

Enquanto o conflito entre normas jurídicas ocorre no plano da validade o embate entre princípios se dá na dimensão do peso.

Segundo Dworkin, as regras são aplicadas na forma do “tudo ou nada”, ou seja, ou possuem validade ou não possuem⁸⁵. No caso dos princípios, a aplicação de um não implica, automaticamente, na invalidação de outro que com ele esteja em choque. Ambos continuam coexistindo na esfera jurídica e dotados de validade. Por conta disto, foi desenvolvida a técnica da ponderação de interesses para a resolução de casos, quando esta depende da decisão entre a aplicação de um ou outro princípio.

A importância dos princípios na resolução de casos é ressaltada pela professora Alexandra da Silva Amaral:

Em regimes democráticos, onde as demandas afloram mais facilmente e os conflitos sociais emergem com maior espontaneidade, as colisões de princípios fazem parte da própria lógica do sistema, porque refletem a diversidade de interesses que subsistem em uma sociedade pluralista. Nesse sentido, os princípios assumem função primordial de permitir maior fluidez no ordenamento jurídico, que não se adequa mais a um modelo estático e hermético. A acentuada carga axiológica dos princípios possibilita maior proximidade com o valor de justiça, conferindo maior legitimidade à ordem jurídica-positiva. Ademais, não apenas funcionam como vetores exegéticos, como também possibilitam a integração do direito e dinamizam a ordem constitucional, conferindo-lhe um fundamento ético.⁸⁶

Assim, considerando que a Constituição Federal não é um amontoado de princípios e regras jurídicas, mas sim um sistema dotado de coesão, não se pode “pinçar” um determinado dispositivo e aplicá-lo sem se levar em consideração uma análise sistemática e teleológica da Carta Magna.

⁸⁵ AMARAL, Alexandra da Silva. **A Ponderação de Interesses e o Princípio da Proporcionalidade**. Disponível em < <http://www.femperj.org.br/artigos/ponderacao.php>>, último acesso em 10 de junho de 2008.

⁸⁶ Ibid.

O que pretendemos dizer é que não é possível decidir pela inviolabilidade do direito de propriedade e pela garantia constitucional dos direitos de autor excluindo da balança outros direitos e princípios que se encontram também inseridos na Constituição.

É o caso do direito de livre acesso à informação e à cultura e do direito ao desenvolvimento tecnológico.

4.3.1. O direito de livre acesso à informação e à cultura

O arts. 5º, inciso XIV, e 215, da Carta Política asseguram o direito de livre acesso à informação e à cultura, nos seguintes termos:

Art. 5º (...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Acerca do conflito existente entre o direito assegurado por estes dispositivos e o direito de autor, o Ministro da Cultura, Gilberto Gil, assim se manifestou no 1º Congresso Internacional da Propriedade Intelectual, em 2003:

É evidente que os interesses econômicos neste ramo de direito são consideráveis. No entanto, é importante salientar que os direitos de propriedade intelectual sempre se pautaram pela busca de um equilíbrio entre os direitos de criador, que deve receber uma justa compensação pelo seu esforço criador, e o conjunto da sociedade, que deve ter garantido o seu direito de acesso à informação, à tecnologia e ao patrimônio cultural comum.

Tenho afirmado que não cabe ao Estado fazer cultura, mas sim, proporcionar condições necessárias para a criação e a produção de bens culturais, sejam eles artefatos ou mentefatos. O acesso à cultura é um direito básico da cidadania, assim como o direito à educação, à saúde, à vida num ambiente saudável. Neste sentido, reveste-se da maior importância – no âmbito dos direitos autorais – a busca de uma legislação equilibrada que tenha como objeto principal a efetiva proteção dos criadores nacionais.⁸⁷

⁸⁷ CARBONI, Guilherme. Op. Cit., p. 202.

Considerando-se que a cópia privada e o *download* de obras intelectuais talvez constituam, atualmente, a maior forma de potencialização da difusão cultural no mundo, cabe indagar se tais práticas devem ser coibidas em razão de um direito patrimonial do autor. Em outras palavras, há a necessidade de se avaliar o peso destes princípios constitucionais.

4.3.2. O direito de livre acesso ao desenvolvimento tecnológico

Tecnologia e informação estão íntima e reciprocamente ligadas, pois uma gera a outra sucessivamente. A partir de uma informação, desenvolve-se uma tecnologia que, ao ser estudada, libera um conhecimento indispensável para o seu aprimoramento ou, até mesmo, para a criação de uma nova forma de tecnologia.

Diante desta premissa, cabe reproduzir a indagação do professor Imre Simon:

Preferimos um mundo com uma disponibilidade liberal e circulação intensa de informações ou um com uma realidade informacional mais restrita, mais controlada e talvez até mais tranqüila? Acreditamos que uma civilização baseada na livre circulação da informação poderia galgar níveis de conhecimento muito além dos que conseguimos até hoje.⁸⁸

Conforme se pode inferir de tal comentário, civilização e, logo, sociedade, também estão ligados à tecnologia e à informação. Mudam-se estas duas e as primeiras restaram transformadas, conseqüentemente. Uma simples análise história é capaz de provar isto. A Revolução Industrial realizou esta mudança social no passado e a Revolução Digital se ocupa desta função nos dias de hoje. E ainda, na ponta desta cadeia, encontra-se o Direito.

Em relação a este tema, a Constituição Federal determina, em seus arts. 218 e 219, o seguinte:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

⁸⁸SIMON, Imre. **A Propriedade Intelectual na Era da Internet**. Publicado pela Universidade de São Paulo em 29 de fevereiro de 2000 e disponível em <<http://www.ime.usp.br/~is/papir/direitos/direitos-dgz.pdf>>, último acesso em 04 de maio de 2008., p. 14.

Não obstante o desenvolvimento tecnológico ser estimulado pelo Estado e essencial ao bem estar da população, o que se coaduna com os objetivos da república mencionados anteriormente, este progresso, no tocante aos mecanismos de reprodução de obras intelectuais, são vistos como os grandes vilões da indústria do entretenimento, que tem invocado o Direito de Autor para tentar lhe colocar limites.

Neste sentido, Guilherme Carboni entende que as medidas judiciais empreendidas contra os usuários da tecnologia *peer-to-peer* espelham a tentativa de se manter o atual modelo comercial, que tem como base a venda de um suporte físico, sendo que a internet não apenas questiona tal forma de negócios, como também pode representar um meio de divulgação da obra⁸⁹. De acordo com o autor, “em caso de conflito, o direito de autor deve ser adaptado à nova realidade tecnológica e não o contrário, pois ele é apenas um instrumento para o desenvolvimento tecnológico”⁹⁰.

Por conseguinte, o caminho para a adoção de um posicionamento moderno e proposto a resgatar a função social do Direito de Autor, no Brasil, pode ser aberto através de duas frentes: a primeira é a renovação da Lei. 9.610/93, sendo alterada mediante processo legislativo ordinário; e a segunda é através da adequação da referida Lei, mediante interpretação jurisprudencial, ao princípio constitucional do direito de acesso à cultura e à informação.

Cabe ressaltar que a jurisprudência brasileira ainda não se posicionou quanto ao problema da ilicitude civil da cópia privada, razão pela qual a análise desta fonte do Direito foi descartada neste trabalho.

⁸⁹ CARBONI, Guilherme. Op. Cit., p. 214.

⁹⁰ Ibid. p. 217.

5. A LEI DE DIREITOS AUTORAIS BRASILEIRA E SUA INCONGRUÊNCIA COM A REALIDADE ATUAL

5.1. Os pontos críticos da LDA

Tendo em vista o tema deste trabalho, passar-se-á, agora, à análise da Lei 9.610/98, mas tão somente em relação aos assuntos mais pertinentes, bem como do tratamento dado à obra audiovisual, pois não seria conveniente dissertar sobre todos os dispositivos trazidos por ela, que passa, agora, a ser chamada também pela sua abreviação, ou seja, LDA.

Primeiramente, quanto à teoria a ser adotada acerca a da natureza dos direitos autorais, a leitura breve e superficial do disposto no art. 22 da LDA⁹¹ já deixa clara a opção do legislador pátrio pela teoria dualista, dividindo-os em direitos patrimoniais⁹² e morais⁹³.

Em segundo lugar, não obstante o seu art. 3º, a referida Lei⁹⁴ determinar que os direitos autorais reputam-se, para efeitos legais, bens móveis, não se deve pensar que, através da tradição de um livro ou DVD, por exemplo, estar-se-ia adquirindo os direitos sobre a obra nele contida. O próprio art. 37 da mesma dispõe que “a aquisição do original de uma obra, ou de seu exemplar,

⁹¹ Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

⁹² Art. 28 da LDA: Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

⁹³ Art. 24 da LDA: São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

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

III - o de conservar a obra inédita;

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

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

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

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

⁹⁴ Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei”. Isto porque o *corpus mechanicum*, ou seja, o suporte físico, difere-se do *corpus mysticum*, que é a obra em si, contida naquele. O *corpus mysticum* é protegido pela LDA e ao adquirente do suporte físico cabe apenas as faculdades que esta mesma lei prevê e de limites bastante estreitos e rígidos⁹⁵.

A LDA traça, de forma exaustiva, os limites do uso das obras por terceiros sem que isto constitua ofensa aos direitos do seu autor, em seu art. 46:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - 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;

⁹⁵ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 35.

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Observa-se, entretanto, que a cerca estabelecida pelo legislador não é mais capaz de conter as mudanças que nosso tempo trouxe, tornando este artigo, de certa forma e, obviamente, não em todos, mas em alguns pontos, obsoleto. É o que acontece, de forma mais evidente, com o disposto no inciso II, que permite a reprodução de uma obra apenas “em pequenos trechos”, mesmo que para uso privado do próprio copista e sem o intuito de lucro.

Enquanto este dispositivo não for revisto pela via legislativa ou, alternativamente, a doutrina e a jurisprudência não o re-interpretarem de forma a abranger melhor a realidade em que vivemos, esta norma se perpetuará como letra morta para a nossa e principalmente para as próximas gerações.

Afinal, como, em plena Era Digital, é possível defender que uma obra apenas possa ser copiada em pequenos trechos, quando é muito mais simples e rápido copiá-la na íntegra, através de simples programas de computador amplamente disseminados entre a população? Como continuar apregoando que a cópia digital integral configura um ilícito civil, mesmo sem qualquer intuito de lucro?

Não obstante, a LDA ainda estabelece que:

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

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

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

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

- a) representação, recitação ou declamação;
- b) execução musical;
- c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;
- d) radiodifusão sonora ou televisiva;
- e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
- f) sonorização ambiental;
- g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
- h) emprego de satélites artificiais;
- i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
- j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

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

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Se o dispositivo anterior já se mostrava problemático, este, então, mais ainda. Afinal, como se não bastasse a LDA proibir expressamente a cópia privada, ela também grava como ilícito situações tão cotidianas que chega a beirar o absurdo.

Segundo o art. 29, inciso I, mais uma vez, a Lei demonstra o seu vigor em não permitir, de forma alguma, a cópia parcial ou integral de uma obra. Além disto, também proíbe “o armazenamento em computador (...) e as demais formas de arquivamento do gênero” (inciso IX). Ou seja, constitui violação de direitos autorais a prática de armazenar músicas e filmes em aparelhos tais quais o *iPod* e similares, sem autorização do titular dos direitos.

Como qualquer leigo pode perceber, isso gerou um problema extremamente prático, a saber, a quase absoluta impossibilidade de se fiscalizar e de se exigir o cumprimento destes dispositivos legais. E enquanto isso, milhares de pessoas, despreocupadamente, cometem seus

habituais “ilícitos civis” em casa, na condução, na rua e até mesmo dentro de seus locais de trabalho, todos os dias, o tempo todo⁹⁶.

A legislação brasileira é ainda mais restritiva, neste sentido, que a norte-americana, pois nem sequer permite o *fair use*, autorizado por esta.

5.1.2. O fair use

Segundo a doutrina e a legislação norte-americana, o *fair use* consistiria numa exceção de que o terceiro que utiliza a obra pode se valer para se imiscuir de ser acusado de violação de direitos autorais⁹⁷. Para a sua caracterização, são levados em conta critérios oriundos da jurisprudência e que passaram a integrar o *United States Code*, listados na seção 107 do título 17, que são: a) o propósito e a natureza do uso, se é para fins comerciais ou educativos e não lucrativos; b) a natureza da obra; c) a quantidade e qualidade da utilização relativamente à obra global; e d) a incidência real ou potencial da utilização da obra sobre o mercado atual⁹⁸.

Ou seja, de acordo com o *fair use* americano, no momento de se averiguar se há ou não violação de direitos autorais por parte de um terceiro que se utiliza da obra sem autorização, não é a simples utilização que determina o ilícito, como ocorre na lei brasileira, mas sim uma análise quanto ao impacto que ela produz sobre os direitos do autor. Principalmente o impacto moral, no caso, por exemplo, de plágio, e o econômico, no caso de reproduções em grande escala de um DVD.

Assim, mesmo uma reprodução integral pode ser considerada lícita, por exemplo, em se tratando de um original pouco acessível, como um livro raro, se essa reprodução não importar em um considerável prejuízo econômico ao seu autor ou ao detentor dos direitos autorais sobre a obra. E, da mesma forma, citações de um livro podem ser tão longas que, e uma melhor análise,

⁹⁶ Ibid. p. 79.

⁹⁷ Ibid. p. 71.

⁹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O “Fair Use” no Direito Autoral. Direito da Sociedade e Informação – Vol. IV.** Coimbra: Coimbra Editores, 2003. pp. 95-96, *apud*, BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 71.

passem a corresponder a uma apropriação do conjunto da obra, ou, praticamente, um plágio disfarçado.

Sérgio Branco Jr. Cita uma metáfora bastante interessante, criada por Richard Posner e William Landers para explicar como funciona o conceito de *fair use*:

De um modo geral, cópia que seja complementar ao trabalho protegido por direitos autorais (assim como pregos são complementares a martelos⁰ está abrangida pelo *fair use*, mas cópia que seja um substituto ao trabalho protegido por direitos autorais (no sentido de que pregos são substitutos para prendedores ou parafusos) não está. (...) O vendedor de martelos deseja abundância de pregos a preços acessíveis, bem como editores querem que seus livros sejam resenhados – é publicidade gratuita – e não gostariam que resenhas fossem inibidas ou restringidas por uma regra que obrigasse o autor da resenha a obter uma licença do autor da obra, caso queira citar trechos do livro. Um bem e a publicidade desse bem são complementares, assim como um livro e sua resenha.

Desta forma, o Direito norte-americano, ao contrário do brasileiro, não adota uma postura taxativa em relação às violações de direitos autorais. Inclusive uma cópia integral de determinada obra pode ser considerada lícita, se as propriedades inerentes ao caso concreto permitirem classificar a prática dentro dos limites do *fair use*.

5.1.3. A controvérsia da cópia privada

Como cópia privada, podemos entender aquela realizada através, por exemplo, da reprodução do conteúdo de um DVD por uma pessoa comum ou a realizada através da internet, por meio do sistema *peer-to-peer*, pois esta apenas se difere da primeira em razão da escala em que ocorre, do maior número de usuários envolvidos e do ambiente virtual em que ocorre. Ambas guardam em comum um ponto importante: a ausência de intuito de lucro, o que as difere da prática da pirataria e, por isso, entendemos que devam ser tratadas de maneira diferente desta.

A cópia privada, portanto, trata-se da reprodução de um único exemplar para uso particular do próprio copista, não voltada para usos comerciais e pautada no exclusivo interesse de acesso à cultura, o que entendemos que, de acordo com o contexto social atual, seria possível estar adequado à vertente do *fair use* norte-americano. Desde que seja verificável a utilização comercial da cópia, tal como a sua venda ou, até mesmo, a sua veiculação para locação em

estabelecimentos próprios, ela deverá ser desconsiderada como privada e os responsáveis deverão arcar com as devidas indenizações, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, uma vez que apenas ao autor ou detentor dos direitos sobre a obra cabe a sua exploração econômica.

Contudo, segundo a LDA, toda reprodução que não seja autorizada pelo titular dos direitos autorais é considerada ilícita e, portanto, contrafação, como ensina Eliane Y. Abrão:

Portanto, reprodução, por implicar a multiplicação de exemplares deve ser entendida como a cópia idêntica de exemplares tangíveis, ou o armazenamento de obras, por meios digitais, as emissões de obras radiofundidas, suas transmissões e retransmissões, enfim, a reiteração de procedimentos que levem a obra a se comunicar com o público, através de meios não autorizados pelo autor. Uma vez não autorizadas, transformam-se em ilícitos de natureza civil patrimonial ou criminal. Contrafação, então, é o ato de reproduzir exemplares, ou repetições, sem autorização formal de seu autor, e, portanto, sem fraude à lei.⁹⁹

Assim, de acordo com a autora, a cópia de um filme, através da internet ou não, e mesmo que seja sem intuito de lucro e que fique armazenada apenas no HD do computador, pelo simples fato de não haver sido autorizada, trata-se de contrafação e deve ser coibida.

Esta é a visão mais comum adotada pela doutrina brasileira e internacional, contudo não é a única. Há quem entenda que a cópia privada, sem fim de lucro, não deva ser proibida, pois permite um acesso maior e mais democrático às criações do espírito, conforme entende Ascensão: “(...) é a realidade da reprografia, como progresso que representa, que exige que seja globalmente repensado o direito de reprodução.”¹⁰⁰ Para ele, “as proibições, quando não está em causa a comercialização ilícita, não têm eficácia e não têm sentido”¹⁰¹.

Referente à restrição ao direito de cópia, Imre Simon possui uma interessante opinião:

A prática desta política por quase três séculos mostrou que existem pelo menos duas áreas de dificuldades associadas a ela. Por um lado, a tecnologia de fazer cópias evoluiu constantemente e substancialmente com o tempo, dificultando a imposição da lei e podendo chegar a torna-la inefetiva. Por outro lado, a cópia tem inúmeros papéis positivos e altamente desejáveis para o progresso das sociedades em geral e para a preservação e incremento das suas culturas. Para manter um equilíbrio entre os incentivos à produção intelectual, a pressão da facilidade de fazer cópias e o interesse da sociedade de ser bem suprida de bens

⁹⁹ ABRÃO, Eliane Y. Op. Cit. p. 159.

¹⁰⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, 2ª ed., ref. e ampl., p. 244.

¹⁰¹ Ibid. p. 249.

de informação essenciais, a lei é atualizada de tempos em tempos de acordo com a situação vigente.¹⁰²

Curiosamente, a Lei 5.988/73, antiga Lei de Direitos Autorais brasileira, permitia a cópia integral de uma obra protegida, contanto que fosse em um único exemplar e sem intuito de lucro¹⁰³. Claro que, à época da sua edição, a cópia analógica não representava a mesma ameaça que a digital proporciona, hoje, à indústria, o que justificaria a liberdade conferida pelo legislador.

No entanto, nas palavras de Sérgio Vieira Branco Júnior, “as limitações que a LDA elenca são insuficientes para abarcar, no ambiente virtual da internet, o modo como boa parte de seus usuários vem fazendo uso de obras de terceiros”.

Logo, esta parte da doutrina considera, que, diante do avanço tecnológico experimentado por esta geração, a LDA já se encontra, neste aspecto em específico, defasada. Para eles, a cópia privada, seja por meio da troca virtual de arquivos ou da cópia em suporte físico, não deve mais constituir uma limitação ao uso de obras de terceiros e, portanto, deixar de constituir um ilícito civil.

O tom da discussão gira em torno do problema econômico gerado pela cópia digital. Não se trata de dúvidas acerca da moralidade da cópia, mas sim do prejuízo que a mesma gera para os detentores dos direitos sobre a exploração econômica da obra. Ou seja, o único sustentáculo da limitação da cópia privada é a tentativa de se preservar uma forma tradicional de remuneração.

O referido autor português refuta os argumentos apresentados pela indústria, com relação aos prejuízos sofridos pelos autores, sendo até ousado em sua opinião:

Por natureza, o uso privado escapa ao direito de autor. Ainda que esse uso diminua os proveitos que de outro modo se poderiam retirar das obras ou prestações, é seguro que não é função do direito de autor garantir os lucros dos intervenientes. Aqui estamos a condição geral de qualquer atividade econômica que se tornou menos lucrativa em consequência da variação dos méis técnicos: a manutenção do nível de proveitos não é direito de ninguém. Mas a situação ainda se revela mais absurda se considerarmos que o problema, nomeadamente em matéria de fonogramas e videogramas, não está na indenização de prejuízos,

¹⁰² SIMON, Imre. Op. Cit., p. 4.

¹⁰³ Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor:

II - A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro;

mas na pretensão de potentes empresas de aumentarem ainda os lucros resultantes sem aumentar as prestações.

Assim é que o Direito Autoral, na realização de sua função social, assegurada constitucionalmente, não deve primar pela manutenção do lucro de uma forma de mercado, ao invés de proporcionar a expansão do acesso à cultura.

5.2. A obra cinematográfica

A primeira projeção pública de um filme deu-se em 28 de dezembro de 1895, em Paris, através dos irmãos Luimère. A técnica desenvolvida de exposição de imagens estáticas, também chamadas *frames*, substituídas uma-a-uma em alta velocidade, ainda estava presa a uma roupagem exclusivamente visual. Para contornar o problema, era comum haver nas sessões de cinema, um pianista que executava a trilha sonora do filme. Mas somente em 1927, com o filme “O Cantor de Jazz”, o mundo conheceu o cinema-falado, tal como é hoje. Estava completa a noção de audiovisual. Não mais apenas imagens sobrepondo-se ao som de uma melodia, mas agora era possível captar diálogos ao mesmo tempo em que a ação se desenvolvia.

Como este trabalho visa analisar especificamente a obra cinematográfica e não os demais espécimes de formatos de obras audiovisuais, como novelas, seriados e filmes publicitários, ao tratarmos aqui da disciplina conferida pela LDA permaneceremos detidos no tema do cinema, não entrando em discussões inerentes àqueles, com o fim de proporcionarmos, além de uma análise mais específica, também a elaboração de uma solução adequada.

5.2.1. O audiovisual sob a LDA

Atendo-se à legislação pátria, a LDA disciplinou a proteção da obra audiovisual com especificidade, delimitando as peculiaridades do seu tratamento em relação às demais obras, como as musicais e literárias, entre outras.

Inicialmente, vale dizer que a obra audiovisual é uma obra complexa, pois, nas palavras de Marcos Alberto Sant'anna Bitelli, “as contribuições individuais se dissolvem e se combinam entre si como numa reação química quase irreversível”. Para este autor, ela pode ser considerada autônoma, em razão da inalterabilidade e intangibilidade de sua criação, podendo até se tornar irreversível a junção quando as suas partes são consideradas elementos formadores de um todo¹⁰⁴.

A LDA trouxe a definição de obra audiovisual em seu art.5º, VIII, “i”, *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

VIII - obra:

i) audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação;

A partir da leitura do referido dispositivo, pode-se concluir que qualquer sucessão de imagens ou de sons e imagens, que transmitam a idéia de movimento, fixadas em suporte mecânico e destinadas ao público, independentemente do meio de veiculação, são obras audiovisuais e os direitos autorais a elas referentes se encontram protegidos pela LDA¹⁰⁵.

Em relação à questão da autoria, em si, o art. 16 da LDA não estabelece um único autor para a obra audiovisual e sim 3 (três) co-autores e acrescenta mais um no caso de desenhos animados:

Art. 16. São co-autores da obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor.

Parágrafo único. Consideram-se co-autores de desenhos animados os que criam os desenhos utilizados na obra audiovisual.

A Lei atribui ao roteirista, ao diretor e ao compositor da trilha sonora a co-autoria da obra, mas é interessante notar que somente ao segundo compete o exercício dos direitos morais sobre

¹⁰⁴ BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna. **O Direito de Autor e as Obras Audiovisuais**. Revista CEJ, Brasília, n.21, abril/junho de 2003, p. 41, disponível em <<http://www.ufmet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/cej21bitellidirautorobrasaudiovisuais.pdf>>, último acesso em 16 de maio de 2008.

¹⁰⁵ ABRÃO, Eliane Y. Op. Cit. p. 104.

ela, conforme dispõe o art. 25 da referida Lei. Ou seja, de acordo com a teoria dualista dos direitos autorais, a todos eles pertencem os direitos patrimoniais, inclusive o de explorá-la comercialmente, mas os direitos morais apenas a um deles, o diretor. É ele o responsável maior por imprimir identidade artística à obra audiovisual e, portanto, a ele cabe, exclusivamente, a “assinatura” sobre ela.

Na antiga Lei 5.988/85, o produtor era incluído no rol dos co-autores da obra audiovisual, o que não ocorre sob a égide da Lei 9.610/98, que ao produtor não reconhece qualquer autoria. Todavia, como ele é o gestor patrimonial da obra e devido aos grandes investimentos realizados por ele em cada produção, a legislação procura garantir-lhe a sua exploração econômica. Assim é que a LDA, no parágrafo único do seu art. 11, estende a proteção conferida ao autor a pessoas jurídicas, nos casos previstos em lei, ou seja, ao produtor, de acordo com os arts. 81 a 84 da mesma¹⁰⁶.

No entendimento de Eliane Y. Abrão, o produtor pode vir a ser considerado co-autor da obra audiovisual, **por convenção**, e em duas situações: a primeira é quando a ele coube a iniciativa da realização do filme, interferindo nos aspectos criativos do mesmo, e a segunda é quando ocorre a cessão dos direitos patrimoniais dos demais co-autores¹⁰⁷.

Não é incomum ver um produtor que se imiscui no caráter de criador intelectual de uma obra audiovisual. Muitos filmes são criados a partir de uma idéia trazida pelo produtor e não pelo roteirista, que é chamado para auxiliar na criação, num segundo momento. Exemplo disto é o diretor e produtor norte-americano George Lucas que, apesar de não dirigir ou roteirizar o filme “Os Caçadores da Arca Perdida”, foi o principal responsável pela elaboração do personagem “Indiana Jones”. Lucas havia originalmente pensado em realizar duas séries de filmes, uma era de ficção científica e a outra era de aventura, baseada nas matinês dos anos de 1930 e 1940, cujo principal personagem era um arqueólogo que procurava relíquias pelo mundo e enfrentava o exército nazista, tendo criado até mesmo no seu nome, que, a princípio era “Indiana Smith”, nome tirado do cachorro de estimação de George, “Indiana”. Aquela veio a ser a famosa série “Guerra nas Estrelas” e esta a trilogia “Indiana Jones”, acrescentando-se, hoje, um quarto filme, “Indiana Jones e o Reino da Caveira de Cristal”. Acontece que George Lucas estava muito

¹⁰⁶ BITELLI, Marcos Alberto Sant’anna. Op. Cit.. p. 41.

¹⁰⁷ ABRÃO, Eliane Y. Op. Cit. p. 104.

envolvido com “Guerra nas Estrelas” e decidiu chamar seu amigo Steven Spielberg para dirigir o outro projeto. Steven aceitou e Lawrence Kasdan foi contactado para escrever o roteiro, passando a se reunir constantemente com os dois para discutir as idéias. Por fim, Spielberg sugeriu a mudança do sobrenome do herói de “Smith” para “Jones” e assim nasceu um clássico do cinema norte-americano¹⁰⁸. Este é um caso claro em que o produtor pode ser considerado co-autor da obra.

Em outro caso, não obstante a Lei atribua aos co-autores os direitos patrimoniais sobre a obra, quando eles autorizam a junção de suas parcelas contributivas para a formação do filme, de nos termos do art. 29, I, da LDA, eles estão transferindo ao produtor o direito de distribuição comercial e exibição da obra, ou seja, na prática, o direito de explorar economicamente a obra, cabendo àqueles o pagamento avençado com o produtor em contrato. Não é possível, assim, que os co-autores neguem ao produtor ou restrinjam, após a celebração do contrato, o direito de comercializar o filme¹⁰⁹. Isto pode ser confirmado com base no art. 14 da Convenção de Berna:

Todavia, nos países da União em que a legislação reconhece os autores das contribuições prestadas à realização da obra cinematográfica, estes se comprometeram a prestar tais contribuições, não poderão, salvo estipulação em contrário ou particular, opor-se à reprodução, entrada em circulação, representação e execução pública (...) da obra cinematográfica¹¹⁰.

E, nas palavras de Ascenção:

Temos pois que a primeira autorização traz implícita as outras, salvo estipulação em contrário. Como nenhum produtor vai admitir estipulação em contrário, temos que, na prática, só ao produtor cabe a exploração econômica, remetendo-se os autores à remuneração ajustada¹¹¹.

Essa autorização é exclusiva, precisa estar incluída expressamente no contrato e somente cessa 10 (dez) anos, no mínimo, após a celebração do mesmo¹¹².

¹⁰⁸ SADOVSKI, Roberto. **Tempo Perdido**. Revista SET, Ed. Peixes, nº 251, maio de 2008, p.31.

¹⁰⁹ ABRÃO, Eliane Y. Op. Cit. p. 104.

¹¹⁰ BITELLI, Marcos Alberto Sant’anna. Op. Cit. p. 42.

¹¹¹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direitos de autor e direitos conexos. Coimbra: s.l., 1992, p. 523-524, *apud*, BITELLI, Marcos Alberto Sant’anna. Op. Cit. p. 44.

¹¹² LDA - 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.
§ 1º A exclusividade da autorização depende de cláusula expressa e cessa dez anos após a celebração do contrato.

A LDA ainda estabelece, em seu art. 81, § 2º, a obrigação, para o produtor, de mencionar, em cada cópia da obra, o título da obra audiovisual, os nomes ou pseudônimos do diretor e dos demais co-autores, o título da obra adaptada e seu autor, se for o caso, os artistas intérpretes, o ano de publicação e ainda o seu próprio nome ou marca que o identifique.

Sendo assim, uma vez que os co-autores cedem ao produtor o direito de exploração econômica da obra, a cópia digital aparece como a maior preocupação deste no mundo de hoje. É possível entender, portanto, a razão de ser a indústria, ou seja, os produtores e distribuidores, e não os autores, os principais articuladores da repressão à cópia, ainda que privada.

Por fim, cabe ressaltar que a LDA atribui à obra audiovisual o prazo de 70 (setenta) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à sua divulgação para que a mesma caia em domínio público¹¹³. Isto com exceção dos casos em que o autor falece sem deixar sucessor – o que é muito difícil de acontecer na prática, uma vez que a mesma Lei estabelece a co-autoria deste tipo de obra a três pessoas distintas – ou que a obra tenha autor desconhecido, o que é ainda mais improvável, tendo em vista a obrigação legal do produtor de mencionar os nomes dos autores em cada cópia da mesma¹¹⁴.

¹¹³ Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

¹¹⁴ Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

6. ALTERNATIVAS POSSÍVEIS PARA A CRISE DIGITAL

Atualmente o foco do debate sobre violações de direitos autorais está voltado para a troca de arquivos pela internet, principalmente através das redes *peer-to-peer*, pois o desenvolvimento desta forma de tecnologia tem entrado em grande choque com a legislação autoral tradicional. Mais do que isso, a grande adesão pela comunidade global a esta prática tem gerado um momento de ruptura com a doutrina tradicional do Direito Autoral.

Não obstante alguns países ainda adotarem uma postura bastante conservadora, como os Estados Unidos, que visivelmente apóia os interesses da indústria fonográfica e cinematográfica, outros já começaram a se posicionar de forma mais adequada ao contexto atual.

Conforme salienta Ronaldo Lemos:

No Canadá, o Copyright Board considerou que baixar arquivos musicais pela internet não infringe a legislação canadense e, por isso, estabeleceu a criação de uma taxa sobre diversos produtos utilizados para a manipulação desses arquivos, destinada a remunerar os autores por essa atividade. Na Holanda, o Tribunal de Recursos de Amsterdã estabeleceu que a utilização e a distribuição de programas *peer to peer* não violam direitos autorais.¹¹⁵

Até mesmo os Estados Unidos consideraram ilegais as medidas adotadas pela RIAA para obrigar provedores de internet a “delatar” os seus usuários com o fim de viabilizar a propositura de ações judiciais contra os mesmos¹¹⁶. Tal decisão foi surpreendente, apesar de ser obviamente a mais ponderada, em virtude da tendência norte-americana em ser contra o sistema *peer-to-peer*, como foi possível observar na análise dos casos Napster e Grokster.

Roberto Lemos, utilizando-se dos ensinamentos de William Fisher, explica que, diante do problema da remuneração da propriedade intelectual, quando ela se torna um bem comum em razão da ausência de sua escassez – que é a consequência da ampla disponibilidade das obras em meio virtual –, existem cinco alternativas. A primeira seria a produção dos bens intelectuais passar a ser desempenhada pelo Estado, que poderia se remunerar de impostos ou taxas, caso desejasse. A segunda seria semelhante aos projetos de pesquisa, em que o Estado financiaria os particulares para estimular a produção, no caso, intelectual. A terceira representaria a concessão

¹¹⁵ LEMOS, Ronaldo. Op. Cit., p. 165.

¹¹⁶ Loc. Cit.

de prêmios ou até mesmo o pagamento pela produção intelectual, após a realização desta – o que se assemelharia, inclusive, ao modelo grego apresentado no início deste trabalho. Já a quarta se trata da utilizada no âmbito dos direitos atualmente, que é a criação de um monopólio legal do autor sobre a obra, que impede até a distribuição, a adaptação e até a cópia desta por terceiros, sem a autorização do titular. E a quinta caracteriza-se pela “exclusividade” conferida pela lei ou pelo contrato àquele que gera um bem comum, como a proteção legal do “segredo industrial”, existente no direito norte-americano, o que impede que terceiros tenham acesso ao conhecimento produzido.¹¹⁷

Pode-se dizer, e o próprio autor acima concorda, que o modelo de estratégia adotado pelos Estados Unidos, com o recrudescimento legal visto na área da propriedade intelectual, está de acordo com a quarta alternativa vislumbrada por Fisher.

Remando contra a maré dos interesses da indústria, no Canadá, como já foi mencionado, a utilização de sistemas *peer-to-peer* e, portanto o *download* de obras protegidas, foram considerados legais. Para suportar a viabilidade esta decisão, buscando uma forma alternativa de remunerar os autores, o Governo taxou diversos tipos de bens e serviços ligados a esse tipo de atividade, tal como *iPod*, *Mp3 players*, mídias graváveis como o CD e o DVD, além das próprias redes *peer-to-peer*, entre outros itens.¹¹⁸ O recurso captado, excetuando-se os custos operacionais inerentes à arrecadação, é dividido entre entidades representativas dos direitos autorais no Canadá¹¹⁹.

Segundo uma pesquisa realizada nos Estados Unidos, 2 bilhões de CDs virgens foram vendidos lá, somente no ano 2002. Se cada um destes fosse tributado em US\$ 0,50, geraria a arrecadação 1 bilhão de dólares. Isto sem considerar a receita que poderia advir de outras fontes, como provedores de acesso à internet.¹²⁰

Tal modelo, no entanto, não é imune a críticas e a primeira que se faz é que as pessoas que não fazem uso, por exemplo, do compartilhamento de obras protegidas em arquivos digitais através da internet, estariam arcando com este ônus¹²¹.

¹¹⁷ LEMOS, Ronaldo. Op. Cit., p. 168-169.

¹¹⁸ Ibid. p. 179.

¹¹⁹ Cf. <<http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs/certified/c12052007-b.pdf>>, último acesso em 12 de junho de 2008.

¹²⁰ Loc. Cit.

¹²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. Cit. p. 253.

Outra dificuldade encontrada é a forma de destinação equânime destas importâncias recolhidas. Como uma das hipóteses idealizadas para solucionar esta questão, Ronaldo Lemos afirma que a que aparenta ser a mais consensual é a da utilização de um sistema de amostragem, que poderia ser proporcionado com os recursos tecnológicos modernos¹²². Assim, a grosso modo, o artista cuja obra fosse a mais “baixada” pela internet naquele país receberia a maior parte desta soma e os demais receberiam sucessiva e proporcionalmente.

Já o Brasil, ao mesmo tempo que adota o modelo monopolista de Direito Autoral, excluindo até mesmo o conceito de *fair use* no tocante às reproduções integrais de obras protegidas, também bebe da fonte representada pela segunda alternativa citada por Lemos, através de políticas de fomento à produção cultural e, em especial, audiovisual, como as realizadas pela Agência Nacional do Cinema – ANCINE. Além disso, o Governo tem se demonstrado até mesmo um tanto vanguardista, sendo o Brasil o terceiro país no mundo a aderir ao sistema de licenças públicas *Creative Commons*, que será explicado ao final deste capítulo.

Contudo, ousamos, neste trabalho, ir além do que já foi proposto até agora e introduzir uma idéia que pode até, humildemente, representar o acréscimo de uma sexta alternativa à lista de William Fisher.

Cabe ressaltar que tal estratégia, entretanto, não necessita ser adotada exclusivamente, sendo recomendável, inclusive, que a ela se somem os esforços estatais inerentes à segunda alternativa, com vistas ao seu estímulo.

¹²² LEMOS, Ronaldo. Op. Cit., p. 181.

6.1. Uma saída prática para o problema do cinema

Olhando exclusivamente pelo prisma jurídico, a propriedade intelectual nunca foi tão protegida, no entanto esta proteção ainda parece ineficaz, o que leva a crer que a exclusiva abordagem jurídica do problema, sem se considerar outros fatores, não é capaz de solucionar esta questão.¹²³

Desta feita, tanto a saída não é de cunho exclusivamente legal que um país africano subdesenvolvido nos mostra o caminho. O Cinema Nigeriano produz cerca de 2.000 (dois mil) filmes por ano e dispensa a proteção legal dos direitos autorais, pois a sua distribuição ao público é realizada a preços tão baixos que a contrafação não compensa¹²⁴.

Entendemos, portanto, que a verdadeira saída para a crise que hoje existe não é um posicionamento exclusivamente doutrinário e legal. Para o mundo atual, a salvação da ideologia que move o direito autoral, ou seja, a concepção de que um autor deve se remunerar da obra que produz para que lhe seja possível se sustentar através dela e produzir mais, virá através de uma mudança na maneira de se fazer negócios.

Ao autor deve continuar, sim, a corresponder os bônus por seu trabalho artístico e intelectual, mas o ônus de sua remuneração deverá ser canalizado não mais em sua totalidade para a população, mas sim para aqueles que tenham interesse em “divulgar” a obra, e não em “vendê-la”.

No mundo atual querer cobrar para que se veja um filme disponibilizado na internet é como se um escultor exigisse que todos aqueles que passassem pela rua onde foi colocada uma estátua feita por ele pagassem para vê-la. É impossível e absurdo. Ela está ao alcance de todos e não há como impedir que aquele que se recuse a pagar deixe de olhar para ela.

O escultor, no entanto, não tem preocupação de fazer isso por um motivo simples: não é o público que o remunera e sim aquele que encomendou a obra. É interessante como neste caso não

¹²³ ROVER, Aires José. Op. Cit., p. 5.

¹²⁴ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit. p. 63.

há qualquer argumento de violação ao direito autoral, ao contrário do que ocorre com os filmes que usuários disponibilizam na internet.

6.1.2. Reorganização dos papéis sociais

Segundo Talcott Parsons, num sistema social deve-se distinguir estrutura e função. A primeira abrangeria os componentes estáveis da organização de um certo sistema (os *status* e papéis sociais) contando com a existência de modelos normativos dos quais se incumbiria o Direito. Já a função tratar-se-ia da atividade voltada a atender às necessidades essenciais do mesmo sistema em relação ao problema da sua sobrevivência e da manutenção do seu equilíbrio, seja interna ou externamente¹²⁵. Para ele, o Direito, então, deveria ser considerado como um mecanismo de controle social, e sua função primária seria integrativa, solucionando conflitos e permitindo a diminuição dos atritos nas relações sociais¹²⁶.

Como forma de compor os interesses conflitantes da indústria cinematográfica e da sociedade atual, entendemos que a melhor solução para isso é provocar um rearranjo dos papéis sociais.

O ônus da remuneração pela obra, na busca por um maior acesso às obras cinematográficas, não deve ser repassado integralmente para aquele que a assiste, mas deve ser repartido com outro setor da indústria que dela também se utilize, nas proporções necessárias para que a sociedade se enriqueça culturalmente com um mínimo de onerosidade.

Logo, deve-se buscar um sujeito social que tenha interesse na simples divulgação da obra e que lucre com o fato de um número cada vez maior de pessoas a veja, mesmo que através da reprodução digital não-autorizada.

¹²⁵ CARBONI, Guilherme. Op. Cit., p. 22.

¹²⁶ PARSONS, Talcott. **The law and social control**. In: EVAN. W. (Org.). **Law and Sociology**. Glencoe, 1962. p. 56-72, *apud* CARBONI, Guilherme. Op. Cit., p. 22.

6.1.3. Aporte de capitais e antecipação da remuneração: a publicidade como aliada financeira do cinema

Para o Dr. Aires J. Rover:

(...) o retorno para o trabalho empenhado pelo autor advém diretamente da obra. Dessa forma, a proteção da obra constitui uma necessidade imposta pelo próprio mercado. Contudo, neste mesmo mercado, o consumidor ou usuário só pagaria por aquilo que considerasse justo (necessidade de consumo + capacidade de pagamento), tivesse qualidade e não pudesse encontrar gratuitamente. Novo paradoxo.¹²⁷

Logo, uma alternativa que o próprio mercado poderia encontrar para superar este problemático paradoxo agravado pelo desenvolvimento tecnológico seria valorizar outras formas de retorno financeiro para os produtores intelectuais¹²⁸, reduzindo em muito a necessidade de se agarrar “com unhas e dentes” ao arcaico modelo de restrição à cópia.

Dessarte, o investimento maciço de capital no cinema, sob o escopo da publicidade, seria uma das melhores opções que se pode contemplar, no momento, para a solução desta crise. As empresas querem ver suas marcas e produtos divulgados da maneira mais ampla possível e, por isso, as de grande porte investem milhões em publicidade, seja através de *outdoors* ou qualquer outro meio, como, em especial, os comerciais que são televisionados. Aliás, a própria televisão vive disso. As telenovelas brasileiras são realizadas com orçamentos cada vez maiores e são transmitidas, ao menos na TV aberta, de graça, a milhões de telespectadores. Quem paga por isso? As empresas cujos anúncios publicitários são transmitidos durante os intervalos da novela. Quanto maior a audiência, maior é o custo da transmissão do comercial. O resultado disto é que a empresa tem sua marca ou produto divulgados de forma ampla e eficaz, o espectador assimila cultura e divertimento como deseja e a rede de televisão, produtora da telenovela lucra exatamente o que pretende, repassando aos detentores dos direitos autorais a devida remuneração pela obra.

¹²⁷ ROVER, Aires José. Op. Cit., p. 5.

¹²⁸ Loc. Cit.

Quanto mais visto for o filme, seja através das formas tradicionais ou alternativas, até mesmo ilícitas, mais o produtor e o distribuidor ganham. E nos bastidores, os donos das marcas divulgadas também lucram.

O investimento financeiro no cinema como publicidade é, portanto, a mais eficaz forma de se proporcionar o rearranjo dos papéis sociais defendido no item anterior. E surge também como uma alternativa para a solução do conflito entre novas tecnologias e os direitos autorais, pois permitiria que a cópia digital coexistisse harmonicamente com o lucro deste segmento da indústria do entretenimento. A função social do Direito de Autor é exercida, pois a liberação da cópia proporcionaria um maior impacto criativo para o desenvolvimento sócio-cultural, ao passo que a exploração econômica da obra continua preservada, competindo somente aos detentores deste direito.

Ou seja, ainda há possibilidade de lucro, pois o modelo sugerido não abole a possibilidade da venda de DVDs, muito menos a arrecadação das bilheterias de cinema ou outras formas de exploração comercial, e o risco do investimento é suportado através da parceria publicitária.

A princípio parece uma idéia simplória, talvez até mesmo ridícula, mas é melhor e mais prática saída para o problema. A equação fica balanceada, pois todos lucram. E, como o que tanto se discute é o lado patrimonial do direito de autor e não o moral, parece que o seu objetivo foi concretizado, mesmo que por uma via alternativa.

Imaginem um filme estrelado por qualquer ícone de nosso tempo, como por exemplo, Leonardo DiCaprio. Agora imaginem que durante o filme todo ele veste um casaco da marca Puma®, dirige um automóvel Mercedes-Benz® e este filme, além de obter uma bilheteria exorbitante nos cinemas ainda é indicado ao Oscar®. Não há como os co-autores do filme deixarem de ser remunerados por ele, pois o investimento financeiro das referidas marcas, além da bilheteria, terão de ser capazes de cobrir qualquer prejuízo decorrente do acesso ilegal ao conteúdo do filme. Ao contrário, talvez estas empresas até desejem que isso ocorra, pois aqueles que, naturalmente, não veriam o filme, estarão levando para suas casas um “comercial” embutido.

A “inserção” não é uma prática antiga e podem contribuir diretamente para a construção estética e narrativa de um filme, como pôde ser visto na trilogia “De Volta Para o Futuro”. Nela o

personagem Marty McFly, interpretado por Michael J. Fox, conseguia viajar para o passado e para o futuro através de um automóvel que era também uma máquina do tempo. Para contextualizar as diferentes épocas (no primeiro filme, 1985 e 1955, e no segundo, além das anteriores, também 2015), o diretor Robert Zemeckis utilizou-se, além de outros recursos visuais, da inserção de determinadas marcas e produtos que haviam mudado sua estética ao longo dos anos. Foi o caso da garrafa de refrigerante da marca Pepsi® e dos postos de gasolina da empresa Texaco®.

Atualmente esta prática está sendo utilizada até mesmo em produções brasileiras¹²⁹.

Recentemente, a inserção no cinema pôde ser vista em filmes como “*Transformers*” e “*Speed Racer*”. No primeiro, pode-se destacar, entre outros exemplos, que os carros-robôs protagonistas pertenciam à marca General Motors®, a rede de lanchonetes *Burger King* aparecia e a empresa Nokia lançou um novo modelo de telefone celular no filme, o “Nokia N93i *Transformes Edition*”, além de ser citada expressamente num dos diálogos¹³⁰. No segundo caso, a Petrobrás investiu financeiramente na distribuição de “*Speed Racer*” e, em contrapartida, apareceu no filme como a fornecedora de um combustível ecológico, sendo representada pelo carro de corrida apelidado de “*green energy*”.

Portanto, a prática da “inserção”, por exemplo, prova que a publicidade é completamente compatível com o cinema.

Segundo Ronaldo Lemos, a distribuição de filmes *online* não afetaria determinados tipos de receitas, como as “auferidas nas bilheterias, as receitas obtidas pelo licenciamento de filmes para televisão e para sistemas de cabo, com a venda de produtos licenciados e *merchandising* em filmes”¹³¹. Em relação a este último exemplo, Dirceu de Santa Rosa relata que um dos “25 maiores erros corporativos do mundo”, segundo uma pesquisa realizada pela *MBA Jungle*, trata-se do fato de a empresa produtora de cinema *20th Century Fox* não ter retido os direitos de

¹²⁹ Cf. CUNHA, Evelyn. **Publicidade e cinema de mãos dadas**. Disponível em < <http://publique.rdc.puc-rio.br/jornaldapuc/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=418&sid=20>>, último acesso em 09 de junho de 2008.

¹³⁰ Cf. PESSOA, Gilson. **Transformers e uma nova forma de fazer publicidade no cinema**. Disponível em <<http://www.ideavertising.com.br/tendencia/333.html>>, último acesso em 02 de maio de 2008.

¹³¹ LEMOS, Ronaldo. Op. Cit., p. 177.

licenciamento e *merchandising* de produtos ligados ao filme “Guerra nas Estrelas”, nem de suas seqüências, aceitando repassá-los ao produtor George Lucas, gratuitamente¹³².

Da mesma forma, a questão da pirataria e da verificação da atual queda de espectadores nos cinemas são um problema muito mais de mercado do que propriamente jurídico. Os “piratas” encontram espaço na brecha deixada pela má gestão econômica dos exibidores de filmes. Com os preços exorbitantes praticados por aqueles que administram as salas de exibição, os usuários se voltam ao mercado clandestino para obterem o entretenimento que almejam. Se os preços dos ingressos fossem mais baratos, as vendas de DVDs piratas diminuiriam. Ainda que a entrada do cinema fosse levemente acima do valor de um DVD falsificado, ou o próprio DVD original possuísse uma divergência de preço bem menor do que é hoje em relação ao produto falsificado ou clandestino, a adesão social aos meios tradicionais seria sensível. Pode-se chegar a esta conclusão, porque o produto pirata envolve sempre um certo risco na qualidade do produto e na credibilidade daquele que o comercializa, diferentemente de um estabelecimento reconhecido, como um cinema ou uma loja que venda DVDs originais. Além disso, a própria questão moral, de se estar praticando um ato ilícito, ou melhor um crime – receptação –, que já pesa bastante, seria uma aliada ao combate à pirataria, ao lado do incentivo econômico. Assim, entre adquirir um filme pirata que custa R\$ 5,00 (cinco reais) ou pagar a entrada do cinema que custa R\$ 6,00 (seis reais), estima-se que maioria da população escolheria esta opção e não aquela.

Caberia, portanto, ao Direito, ao invés de empregar sanções negativas, como a responsabilização dos copistas, lançar mão das chamadas sanções positivas.

Entende-se por “sanção negativa” a atuação repressiva do Estado para coibir os atos indesejados no meio social e “sanção positiva” representa a “função promocional” do Direito, que busca “premiar” os comportamentos desejados para estimular a sua ocorrência.

Assim, ao contrário de permanecer como instrumento de limitação do desenvolvimento social, “remando conta a maré” do avanço tecnológico, o Direito deveria se tornar um aliado do incremento cultural. Um bom exemplo disto já ocorre atualmente através da política de incentivo à produção audiovisual, cujo principal responsável é a Agência Nacional do Cinema, a ANCINE,

¹³² SANTA ROSA, Dirceu P. de. **A importância da “due diligence” de propriedade intelectual nas fusões e aquisições (Debaixo dos caracóis dos seus cabelos)**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3006>>, último acesso em 12 de junho de 2008.

uma autarquia federal criada pela Medida Provisória nº 2.228-1/2001 e regulada pelo Decreto 4.121/2002.

Contudo, apesar das medidas empregadas até agora – para cuja análise nos reportamos aos diplomas legais supracitados e às leis específicas disponibilizadas no próprio *site* da ANCINE¹³³ – entendemos que a promoção do cinema brasileiro dever ir além do que já se empreende até o momento e deve buscar se adequar aos novos desafios advindos das questões apresentadas neste trabalho.

Assim, visando pôr em prática a solução proposta neste capítulo, caberia ao Estado, utilizando-se do conceito de “sanção positiva” e de sua prerrogativa de ser um dos principais responsáveis pela promoção da cultura nacional, conforme preconiza o art. 215 da Constituição, estimular o investimento de capital da publicidade no cinema, por meio de incentivos fiscais às empresas interessadas. Desta forma o retorno financeiro das produtoras e distribuidoras se tornaria bem mais seguro e as sociedades empresárias que arcassem com o ônus proposto se beneficiariam, além da divulgação, com a redução da sua carga tributária.

Outrossim, a edição de leis que reduzissem a carga tributária de empresas que voltassem seu capital ao estímulo da produção cinematográfica poderia alcançar, também, os cinemas, para que o preço das entradas proporcionasse uma maior busca, pela sociedade, deste tipo de entretenimento.

Ronaldo Lemos explica que a política de incentivos governamentais – que, repita-se, apesar de já ser empreendida no Brasil, necessita de reformulação em face da crise digital – permitiria a suspensão de várias restrições monopolistas dos direitos autorais, o que poderia gerar a livre circulação da informação ao mesmo tempo em que os autores seriam remunerados.¹³⁴

Não adentraremos mais neste ponto, o dos incentivos fiscais, por entender que esta discussão pertence à seara do Direito Tributário, o que escapa ao tema do presente trabalho.

¹³³ Cf. <<http://www.ancine.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home>>, último acesso em 10 de junho de 2008.

¹³⁴ LEMOS, Ronaldo. Op. Cit., p. 174.

6.2. O *Creative Commons*

Por fim, analisaremos brevemente uma forma de licença pública que vem sendo adotada internacionalmente e tem encontrado bastante respaldo em solo brasileiro, principalmente através dos estudos desenvolvidos pelo Centro de Tecnologia e Sociedade, pertencente à Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro, e do apoio do atual Ministro da Cultura, Gilberto Gil.

Nas palavras de Sérgio Vieira Branco Júnior, uma licença é “uma autorização, dada por quem tem o direito sobre a patente, para que uma pessoa faça uso do objeto do privilégio”¹³⁵. Para o referido autor, ela traz com sigio um aspecto negativo e um positivo. O primeiro seria o titular da patente se abster de empregar seus poderes para impedir o uso do objeto pela pessoa autorizada a isto, desde que tal uso esteja dentro dos limites estabelecidos. Já o segundo se caracteriza pela concessão de poderes à pessoa que recebe a licença, para fazer uso do objeto com todos os poderes que dela decorram.

O *Creative Commons*, dessarte, é uma forma de licença pública, uma vez que ela é disponibilizada sem um destinatário específico, podendo ser qualquer um da sociedade, e através da qual o autor se vale de “alguns direitos reservados”, ao invés de “todos os direitos reservados”¹³⁶. É um projeto criado pelo professor Lawrence Lessig, da Universidade de Stanford, tendo como objetivo “expandir a quantidade de obras criativas disponíveis ao público, permitindo criar outras sobre elas, compartilhando-as”¹³⁷.

A adesão ao projeto *Creative Commons* tem crescido internacionalmente, incluindo o *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), o músico David Byrne e o próprio Ministro Gilberto Gil, entre outros.¹³⁸

Em vista disso, através do *site* www.creativecommons.org.br, um autor pode autorizar o *download* de sua obra, sua exibição pública e até o “sampleamento” da mesma, que significa a

¹³⁵ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit., p. 153.

¹³⁶ Ibid., p. 161.

¹³⁷ Disponível em <<http://www.diretorio.fgv.br/cts/index.html>>, último acesso em 10 de junho de 2008.

¹³⁸ CRESPO, Sílvio. “Reforma Agrária no Audiovisual – Creative Commons: difusão de obras, memória e produção colaborativa”. Revista Sinopse – ano IV, nº 10, dezembro de 2004, p. 60, *apud* BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. Cit., p. 160.

modificação e a recriação do original. O contrato de licença é firmado por meio do próprio endereço eletrônico.¹³⁹

De acordo com Ronaldo Lemos, diretor do Centro de Tecnologia e Sociedade:

Essas licenças são escritas em três níveis sob o projeto Creative Commons: um nível para leigos, passível de entendimento por quem não tem formação jurídica, explicando no que consiste a licença e quais os direitos que o autor está concedendo; um nível para advogados, em que a redação da licença se utiliza de termos jurídicos, tornando-a válida perante um determinado ordenamento jurídico; e um nível técnico, em que a licença é transcrita em linguagem de computador, permitindo que as obras sob ela autorizadas no formato digital sejam digitalmente “marcadas” com os termos da licença, e permitindo que um computador identifique os termos de utilização para os quais uma determinada obra foi autorizada. Esta última modalidade é particularmente importante em face da crescente regulação arquitetônica da internet, e pode permitir no futuro que, mesmo na eventualidade do fechamento completo da rede, os trabalhos licenciados sob um tipo de licença como esta do Creative Commons possam continuar a ser interpretados como livres por um determinado computador.

Todo este modelo, cumpre ressaltar, surge de baixo para cima, sem a intervenção estatal ou a modificação na lei. Trata-se de utilizar a própria idéia e os conceitos do direito autoral para modificar sua estrutura caso a caso, gerando autorizações caracterizadas pelo termo *copyleft*.⁸⁴ A idéia é permitir a criação de uma coletividade de obras culturais publicamente acessíveis, incrementando o domínio público e concretizando as promessas da internet e da tecnologia de maximizar o potencial criativo humano.¹⁴⁰

Diversas obras, inclusive audiovisuais, têm sido disponibilizadas para *download* no referido endereço eletrônico, sob os variados modelos de licenças criados, o que revela que a limitação dos direitos autorais não é desejada apenas pelos consumidores, mas também pelos próprios autores.

Sendo assim, não nos ateremos a descrever, neste trabalho, cada tipo de licença disponível pelo sistema *creative commons* e, para tanto, fazemos remissão ao *site* acima descrito.

¹³⁹ Loc. Cit.

¹⁴⁰ LEMOS, Ronaldo. Op. Cit., p. 84.

7. CONCLUSÃO

Os avanços tecnológicos foram e sempre serão forças que obrigarão o Direito a sair da inércia em busca de adaptação. Afinal, tecnologia e sociedade se influenciam mutuamente e evoluem na medida que um altera o outro.

Sendo o Direito uma matéria essencialmente social, como já preceituava o famoso brocardo latino que qualquer estudante de primeiro período da faculdade sabe recitar, *ubi societas, ibi Jus*, ou, “onde há sociedade, aí estará o Direito”, não faz sentido um ordenamento jurídico descompassado com o seu tempo.

Imagine, por acaso, o caos que seria tentar reger, em pleno século XXI, as nossas relações sociais de acordo com as Ordenações Filipinas, ou, talvez, punir os criminosos de nossa sociedade com as regras impostas pelo Código de Hamurabi, tal qual “olho por olho e dente por dente”. Seria absolutamente inconveniente, para não dizer absurdo.

Da mesa forma, é impossível disciplinar os Direitos Autorais no novo milênio dentro dos moldes de uma estrutura arcaica e obsoleta, sepultada pelo desenvolvimento tecnológico.

Analisando-se a sua história, observa-se que o Direito de Autor surgiu sob um escopo monopolista e assim permaneceu ao longo de todos estes séculos, ora primando pelos interesses dos editores de livros, ora tendo o autor como o verdadeiro foco, devido à influência das idéias iluministas. E tudo devido a uma invenção tecnológica: a imprensa.

Curiosamente, o mesmo fator que gerou o seu surgimento – o avanço da tecnologia – hoje lhe impõe uma reavaliação, abrindo espaço para que se torne possível uma discussão acerca da limitação da proteção que a Lei confere aos direitos de um autor sobre a sua criação.

Em grande parte, a tecnologia digital e o advento da *internet* funcionaram como forças que se contrapõem ao Direito Autoral tradicional, conferindo à sociedade o poder de ter mais acesso às obras que deseja, de forma mais rápida e econômica. Estes são os grandes difusores de cultura do início do novo milênio e os “culpados” por trazerem o desequilíbrio neste tipo de relação existente entre a sociedade e aqueles que exploram as obras intelectuais.

Assim, a facilidade da reprodução de uma obra digital e o desenvolvimento de um ágil sistema de compartilhamento de arquivos entre usuários da internet têm provocado uma ruptura no antigo sistema monopolista que assegurava o lucro, principalmente, da indústria de entretenimento. Primeiramente na área musical e, em um segundo momento, no cinema, a revolução digital colocou em xeque a maneira tradicional de se comercializar seus produtos, pois o “poder” que foi trazido às mãos dos usuários configura-se como uma realidade irreversível, já que, na prática, a cópia privada e a troca de arquivos via internet é tão difícil que pode ser considerada impossível.

Buscando atender à demanda que caracteriza a sociedade da informação e, ao mesmo tempo, aos interesses econômicos por trás da produção artística, este trabalho tentou analisar possíveis soluções para a crise atual, em especial, na área cinematográfica, pois acreditamos que cada segmento de obra intelectual necessita de uma proposta específica.

Como saída mais prática para o problema, encontramos na aliança entre o cinema e a propaganda, somados, de preferência, o apoio estatal – por meio de políticas de incentivos a esta aliança – um meio de se permitir a manutenção da remuneração pela obra e a tão controversa limitação aos direitos de autor, através da legalização da cópia privada e do compartilhamento de arquivos.

Tais práticas já são socialmente aceitas e tentar reprimi-las representa um esforço inócuo, além de uma tentativa de se impedir o desenvolvimento sócio-cultural de nosso país.

Neste sentido, este trabalho, longe de ser a palavra final sobre este assunto, como foi dito a princípio, reproduz o entendimento de parte da doutrina brasileira que afirma ser a limitação dos direitos patrimoniais do autor, frente às novas tecnologias, o melhor caminho a ser seguido para se adequar este instituto secular à sociedade de nossos dias, pois a maneira como a Lei atualmente o disciplina representa, infelizmente, um crasso anacronismo.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo, Ed. do Brasil, 2002.

ALMEIDA, Manoel. **Tabu pirata – Download de filmes e livros para uso privado não é crime**. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/58709,1>>, último acesso em 04 de maio de 2008.

AMARAL, Alexandra da Silva. **A Ponderação de Interesses e o Princípio da Proporcionalidade**. Disponível em <<http://www.femperj.org.br/artigos/ponderacao.php>>, último acesso em 10 de junho de 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2ª ed., ref. e ampl., 1997

BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna. **O Direito de Autor e as Obras Audiovisuais**. Revista CEJ, Brasília, n.21, abril/junho de 2003, p. 41, disponível em <<http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/cej21bitellidirautoraloabrasaudiovisuais.pdf>>, último acesso em 16 de maio de 2008.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. In: DRUMMOND, Victor (org). **Direitos Autorais e Temas Afins**. Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007.

CARBONI, Guilherme. **A Função Social do Direito de Autor**. Curitiba, Ed. Juruá, 2006

CAVALHEIRO, Rodrigo da Costa Ratto. **História dos Direitos Autorais no Brasil e no Mundo**. Piracicaba, disponível em <http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/16_Artigo.html> , acessado em 01 de maio de 2008.

CUNHA, Evelyn. **Publicidade e cinema de mãos dadas**. Disponível em <<http://publique.rdc.puc-rio.br/jornaldapuc/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=418&sid=20>>, último acesso em 09 de junho de 2008.

GERBASE, Carlos. **Enxugando gelo: pirataria e direitos autorais de obras audiovisuais na era das redes.** Disponível em <http://www.compos.org.br/files/09_gerbase.pdf>, último acesso em 04 de maio de 2008.

GORINI, Atílio. **Do Napster ao Grokster - Justiça dos EUA põe freio em troca de arquivos pela internet.** Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/36986,1>>, último acesso em 25 de maio de 2008.

GUEIROS JR, Nehemias. **Pirataria: o exemplo americano.** Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, último acesso em 04 maio de 2008.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura.** Rio de Janeiro, Ed. FGV, 2005.

PESSOA, Gilson. **Transformers e uma nova forma de fazer publicidade no cinema.** Disponível em <<http://www.ideavertising.com.br/tendencia/333.html>>, último acesso em 02 de maio de 2008.

ROVER, Aires José. **Os Paradoxos da Proteção à Propriedade Intelectual.** In: KAMINSKI, Omar (org). **Internet Legal, o Direito na Tecnologia da Informação.** Curitiba: Juruá. 2003.

SADOVSKI, Roberto. **Tempo Perdido.** Revista SET, Ed. Peixes, nº 251, maio de 2008, p.31.

SANTA ROSA, Dirceu P. de. **A importância da “due diligence” de propriedade intelectual nas fusões e aquisições (Debaixo dos caracóis dos seus cabelos).** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3006>>, último acesso em 12 de junho de 2008.

SIMON, Imre. **A Propriedade Intelectual na Era da Internet.** Publicado pela Universidade de São Paulo em 29 de fevereiro de 2000 e disponível em <<http://www.ime.usp.br/~is/papir/direitos/direitos-dgz.pdf>>, último acesso em 04 de maio de 2008